

**WYROK**  
**z dnia 6 czerwca 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Joanna Wielgucka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2018 roku przez wykonawcę **Goldman & White Line Architects Sp. z o.o. Sp. k., ul. Niedziałkowskiego 24/26, 61-578 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku, ul. Kościuszki 17, 44-200 Rybnik**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu niezasadnego wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Biuro Usług Architektonicznych Profil Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (41-506) w sytuacji, gdy wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wskazanego wykonawcy w trybie art. 24 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) o wyjaśnienia, celem udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania tego wykonawcy nie zakłóci konkurencji; w pozostałym zakresie zarzuty nie potwierdziły się,

1. kosztami postępowania obciąża **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku, ul. Kościuszki 17, 44-200 Rybnik** i:

1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Goldman & White Line Architects Sp. z o.o. Sp. k., ul. Niedziałkowskiego 24/26, 61-578 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

1.2. zasądza od **Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku, ul. Kościuszki 17, 44-200 Rybnik** na rzecz wykonawcy **Goldman & White Line Architects Sp. z o.o. Sp. k., ul. Niedziałkowskiego 24/26, 61-578 Poznań** kwotę **11 648 zł 08 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sześćset czterdzieści osiem złotych osiem groszy) stanowiącą koszty postępowanie odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Wykonawca Goldman & White Line Architects Sp. z o.o. Sp. k. z Poznania (61-578) (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Opracowanie projektu wykonawczego wraz ze specyfikacjami odbioru robót budowlanych i kosztorysami inwestorskimi dla dwóch budynków wielorodzinnych przy ul. Kolejowej w Rybniku*, prowadzonego przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Rybniku z Rybnika (44-200) (dalej „zamawiający”).

Odwołanie zostało złożone wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Biura Usług Architektonicznych „PROFIL” Sp. z o.o. z Chorzowa (dalej „BUA PROFIL” albo „Profil”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp] w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty BUA PROFIL, w sytuacji gdy z oferty tego wykonawcy wynika zobowiązanie do świadczenia niemożliwego i w konsekwencji oferta ta powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z właściwymi przepisami Kodeksu cywilnego,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty BUA PROFIL, w sytuacji gdy z oferty tego wykonawcy wynika zobowiązanie do świadczenia niemożliwego i w konsekwencji oferta ta powinna zostać odrzucona jako sprzeczna z treścią SIWZ,
3. art. 87 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty BUA PROFIL, w sytuacji gdy wykonawca ten faktycznie nie wyjaśnił wątpliwości dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 7 dni, a jedynie potwierdził treść oferty, co w konsekwencji winno doprowadzić do odrzucenia oferty, ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności zarzucił naruszenie:
4. art. 24 ust. 1 pkt 19 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tejże ustawy, poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty BUA PROFIL, w sytuacji gdy wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania, a wykluczenie w zastanym stanie faktycznym jest jedyną możliwością wyeliminowania zakłócenia konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty BUA PROFIL jako oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty BUA PROFIL jako sprzecznej z treścią SIWZ i przepisami Kodeksu cywilnego,

- ewentualnie
3. wykluczenia BUA PROFIL z postępowania przetargowego, jako jedyne sposobu wyeliminowania zakłócenia konkurencji i w konsekwencji uznanie oferty BUA PROFIL za odrzuconą,
  4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania wg rachunku przedstawionego na rozprawie.

Odwołujący podał, że wykonawca BUA PROFIL zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy za cenę 116 850,00 złotych.

Podniósł, że realizacja przedmiotu zamówienia w ww. terminie jest niemożliwa ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zakres czynności i prac niezbędnych do jego prawidłowego wykonania.

W ocenie odwołującego nawet gdyby przyjąć, że realizacja przedmiotu zamówienia w terminie zaoferowanym przez BUA PROFIL jest możliwa, to BUA PROFIL powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Uzupełnił, że BUA PROFIL brał udział w przygotowaniu postępowania i nie zostały zachowane warunki umożliwiające jego udział w postępowaniu w charakterze oferenta, bez zakłócenia konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego świadczenia niemożliwego odwołujący podał, że w dniu 28 marca 2018 roku zamawiający ogłosił przedmiotowe postępowanie przetargowe; zgodnie z treścią SIWZ zamówienie obejmuje:

- A. kompleksowy zakres prac projektowych, w ramach których wykonawca zobowiązuje się do wykonania:
  - a. projektu wykonawczego zagospodarowania terenu, w tym:
    - projekt elementów małej architektury,
    - projekt uzbrojenia terenu, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, przebudowa sieci wodociągowej i gazowej,
    - projekt przyłącza wod-kan,
    - projekt oświetlenia zewnętrznego,
    - sieć hydrantowa,
  - b. projektów wykonawczych w branżach:
    - budowlanej, projekt architektoniczny, projekt konstrukcyjny,
    - instalacji sanitarnej, projekt instalacji wody ciepłej i zimnej, projekt kanalizacji, projekt instalacji centralnego ogrzewania, projekt wentylacji mechanicznej, projekt instalacji gazowej,

- projekt instalacji elektrycznych wraz z osprzętem, projekt instalacji odgromowej, instalacje niskoprądowe (telefoniczna, domofonowa, RTV, komputerowa),
  - c. kosztorysów inwestorskich,
  - d. przedmiarów robót wraz z zestawieniem materiałów,
  - e. specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót,
- B. uzyskanie stosownych pozwoleń.

Wskazał, że maksymalny termin wykonania przedmiotu zamówienia zamawiający określił na 112 dni od dnia zawarcia umowy, równocześnie zamawiający uczynił termin wykonania przedmiotu umowy jednym z kryteriów oceny ofert, punktując jego skrócenie. Dodał, że zamawiający nie określił najkrótszego terminu wykonania przedmiotu umowy.

Odwołujący podał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1. BUA PROFIL, który zaoferował wykonanie przedmiotu umowy w terminie 7 dni za wynagrodzeniem 116 850,00 złotych,
2. odwołującego, który zaoferował wykonanie przedmiotu umowy w terminie 90 dni za wynagrodzeniem 175 890,00 złotych.

Podał również, że pismem z dnia 16 kwietnia 2018 roku wezwał zamawiającego do odrzucenia oferty BUA PROFIL z uwagi na zastrzeżenie rażąco krótkiego terminu wykonania przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że pismem z dnia 20 kwietnia 2018 roku zamawiający wezwał BUA PROFIL do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanego 7-dniowego terminu wykonania przedmiotu zamówienia – pismem z dnia 20 kwietnia 2018 roku BUA PROFIL potwierdził 7-dniowy termin wykonania przedmiotu umowy, nie przedstawiając żadnego uzasadnienia w tym zakresie.

dowód: pismo odwołującego z dnia 16 kwietnia 2018 roku,  
pismo zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2018 roku,  
pismo BUA PROFIL z dnia 20 kwietnia 2018 roku.

Wskazał nadto, że w dniu 15 maja 2018 roku został poinformowany o wyborze oferty BUA PROFIL jako najkorzystniejszej.

dowód: wiadomość mailowa z dnia 15 maja 2018 roku.

Odnosząc się do specyfiki przedmiotu zamówienia odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie:

- projektów wykonawczych, w oparciu o posiadany przez zamawiającego projekt budowlany,
  - przedmiarów robót wraz z zestawieniem materiałów,
  - specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót,
  - kosztorysów inwestorskich
- oraz uzyskanie stosownych pozwoleń.

Odwołujący wskazał, że projekt budowlany jest dokumentem przedstawiającym przewidywane rozwiązania projektowe planowanej inwestycji, stanowiącym podstawę uzyskania opinii, uzgodnień, zgód i pozwoleń, w tym decyzji pozwolenia na budowę, zaś projekt wykonawczy jest dokumentem doprecyzowującym i uszczegóławiającym projekt budowlany, w taki sposób, by możliwe było wykonanie robót, kontroli ich jakości oraz odbioru zrealizowanych robót. Uzupełnił, że projekt wykonawczy zawiera dokładniejsze rysunki niż projekt budowlany – rzuty i przekroje projektowane są w skali 1:50, każdy element jest w pełni zwymiarowany, zawiera także rysunki detali, które na projekcie budowlanym są wyłącznie zaznaczone. Nadto, że detale wyrysowuje się zwykle w skalach od 1:20 do 1:5 oraz, że projekt wykonawczy zawiera taką ilość detali, by na budowie nie było wątpliwości jak wykonać każdy element, zawiera także część opisową, szczegółowo nawiązujące do obiektu i jego części, rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i materiałowych, urządzeń budowlanych, instalacji i wyposażenia technicznego, etc.

W ocenie odwołującego różnice między projektem budowlanym a projektem wykonawczym są szczególnie widoczne w branży konstrukcyjnej – o ile projekt budowlany zawiera obliczenia statyczne oraz opis elementów konstrukcyjnych, o tyle projekt wykonawczy zawiera rysunki i zestawienia tych wszystkich elementów; w przypadku konstrukcji żelbetonowych (jak w niniejszym postępowaniu) są to rysunki z rozrysowanymi wszystkimi prętami zbrojeniowymi, włącznie z ich długością i sposobem gięcia oraz dokładnymi zestawieniami.

Podniósł, że z uwagi na szczegółowość projektu wykonawczego konieczny jest określony nakład pracy i czasu – projekty wykonawcze poszczególnych branż wymagają przy tym koordynacji międzybranżowej, co łączy się z ich weryfikacją i doprowadzeniem do spójności. Dodał, że projekt wykonawczy wymaga sprawdzenia analogicznego do sprawdzenia projektu budowlanego.

Wskazał, że projekty wykonawcze stanowią podstawę przygotowania przedmiarów robót i kosztorysów inwestorskich – nie jest możliwe przystąpienie do opracowania przedmiarów i kosztorysów, bez kompletnych, odpowiednio skoordynowanych projektów wykonawczych. Stwierdził, że przygotowanie przedmiarów wymaga określenia rodzaju i sposobu wykonania oraz ilości robót dla konkretnego zadania, przygotowanie zaś kosztorysów inwestorskich wymaga odpowiedniego skalkulowania przedmiarów.

Uznał, że rzecz ma się podobnie ze specyfikacjami technicznymi – specyfikacje zawierają przede wszystkim zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości

wykonania robót w zakresie sposobu wykonania robót, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wszystkie wymienione opracowania wymagają odpowiedniego nakładu czasu i pracy, pośpiech może generować pomyłki i błędy obliczeniowe.

Stwierdził również, że w niniejszym postępowaniu wykonawca jest zobowiązany do wykonania szeregu projektów wykonawczych – zagospodarowania terenu, w tym projektów uzbrojenia terenu, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, przebudowy sieci wodociągowej i gazowej, projektu przyłącza wod-kan, oświetlenia zewnętrznego, sieć hydrantową, projektów wykonawczych wszystkich branż (architektoniczno-budowlanej, konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej), a następnie, w oparciu o tak wykonane projekty wykonawcze, do opracowania przedmiarów robót, specyfikacji technicznych oraz kosztorysów inwestorskich. Podkreślił, że zgodnie z SIWZ każdorazowe rozwiązania projektowe wymagają konsultacji z Zamawiającym.

dowód:           treść SIWZ.

Na powyższej podstawie ocenił, że realizacja przedmiotu zamówienia w terminie 7 dni, biorąc pod uwagę zakres opracowań, konieczność ich skoordynowania oraz kolejność ich wykonania, jest wykluczona, termin ten nie pozwala na rzetelne i zgodne ze sztuką projektową wykonanie przedmiotu umowy. Uzupełnił, że w tak krótkim czasie niemożliwa byłaby także jakakolwiek konsultacja z zamawiającym. Dodatkowo wskazał, że konieczne jest nadto uwzględnienie okresu niezbędnego do wydrukowania, skompletowania i złożenia projektów, kosztorysów, specyfikacji i przedmiarów oraz ich doręczenia zamawiającemu. Zauważył, że w zależności od terminu podpisania umowy, 6 i 7 dzień jej realizacji może przypaść na dzień wolny od pracy (sobota, niedziela), co w konsekwencji spowodowałoby konieczność oddania kompletu dokumentacji już w 5 dniu od dnia podpisania umowy.

Zdaniem odwołującego wykonawca BUA PROFIL nie wyjaśnił realności zaoferowanego terminu, ograniczając się do potwierdzenia treści oferty, a dla oceny realności 7-dniowego terminu wykonania przedmiotu zamówienia nie bez znaczenia są także terminy zastrzeżone w treści SIWZ i umowy przez samego zamawiającego – maksymalny termin realizacji przedmiotu umowy zamawiający określił na 112 dni od dnia podpisania umowy, wobec czego zamawiający miał świadomość pracochłonności przedmiotu zamówienia, z którą to pracochłonnością wiąże się odpowiedni okres realizacji. Podał nadto, że zgodnie z § 7 ust. 1 umowy, zamawiający zastrzegł 7-dniowy termin na weryfikację przedstawionej dokumentacji, a zgodnie z § 7 ust. 2 umowy 10-dniowy termin na usunięcie przez wykonawcę ewentualnych wad dokumentacji projektowej, stwierdzonych w trakcie weryfikacji dokumentacji, w konsekwencji czego okres weryfikacji



dokumentacji projektowej odpowiadałby okresowi jej wykonania, a termin na usunięcie wad dokumentacji byłby o 3 dni dłuższy niż termin jej wykonania.

Podsumował, że porównanie wszystkich wskazanych terminów przesądza o rażąco krótkim terminie wykonania przedmiotu umowy, powodującym niemożliwość świadczenia –

konieczne jest odrzucenie oferty BUA PROFIL jako sprzecznej z treścią SIWZ oraz z przepisami Kodeksu cywilnego, wykonawca ten nie jest w stanie wykonać przedmiotu umowy objętego treścią SIWZ w terminie 7 dni, zaoferowanie tak krótkiego terminu wykonania przedmiotu umowy należy także uznać za zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, co powoduje jego nieważność na gruncie Kodeksu cywilnego.

Wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Prezesa komplementariusza Spółki A.S. oraz dowodu z opinii biegłych – projektanta i kosztorysanta na fakt czasochłonności wymaganej do realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności niemożności wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 7 dni od dnia podpisania umowy.

Wskazał, że jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest wykonanie projektu wykonawczego przyłącza wod-kan w sytuacji, gdy projekt budowlany przyłącza wod-kan nie został załączony do SIWZ i brak informacji, czy projekt budowlany przyłącza został uzgodniony z PWiK Sp. z o.o. w Rybniku. Stwierdził że zgodnie z treścią SIWZ, wykonawca jest zobowiązany do uzyskania stosownych pozwoleń – w przypadku konieczności uzgodnienia projektu przyłącza wod-kan z PWiK Sp. z o.o. w Rybniku, okres oczekiwania na uzgodnienie wynosi 30 dni i okres ten należy uwzględnić w przewidywanym terminie wykonania przedmiotu zamówienia.

Zauważył, że zgodnie z załączonym do SIWZ egzemplarzem nr 3 projektu budowlanego, brak jest projektanta w branży teletechnicznej, wymaganego obowiązującymi przepisami prawa.

W odniesieniu do naruszenie zasad konkurencji wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ, przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektów wykonawczych wraz ze specyfikacjami odbioru robót budowlanych i kosztorysami inwestorskimi na podstawie posiadanego przez zamawiającego projektu budowlanego dla dwóch budynków wielorodzinnych nr 1(A) i 2 (B), które zostaną zlokalizowane w Rybniku przy ul. Kolejowej, niezbędnego do zrealizowania i przeprowadzenia postępowania.

Oświadczył, że wykonawcą projektu budowlanego był wykonawca BUA PROFIL i projekt ten stanowi podstawę opisu przedmiotu zamówienia. Uznał, że BUA PROFIL brał zatem udział w przygotowaniu postępowania, co daje BUA PROFIL znaczną przewagę nad innymi wykonawcami – BUA PROFIL dysponuje pełną wiedzą dotyczącą przedmiotu zamówienia i ma dostęp do projektów budowlanych w wersji edytowalnej, takich samych zasobów nie posiadają inni wykonawcy, którym nie została udostępniona całość dokumentacji projektowej.

Podał, że do treści SIWZ zostały załączone wyłącznie fragmenty projektu budowlanego, w wersji nieedytowalnej (pdf), tj.:

- opis projektu budowlanego (projekt zagospodarowania terenu, projekt architektoniczno-budowlany, opis techniczny konstrukcji, obliczenia statystyczne), s. 1-44 projektu budowlanego,
- oświadczenie wymagane art. 20 ust. 4 Prawa budowlanego oraz decyzje o nadaniu uprawnień projektantom wraz z zaświadczeniami z właściwych Izb, s. 45-58 projektu budowlanego,
- mapa do celów projektowych, s. 59 projektu budowlanego,
- pismo PWiK, s. 60-63 projektu budowlanego,
- opinia geotechniczna i analiza środowiskowo-ekonomiczna, s. 69-124 projektu budowlanego,
- rysunek projektu zagospodarowania terenu, s. 94 projektu budowlanego,
- uchwała w przedmiocie miejscowego planu zagospodarowania terenu wraz z częścią graficzną, s. 125-176 projektu budowlanego,
- część rysunkową: projekt zagospodarowania terenu, rzut parteru, 1 piętra, 2 piętra, 3 piętra, przekrój AA, elewacje, zestawienie stolarki, fundamenty, ściany parteru, schemat konstrukcji stropu nad parterem, 1 i 2 piętrem, 3 piętrem, klatka schodowa, konstrukcja 1,2,3,4 piętra, s. 177-188 projektu budowlanego.

Wskazał, że pominięte zostały strony 64-68 oraz strony 189-191, nie zostały zamieszczone opracowania dotyczące instalacji sanitarnych i elektrycznych, nie został także zamieszczony projekt budowlany przyłącza wod-kan.

dowód: treść SIWZ wraz z załącznikami.

Odwolujący stanął na stanowisku, że w celu uniknięcia zakłócenia konkurencji zamawiający winien udostępnić wszystkim wykonawcom komplet dokumentacji projektowej opracowanej przez BUA PROFIL, w wersji edytowalnej, tj. w rozszerzeniu dwg oraz komplet informacji i dokumentów przekazanych BUA PROFIL na etapie wykonania projektu budowlanego, w szczególności warunki techniczne, uzgodnienia, pozwolenia, etc.

Podniósł, że uchybienie powyższymi obowiązkami spowodowało nieakceptowalne naruszenie konkurencji, którego wyeliminowanie może nastąpić wyłącznie poprzez wykluczenie BUA PROFIL z postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 25 maja 2018 r., Odpowiedzi na odwołanie (pismo zamawiającego z dnia 4 czerwca 2018 r.), a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Profil, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia – oferta odwołującego byłaby jedyną niepodlegającą odrzuceniu.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut bezzasadnego dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Profil w sytuacji, gdy z oferty tego wykonawcy wynika zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale III SIWZ „Termin wykonania zamówienia” zamawiający podał: „do 112 dni od dnia zawarcia umowy”.

Wykonawca Profil w pkt 4 ppkt 1 Formularza ofertowego wskazał – jako termin wykonania przedmiotu zamówienia – 7 dni od dnia zawarcia umowy.

Pismem z 15 maja 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Profil, która uzyskała maksymalną liczbę punktów we wszystkich trzech kryteriach oceny ofert (cena – znaczenie 60%, termin – znaczenie 30%, dokumentacja w wersji edytowalnej – znaczenie 10%).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Wedle stanowiska odwołującego podstawą odrzucenia oferty wykonawcy Profil, który zaoferował siedmiodniowy termin realizacji zamówienia jest jej sprzeczność z właściwymi przepisami kodeksu cywilnego, tj. art. 387 § 1 KC („*Umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna*”) – wykonawca Profil zaoferował świadczenie niemożliwe, tj. zaoferował rażąco krótki termin realizacji zamówienia.

Skład orzekający Izby stanowiska odwołującego nie podzielił.

Jak trafnie podniósł zamawiający „(...) *w sprawie nie mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego*” (str. 2 odpowiedzi na odwołanie, pierwszy akapit).

Skład orzekający Izby wskazuje, że w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. V CSK 379/09 Sąd Najwyższy uznał: „*czym innym jest jednak niemożność zachowania terminu dla określonego w umowie świadczenia, a czym innym – niemożność w ogóle spełnienia takiego świadczenia (niemożność natury substancjonalnej). Przepis art. 387 § 1 KC odnosi się jedynie do niemożliwości w drugim znaczeniu (verbe legis: „umowa o świadczenie niemożliwe”).*”

Odwołujący nie kwestionował możliwości spełnienia świadczenia w ogóle, ale możliwość spełnienia świadczenia w siedmiodniowym terminie.

Skoro jednak przepis art. 387 § 1 KC nie odnosi się do niemożności zachowania terminu określonego w umowie świadczenia, to nie może stanowić podstawy – jak chce tego odwołujący – do odrzucenia oferty wykonawcy Profil jako sprzecznej ze wskazanym przez odwołującego przepisem KC.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Skład orzekający Izby za powołany jedynie dla zwłoki uznał wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania A.S. oraz dowodu z opinii biegłych – projektanta i kosztorysanta na fakt czasochłonności wymaganej do realizacji przedmiotu – niemożność zachowania terminu określonego w umowie świadczenia nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Profil jako sprzecznej ze wskazanym przez odwołującego przepisem KC.

Zarzut bezzasadnego dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Profil w sytuacji, gdy z oferty tego wykonawcy wynika zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W rozdziale III SIWZ „Termin wykonania zamówienia” zamawiający podał: „*do 112 dni od dnia zawarcia umowy*”.

Wykonawca Profil w pkt 4 ppkt 1 Formularza ofertowego wskazał – jako termin wykonania przedmiotu zamówienia – 7 dni od dnia zawarcia umowy.

Z zacytowanego postanowienia rozdziału III SIWZ wprost wynika, że o ile zamawiający określił maksymalny termin realizacji zamówienia, o tyle nie określił terminu minimalnego, wobec czego stwierdzić należy, że oferta wykonawcy Profil zawierająca siedmiodniowy termin wykonania zamówienia (od daty/dnia zawarcia umowy) nie jest sprzeczna z postanowieniem SIWZ określającym termin 112 dniowy – termin zaoferowany „mieści się” w terminie określonym przez zamawiającego jako maksymalny.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut bezzasadnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Profil w sytuacji, gdy wykonawca ten faktycznie nie wyjaśnił wątpliwości dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 7 dni, a jedynie potwierdził treść oferty, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 tejże ustawy nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale III SIWZ „Termin wykonania zamówienia” zamawiający podał: „do 112 dni od dnia zawarcia umowy”.

Wykonawca Profil w pkt 4 ppkt 1 Formularza ofertowego wskazał – jako termin wykonania przedmiotu zamówienia – 7 dni od dnia zawarcia umowy.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2018 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Profil do złożenia wyjaśnień „czy w zaoferowanym terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy jesteście Państwo w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przepisami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Pismem z tego samego dnia wykonawca Profil udzielił odpowiedzi: „Niniejszym pismem potwierdzamy wskazany w formularzu ofertowym termin wykonania przedmiotu zamówienia 7 dni od daty zawarcia umowy. Jesteśmy w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego i przepisami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia we wskazanym terminie.”

Pismem z 15 maja 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Profil, która uzyskała maksymalną liczbę punktów we wszystkich trzech kryteriach oceny ofert (cena – znaczenie 60%, termin – znaczenie 30%, dokumentacja w wersji edytowalnej – znaczenie 10%).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”*

Odwołując się do rozumienia wyrazu „wyjaśnić” w języku polskim stwierdzić należy, że wyjaśnić to *„uczynić coś zrozumiałym”, „podać powody, motywy”*.

Wskazanie terminu – 7 dni od dani zawarcia umowy – jest zrozumiałe, jednoznaczne wobec czego uznać należy, że wezwanie zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2018 r. stanowiło wezwanie do podania powodów, motywów zaoferowania tego terminu, a nie jego potwierdzenia.

Z tego względu odpowiedź, jakiej udzielił wykonawca Profil nie była – w ocenie składu orzekającego Izby – wyjaśnieniem treści oferty.

Kwestia kluczową jest jednak to, czy potwierdzenie treści oferty, zamiast jej wyjaśnienia, stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy Profil.

Stanowisko odwołującego sprowadza się bowiem do tego, że obowiązkiem wykonawcy, którego zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odnośnie do treści złożonej oferty jest udzielenie takich wyjaśnień pod rygorem odrzucenia oferty wykonawcy.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że stanowisko takie nie znajduje umocowania w obowiązujących przepisach o zamówieniach publicznych.

Fakt, że wykonawca nie udzielił wyjaśnień oznacza tyle tylko, że zamawiający ofertę takiego wykonawcy, w szczególności pod kątem zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ocenia wyłącznie na podstawie treści oferty.

W praktyce zamówień publicznych odmowa złożenia przez wykonawcę wyjaśnień co do treści własnej oferty zdarza się rzadko, ponieważ wykonawcy zależy, aby zamawiający wybrał jego ofertę i w tym celu udziela wyjaśnień. Nie udzielając wyjaśnień, wykonawca naraża się jednak „jedynie” na ryzyko, że zamawiający, błędnie rozumiejąc treść oferty uzna ją za niezgodną z treścią SIWZ, co jednak wcale nie oznacza, że taka niezgodność rzeczywiście występuje.

W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca odpowiedział wprawdzie na pismo zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2018 r., jednak nie udzielił wyjaśnień, w jaki sposób możliwym jest dotrzymanie przez wykonawcę siedmiodniowego terminu realizacji zamówienia.

Niemniej jednak, ze względu na brak rygору odrzucenia oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień (dla porównania – rygor taki ustawodawca przewidział w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie z którym: *„Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień (...)*) skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Profil.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Profil w sytuacji, gdy wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tejże ustawy potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Jednym z załączników do SIWZ był projekt budowlany z września 2017 roku opracowany przez wykonawcę Profil (Projekt budowlany budynków wielorodzinnych Nr 1 i 2 przy ulicy Kolejowej, Inwestor: Miasto Rybnik).

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający (odnośnie do wykonawcy Profil) oświadczył: *„Faktem jest, że spółka ta była autorem projektu budowlanego w związku z zamówieniem publicznym prowadzonym przez Urząd Miasta Rybnika.”* Oświadczył także, iż *„Dokumentacja podlegała skanowaniu, gdyż Zamawiający nie dysponował wersją elektroniczną projektu budowlanego. Wszelkie czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem przetargu wykonywali wyłącznie pracownicy Zamawiającego.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Rację należy przyznać odwołującemu co do tego, iż *„Projekt budowlany stanowi podstawę opisu przedmiotu zamówienia”* (str.8, czwarty akapit).

Jedną z czynności przygotowawczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest opisanie przedmiotu zamówienia – w Rozdziale 2 ustawy Pzp „Przygotowanie postępowania” ujęto m.in. obowiązek opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Bezsprzecznie zamawiający, opisując przedmiot zamówienia posłużył się projektem budowlanym opracowanym przez wykonawcę Profil, co uzasadnia wniosek, iż wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania. Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że projekt został wykonany nie dla tego, ale innego (Miasto Rybnik) zamawiającego – projekt w niezmienionej treści posłużył do opisu przedmiotu zamówienia. Bez znaczenia pozostaje także fakt, że na etapie przygotowania postępowania czynności natury technicznej – skanowanie dokumentacji wykonywali pracownicy zamawiającego.

Art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp brzmi: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 19) wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu”*.

Zaistnienie wskazanej w pkt. 19 przesłanki wykluczenia aktualizuje obowiązek zamawiającego, polegający na wykluczeniu wykonawcy z postępowania, o ile spowodowane

udziałem wykonawcy w przygotowaniu postępowania zakłócenie konkurencji nie może zostać wyeliminowane w inny niż wykluczenie sposób.

Skład orzekający Izby podziela argumentację zaprezentowaną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2017 r. sygn. KIO 2397/17: „Istotne znaczenie w tej sprawie ma również treść przepisu ust. 10 art. 24 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadkach o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Zatem Zamawiający, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp w pierwszej kolejności musi dokonać analizy czy zostały spełnione następujące przesłanki. Po pierwsze Zamawiający musi stwierdzić istnienie udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynnością związaną z przygotowaniem postępowania jest opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie jego wartości czy też sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” (...) Po drugie – co należy również podkreślić – Ustawodawca w sposób szeroki określił udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, uznając że wykluczeniu podlega wykonawca, który samodzielnie brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, ale również wykonawca którego pracownik bądź inna osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług wykonywała takie czynności na rzecz Zamawiającego (...) Ponadto – co jest istotne z punktu widzenia wykonawcy – skutkiem wypełnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jest wykluczenie z postępowania, z zastrzeżeniem jednak że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania musi zakłócać konkurencję. Wobec tego wykluczenie za udział w przygotowaniu postępowania nie może mieć miejsca, gdy spowodowane tym zakłócenie konkurencji może zostać wyeliminowane w inny sposób. W ocenie Izby dokonując dalszej analizy przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp można zatem dojść do wniosków, że udział wykonawcy lub osób pracujących na rzecz wykonawcy – i jednocześnie biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego – stwarza postać domniemania, które może być – wobec treści art. 24 ust. 10 ustawy Pzp – obalone w wyniku wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę w toku postępowania. Powyższe oznacza, że wykonawca nie może pozbawiony być możliwości złożenia takich wyjaśnień w toku postępowania. Niemniej jednak kierowane przez Zamawiającego wezwanie będzie miało przełożenie na rozkład ciężaru dowodu, a wykonawca – aby nie zostać wykluczonym z postępowania – będzie musiał wykazać zaistnienie wyjątkowych okoliczności niepowodujących zakłócenia konkurencji. W niniejszej sprawie Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy (...) o złożenie wyjaśnień. Wykonawca nie otrzymał szansy wytłumaczenia, czy zaistniała sytuacja może zakłócić konkurencję. W ocenie Izby – biorąc pod uwagę treść art. 24 ust. 10 ustawy Pzp – wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania nie może przybrać charakteru czynności automatycznych. Zamawiający przed



*podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania powinien zapewnić mu możliwość wykazania, że jego udział nie zakłóci konkurencji, co oznacza że Zamawiający – w przypadku wypełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, (...) – zobowiązany jest do wezwania wykonawcy w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp o wyjaśnienia celem przedstawienia dowodów, że wskazana przez niego osoba (przygotowująca postępowanie o udzielenie zamówienia) nie spowoduje w przedstawionych okolicznościach zakłócenia konkurencji, zatem wykonawca powinien otrzymać szansę przedstawienia swojego stanowiska w sprawie.”*

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że nie jest dopuszczalnym wykluczenie wykonawcy Profil bez uprzedniego wezwania go do złożenia wyjaśnień. Automatyczne wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania prowadziłyby do złamania zasady proporcjonalności.

W ocenie składu orzekającego Izby zasadnym zatem było, w okolicznościach niniejszej sprawy, nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy Profil w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp o wyjaśnienia celem udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji.

Ze względu na potwierdzenie się jednego z zarzutów odwołania skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) oraz 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....