

WYROK

z dnia 10 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Joanna Borkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 30 października 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **R. S. P.H.U. „BAUMARK”, Wyszaków**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera na zadaniu – „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłonowo do węzła autostrady A1” w trakcie realizacji robót budowlanych i w okresie gwarancji/ rękojmi.* (nr postępowania 35/2015/PN/WM)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Gdańsku unieważnienie unieważnienia postępowania oraz dokonanie badania i oceny ofert złożonych w tym postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – R. S. P.H.U. „BAUMARK” w Wyszakowie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku na rzecz odwołującego – R. S. P.H.U. „BAUMARK” w Wyszakowie kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku {dalej również: „ZDW”} prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „Pzp” }, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Pełnienie funkcji Inżyniera na zadaniu – „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłonowo do węzła autostrady A1” w trakcie realizacji robót budowlanych i w okresie gwarancji/ rękojmi.* (nr postępowania 35/2015/PN/WM).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 czerwca 2015 r. pod nr 2015/S_123-225621, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.zdw-gdansk.pl), na której również od tego dnia udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

20 października 2015 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – R. S. P.H.U. „BAUMARK” w Wyszkanie {dalej również: „Baumark”} zawiadomienie o unieważnieniu postępowania.

30 października 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej {pismo datowane na 27 października 2015 r.} odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 93 ust. 1 pkt 7 – przez podstawne powołanie się na ten przepis, polegające na niezgodnym z ustawą pzp unieważnieniem przetargu jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą.
2. Art. 146 ust. 6 – przez bezpodstawne powołanie się na ten przepis.
3. Art. 7 ust. 1 – przez bezpodstawne powołanie się na ten przepis.
4. Art. 29 ust 1 – przez brak podstaw do powołania się na ten przepis.
5. Art. 29 ust. 2 – przez brak podstaw do powołania się na ten przepis.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista

żądań):

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Przeprowadzenia ponownego badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród złożonych ofert, Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający podał następujące uzasadnienie swojej czynności: *Przesłanka unieważnienia postępowania to niedookreślenie przez Zamawiającego ilości miesięcy pełnienia nadzoru inwestorskiego w czasie realizacji robót budowlanych wraz jej rozliczeniem, jaką powinien przyjąć Wykonawca do wyceny, co skutkowało, iż Wykonawcy przy wycenie przedmiotu zamówienia przyjmowali różne terminy realizacji nadzoru inwestorskiego w czasie realizacji robót budowlanych wraz z ich rozliczeniem, co spowodowało, iż oferty są nieporównywalne.*

Odwołujący zrelacjonował również, że:

W pkt 5 Instrukcji dla Wykonawców (Rozdział I SIWZ) Zamawiający określił, że zamówienie winno być zrealizowane w terminie:

– *od podpisania umowy do dnia – 60 dni po zakończeniu robót budowlanych (przewidywany termin zakończenia robót to 30.10.2017 r.*

oraz

– *przez 60 miesięcy okres gwarancji/ rękojmi na roboty budowlane.*

W ogłoszeniu o zamówieniu:

– w sekcji II.3) czas trwania zamówienia lub termin realizacji podano w następujący sposób: *Rozpoczęcie 28.9.2015. Zakończenie 30.10.2022.*

– w sekcji VI.3) Zamawiający zastrzegł, co następuje: *Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia (...) jest terminem orientacyjnym podanym z uwzględnieniem procedury przetargowej. Przesunięcie terminu nie może powodować roszczeń Wykonawcy w stosunku do terminu realizacji zamówienia.*

Odwołujący zarzucił, że uzasadnienie unieważnienia podane przez Zamawiającego jest bezpodstawne w odniesieniu do art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, gdyż Zamawiający określił czas realizacji Zamówienia. Natomiast wyliczenie, ile konkretnie to będzie miesięcy, leżało po stronie oferenta i wymagało elementarnej wiedzy przekazywanej na etapie szkoły podstawowej.

Zdaniem Odwołującego gdyby przyjąć interpretację Zamawiającego jako prawidłową, niemal wszystkie postępowania prowadzone przez niego podlegałyby unieważnieniu. Byłaby

by to też łatwa droga do oprotestowania zamówień przez oferentów z powołaniem się na nieokreślenie liczby miesięcy lub bądź dni realizacji usług.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym zamówieniu Zamawiający nie oczekiwał określenia wynagrodzenia w przeliczeniu na miesiąc, a jednocześnie zastrzegł, że przesunięcie terminu realizacji nie może być podstawą roszczeń ze strony wykonawcy zamówienia.

Odwołujący podniósł, że jako główne kryteria wyboru ofert Zamawiający określi cenę i czas reakcji, natomiast nie uczynił takim kryterium czasu realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że czas realizacji przedmiotowego zamówienia jest uzależniony od zakończenia postępowania, które toczy się od 30 czerwca 2015 r., czyli już 4 miesiące, a zatem od terminu podpisania umowy.

Odwołujący potwierdził, że Zamawiający wzywał uczestników postępowania do złożenia wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia potwierdziły, że każdy z oferentów dokładnie zrozumiał czasookres realizacji zamówienia określony w SIWZ.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na następujące fragmenty wyjaśnień, które ponadto następująco skomentował:

1) wyjaśnienia konsorcjum Nadzory-GL G. L., Starogard Gdański, EL-Projekt E. L., Starogard Gdański z 9 października 2015 r.: *Wykonawca podkreśla, że cena została skalkulowana w sposób realny. Cena zawiera również godziwy zysk Wykonawcy.*

Brak jest stwierdzenia, że wykonawca nie zrozumiał w jakim czasie ma być zrealizowane zamówienie.

2) wyjaśnienia wykonawcy Obsługa Inwestycji J. J. z Czarnowa z 5 października 2015 r.: – *przy sporządzaniu wyceny do oferty został wzięty 27 miesięczny okres realizacji zadania (od podpisania umowy – 29-09-2015 do dnia 60 dni po zakończeniu robót budowlanych) oraz 60 miesięczny okres gwarancji / rękojmi na roboty budowlane.*

Wykonawca potwierdził czas realizacji zgodnie z zamówieniem.

3) Przedsiębiorstwo Projektowo-Uslugowego MARKBUD T. H. w Dzierzgoniu – wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania z ofertą i nie złożył wyjaśnień.

4) wyjaśnienia Biura Obsługi Inwestycji „Inwest - Wybrzeże” sp. z o.o. z Gdyni z 7 października 2015 r.: *Niezależnie od przedstawionych w ofercie elementów, które wzbudziły Państwa wątpliwości oświadczamy, że na etapie opracowywania oferty uwzględniliśmy wszystkie wymagania i jesteśmy w stanie spełnić je za cenę, którą zadeklarowaliśmy przystępując do przetargu.*

Wykonawca potwierdza zrozumienie wymagań Zamawiającego.

5) wyjaśnienia PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu z 8 października 2015 r.: *W odpowiedzi na Państwa pismo 6.2462.35.2015. AG Lp. 28 z dnia 01.10.2015 r.*

wyjaśniam, iż przyjęty termin realizacji obejmuje ryzyko związane z terminem realizacji robót budowlanych.

Wykonawca nie stwierdza braku terminu realizacji usług, stwierdza jedynie, że z własnej woli przyjął sobie przy szacowaniu kosztów dłuższy terminy realizacji ze względu na ryzyko wydłużenia czasu realizacji prac.

6) wyjaśnienia Development Desing sp. z o.o. z 6 października 2015 r.: *Wykonawca szacował termin realizacji zamówienia na podstawie SIWZ zgodnie z którą zamówienie ma być realizowane...*

A dalej wykonawca przytoczył terminy zgodnie z SIWZ, potwierdzając tym samym zrozumienie czasu trwania inwestycji.

7) wyjaśnienia Inwestprojekt sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy z 1 października 2015 r.: *Pragniemy również podkreślić, że każdy z członków zespołu Inżyniera będzie pozostawał do pełnej dyspozycji Zamawiającego w całym okresie realizacji inwestycji – zgodnie z wymogami SIWZ, co uwzględniliśmy przy określaniu poziomu wynagrodzeń składających się na cenę oferty.*

Wykonawca dokładnie potwierdza zrozumienie czasu realizacji usług założonego w SIWZ i konieczność wykonywania usług w tym terminie.

8) ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania z ofertą i nie złożył wyjaśnień.

9) wyjaśnienia Odwołującego z 7 października 2015 r.: *... dla okresu realizacji inwestycji wynoszącego 27 miesięcy nasza oferta zawiera realną cenę, gwarantującą właściwą jakość realizacji usług i zyskowość firmy.*

Odwołujący potwierdził zrozumienie czasu w jakim mają być realizowane usługi.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania ceny za wykonanie usługi, a nie rozwiązania zagadki, jaki czas realizacji inwestycji w miesiącach miał na myśli Zamawiający.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Zdaniem Odwołującego wobec braku wystąpienia wady w przedmiotowym postępowaniu, brak jest podstaw na powołanie się na art. 146 ust 6 pzp.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Według Odwołującego każdy z wykonawców przystępujący do postępowania był równo traktowany. Postępowanie przeprowadzone zostało w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Żaden z uczestników postępowania nie wniósł zastrzeżeń do przebiegu postępowania, nie zostało też złożone żadne oświadczenie o nierównym traktowaniu oraz niestosowaniu uczciwej konkurencji.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Zdaniem Odwołującego Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Przedmiotem zamówienia są usługi, których czas trwania Zamawiający określił za pomocą zamkniętych dat. Wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu w swoich wyjaśnieniach nie zanegowali zrozumienia wymagań, a wręcz potwierdzili ich zrozumienie, jak zostało to wykazane powyżej.

{ad pkt 5 listy zarzutów}

W opinii Odwołującego opis przedmiotu zamówienia zapewniał uczciwą konkurencję. Z dostępnych materiałów dotyczących przedmiotowego pompowania nie wynika aby uczciwa konkurencja nie została zapewniona.

W piśmie z 3 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 28 października 2015 r. przekazał faksem kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

6 listopada 2015 r. wpłynęła do Izby odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania.

Na wstępie Zamawiający przytoczył obszernie fragmenty uzasadnień dwóch wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, jeżeli jest ono obarczone wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, przy czym, zamawiający winien brać pod uwagę w szczególności okoliczności wymienione w art. 146 ust. 1 pzp, skutkujące unieważnieniem zawartej umowy a także ogólną regułę wyrażoną w art. 146 ust 6 pzp, która uprawnia Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania {wyrok z 12 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2730/13) oraz wyrok z 19 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1900/12), przy czym w uzasadnieniu tego ostatniego powołano się również na wyroki wydane: 2 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1033/11), 31 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 582/11) oraz 2 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1037/11)}.

Następnie Zamawiający przytoczył brzmienie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 pzp, a także powołał się na następujące stanowisko doktryny {*Komentarz. Prawo zamówień publicznych.*

M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, wyd. 5, Warszawa 2012, str. 206 i 207}: *Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem Zamówienia (jakie usługi...), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. (...) Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu u przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005r., II Ca 109/05, niepubl., okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.*

Ponadto w opinii Zamawiającego na szczególną uwagę zasługuje wyrok Izby z 23 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 2938/14), który dotyczył postępowania o podobnym przedmiocie zamówienia, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m.in. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, a także art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp przez brak jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia. Zamawiający przytoczył obszerny fragment uzasadnienia, w którym w szczególności podkreślił następujące stwierdzenia:

Wedle stanowiska doktryny jest kwestia terminowego wykonania zobowiązania jest istotna w każdym stosunku zobowiązaniowym, albowiem prawidłowe wykonanie zobowiązania wymaga, aby świadczenie nastąpiło we właściwym czasie.

(...) zamawiający nie podał w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich okoliczności i wymagań, które mają wpływ na sporządzenie oferty, czym naruszył art. 29 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby przekłada się to w niniejszym postępowaniu na przyjęcie zasadności zarzutu o naruszeniu art. 29 ust 2 ustawy, albowiem brak pewności co do oferowanych zakresów świadczenia może powodować nieporównywalność ofert, a to prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Zamawiający wywiódł z powyższego, że jednym z podstawowych elementów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jest termin realizacji zamówienia. Zamawiający powołał się na to, że z wyjaśnień złożonych przez wykonawców wynika, że był on różnie przez nich rozumiany

Zamawiający potwierdził, że przesłanką unieważnienia postępowania jest niedookreślenie przez niego liczby miesięcy pełnienia nadzoru inwestorskiego w czasie realizacji robot budowlanych wraz z jej rozliczeniem, jaką winien przyjąć wykonawca do wyceny, co skutkowało, że wykonawcy przy wycenie przedmiotu zamówienia przyjmowali różne terminy realizacji, co z kolei spowodowało, że złożone oferty są nieporównywalne,

co prowadziło w konsekwencji do naruszenia zasady z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 pzp. Ustalenie niejednoznacznego terminu świadczenia usługi spowodowało, że zapisy SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu zostały różnie zrozumiane przez wykonawców, co doprowadziło do różnej wyceny usługi, a tym samym do nieporównywalności złożonych ofert. Usunięcie tej wady postępowania na etapie oceny ofert jest niemożliwe.

Zamawiający przytoczył postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu odnośnie terminu realizacji zamówienia i stwierdził, że na etapie wszczęcia postępowania zakładał, że okresem realizacji umowy na pełnienie nadzoru inwestorskiego w czasie realizacji robót budowlanych wraz z ich rozliczeniem będzie wynosił 27 miesięcy, co można wyliczyć w następujący sposób: początek okresu realizacji – 28 września 2015 r. (informacja podana w ogłoszeniu o zamówieniu), koniec okresu realizacji – 60 dni po 30 października 2017 r. (informacja podana w instrukcji dla wykonawców).

Zamawiający wskazał, że faktyczny okres realizacji umowy na pełnienie nadzoru inwestorskiego w czasie realizacji robót budowlanych wraz z ich rozliczeniem mógł ulec skróceniu i uzależniony był od terminu realizacji robót budowlanych podanego w ofercie wykonawcy wybranego do realizacji robót budowlanych. Zamawiający wyjaśnił, że w prowadzonym przez niego równoległym postępowaniu na roboty budowlane, nad którymi miał być pełniony nadzór objęty tym postępowaniem (wszczętym 30 kwietnia 2015 r.) jednym z kryteriów oceny ofert był termin zakończenia robót budowlanych, przy założeniu, że nie może on być dłuższy niż do 31 października 2017 r. Zamawiający podał, że po otwarciu ofert 16 lipca 2015 r. okazało się, że we wszystkich złożonych ofertach zaoferowali skrócony termin realizacji, tj. do 31 maja 2017 r. Zdaniem Zamawiającego ponieważ otwarcie ofert na roboty budowlane odbyło się w przed datą składania ofert w tym postępowaniu (7 lipca 2015 r.), powinien urealnić termin zakończenia robót budowlanych podany w pkt 5 instrukcji dla wykonawców, gdyż był on już jemu znany.

Zamawiający podał, że na etapie badania i oceny złożonych ofert wezwał 9 z 11 wykonawców do złożenia wyjaśnień odnośnie cen złożonych ofert, gdyż wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (ceny ofert niższe o więcej niż 30% od wartości zamówienia i/lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert). Po analizie złożonych wyjaśnień odnośnie tej kwestii okazało się, że przy wycenie nadzoru inwestorskiego w czasie realizacji robót budowlanych wraz z ich rozliczeniem poszczególni wykonawcy przyjmowali różne okresy realizacji usługi w miesiącach: 1) PHU Baumark – 22 i 27, 2) Obsługa Inwestycji J. J. – 27, 3) Przedsiębiorstwo Projektowo-Usługowe MARKUB T. H. – 25, 4) Biuro Obsługi Inwestycji „Inwest-Wybrzeże” sp. z o.o. – 19, 5) PROKOM Construction sp. z o.o. – 33, 6) Development Design sp. z o.o. – 26, 7) Inwestprojekt sp. z o.o. w Bydgoszczy – 24. W związku z powyższym wystąpił o ponowne wyjaśnienia do 7

wykonawców, którzy w wyjaśnieniach ceny złożonej oferty przyjęli inny okres do rozliczenia (wyceny) niż 27-miesięczny (zgodny z założeniami Zamawiającego).

Zamawiający zrelacjonował, że wykonawcy wyjaśniali przyjęcie do wyceny innego okresu pełnienia nadzoru inwestorskiego m.in. tym, że {do odpowiedzi na odwołanie załączono wyjaśnienia, z których pochodzą poniższe cytaty}:

– *Biorąc pod uwagę termin składania ofert – 07.08 2015 r. oraz okres do którego Wykonawca będzie związany ze złożoną ofertą – 60 dni – Wykonawca oszacował iż termin realizacji zamówienia będzie wynosił pełnych 26 miesięcy i taki okres został przyjęty do wyceny oferty.*

– *Określając termin realizacji umowy braliśmy pod uwagę założenia dokumentacji przetargowej, jak również doświadczenia nabyte przy nadzorowaniu innych podobnych swoim zakresem kontraktów, Z tego względu termin przyjęty do rozliczenia (24 - m-ce) jest terminem uśrednionym, ponieważ po analizie dokumentacji projektowej założyliśmy, że zaangażowanie części specjalistów (np. Inspektora Nadzoru robót kolejowych) nie będzie wymagane w całym okresie realizacji inwestycji.*

– *Wykonawca nadzoru inwestorskiego przyjął okres 22 miesięcy jako okres wykonania nadzoru inwestorskiego w czasie realizacji robót wraz z ich rozliczeniem na podstawie kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty (termin zakończenia robót, gotowość do odbioru) jakie postawił Zamawiający Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia na roboty budowlane tj. „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od Starogardu Gdańskiego przez Jabłowo do węzła autostrady A1. (...) Termin zakończenia robót (gotowość do odbioru) jaki zgłosił w ofercie każdy z Wykonawców robót budowlanych ubiegających się o uzyskanie w/w zadania to 31.05,2017 r. co daje 20 miesięcy na wykonanie robót budowlanych, z czego wynika, że nadzór inwestorski trwał będzie 20 miesięcy plus 60 dni po zakończeniu robót co w konsekwencji daje 22 miesiące. Zamawiający nie podaje zamkniętego terminu realizacji zamówienia. Zamawiający podaje przewidywany umowny termin zakończenia robót budowlanych do 30.10.2017 r.*

– *...nie należy traktować elementów cenotwórczych złożonej oferty jako wyznacznika np. Wynagrodzenia danego inspektora, czy też dostępności biura inżyniera w czasie trwania inwestycji. (...) Analogicznie traktujemy kwestię utrzymania biura stacjonarnego, które jako takie jest niezbędne przez cały czas prowadzonej przez nas działalności a koszt jego utrzymania jest przewidziany w budżecie firmy niezależnie od czasu trwania otrzymanych przez nas zleceń.*

Zamawiający skonstatował, że ponieważ pełnienie nadzoru inwestorskiego jest usługą, znaczącą część ceny oferty stanowią pozycje zatrudnienia personelu. Zamawiający oświadczył, że rażąco niskie ceny niektórych ofert wywołały u niego wątpliwości dotyczące

zachowania warunku płacy minimalnej dla osób zatrudnionych przy pełnieniu nadzoru. Z treści wyjaśnień składanych przez wykonawców wynikało, że każdy z nich indywidualnie potraktował okres pełnienia usługi (od 19 do 33 miesięcy), co doprowadziło do wypaczeń w części oferty obejmującej wynagrodzenia personelu, gdyż rozkładało się ono na różne okresy zatrudnienia. Zamawiający oświadczył, że w tej sytuacji nie był w stanie zbadać spełnienia warunku płacy minimalnej wymaganej ustawą pzp, gdyż wyjaśnienia stały się nieporównywalne. Jednocześnie Zamawiający pokusił się o analizę (którą załączył do odpowiedzi na odwołania), w której wyodrębnił na podstawie wyjaśnień wykonawców kwoty przypadające na wynagrodzenia dla personelu Inżyniera. Zamawiający stwierdził, że niektórzy wykonawcy – zakładając krótszy okres trwania usługi – wykazywali spełnienie warunku płacy minimalnej. W ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego nie spełnia tego warunku {w odpowiedzi zamieszczono wyliczenie obrazujące, jak Zamawiający doszedł do takiego wniosku}.

Zamawiający dodał, że również pozostałe składniki ceny oferty, takie jak utrzymanie biura Inżyniera Kontraktu zależą wprost od czasu trwania usługi. Zamawiający stwierdził, że różne założenia długości trwania usługi skutkowały różnymi wartościami w wycenie ofert w tej pozycji i kształtowały się następująco: od 7.700 zł, co daje 285,19 zł miesięcznie (Baumark) do 79.200 zł, co daje 2.400 zł miesięcznie (Prokom) oraz 101.760 zł (Ol Jankowiak – w cenie uwzględniona została obsługa laboratoryjna).

Zamawiający oświadczył, że w trakcie postępowania doszedł do wniosku, że wskutek różnych założeń długości trwania usługi oferty stały się nieporównywalne, a przez to niemożliwa stała się rzetelna ocena.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Ponieważ Zamawiający nie stawiał się na posiedzeniu, pomimo otrzymania zawiadomienia o jego terminie, uznano, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, uwzględniając zgromadzony

materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się takim interesem, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie tego zamówienia w razie potwierdzenie się zarzutów odwołania zmierzających do anulowania unieważnienia postępowania. Jednocześnie decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania naraża Odwołującego na szkodę z tytułu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że treść ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. odnośnie terminu realizacji zamówienia jest niesporna między Stronami {zarówno w odwołaniu, jak i odpowiedzi na odwołanie zacytowano postanowienia w takim samym brzmieniu}. Ponieważ nie była również kwestionowana rzetelność zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie cytatów fragmentów wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania, Izba przyjęła, że również one odpowiadają rzeczystemu ich brzmieniu.

Przy rozstrzygnięciu Izba uwzględniła dowody zgłoszone przez Strony w toku postępowania odwoławczego. W przypadku Zamawiającego były to przede wszystkim załączone do odwołania wyjaśnienia wykonawców, na których oparto decyzję o unieważnieniu postępowania. Już w tym miejscu Izba zaznacza, że treść tych wyjaśnień nie potwierdza twierdzeń Zamawiającego. Ze strony Odwołującego Izba dopuściła zgłoszone na rozprawie dowody z ze specyfikacji, ogłoszeń o zamówieniu oraz zawiadomień o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczących dwóch innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowań (o numerach 32/2015/PN/WRI oraz 43/2015/PN/WRI), na analogiczne usługi. Wynika z nich jednoznacznie, że w tych postępowaniach przy analogicznym sposobie określenia terminu realizacji zamówienia Zamawiający nie dopatrył

się żadnej wady i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Według art. 146 ust. 6 pzp Prezes UZP może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba podziela stanowisko, że zamawiający są uprawnieni przy unieważnieniu prowadzonych postępowań na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp do powoływania się na wady postępowania, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na okoliczności, z powodu których Prezes UZP mógłby wystąpić o unieważnienie umowy zwartej w wyniku jego przeprowadzenia. Nie ma zatem potrzeby szerszego rozważania tej kwestii, która w orzecznictwie Izby już dawno została tak rozstrzygnięta, czego potwierdzeniem są m. in. orzeczenia przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Co istotniejsze w sprawie, Odwołujący również nie podważał takiej interpretacji, natomiast zakwestionował zaistnienie tego typu wady w tym postępowaniu.

Reasumując, z art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Stąd wskazuje się również w orzecznictwie, że konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Przy czym należy tu brać pod uwagę zarówno wady postępowania stypizowane w art. 146 ust. 1 pzp, jak i wady postępowania polegające na dokonaniu przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a więc mieszczące się w klauzuli art. 146 ust. 6 pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby choć art. 146 ust. 6 pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, że zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszelkie stany faktyczne obejmujące jakiegokolwiek błędy zamawiających popełnione w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Skoro w aktualnym stanie prawnym literalne brzmienie art. 146 ust. 1 pkt 1 - 6 pzp, do którego odsyła art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, co do zasady zawiera

wąski i ścisły katalog wad postępowania, które miałyby uprawniać zamawiających do jego unieważnienia, należy zachować daleko idącą ostrożność przy powoływaniu się na zaistnienie wady objętej klauzulą generalną z art. 146 ust. 6 pzp. W toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych zamawiający popełniają błędy, naruszając przy tym przepisy ustawy pzp, jednak nie w każdym przypadku powoduje to powstanie wady rzutu na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym bardziej niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej zawartej w art. 146 ust. 6 pzp, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie. Stąd stwierdzona przez zamawiających wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu ze wskazaniem takiego naruszenia konkretnego przepisu lub przepisów ustawy pzp, które rzeczywiście, a nie jedynie hipotetycznie, miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Uwzględniając powyższe, Izba rozważyła, czy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu ustawy pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Zamawiający powołał się na naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 pzp, które miałyby polegać na tak wadliwym określeniu terminu realizacji zamówienia, że został on różnie zinterpretowany przez poszczególnych wykonawców, którzy wycenili różne okresy świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby powołanie się przez Zamawiającego na naruszenie wyrażonej zarówno w art. 7 ust. 1, jak i art. 29 ust. 2 ustawy pzp zasady uczciwej konkurencji należy uznać za nieuprawnione, już choćby z tego powodu, że z uzasadnienia unieważnienia postępowania (a nawet z odpowiedzi na odwołanie) nie wynika, na czym miałyby ono w istocie polegać. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób miałyby naruszać zasadę uczciwej konkurencji zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z., a więc w dokumentach dostępnych każdemu potencjalnemu wykonawcy, postanowienia określające termin realizacji zamówienia. Skoro wszyscy potencjalnie zainteresowani wykonawcy mieli taki sam dostęp do tych samych informacji, nie można również stwierdzić, że naruszona została zasada równego traktowania wykonawców, o której również mowa w art. 7 ust. 1 pzp. Podkreślone w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania stwierdzenie, że prowadząc dalej

postępowanie Zamawiający przy badaniu i ocenie ofert nie mógłby zachować uczciwej konkurencji, nie zostało nie tylko udowodnione, ale nie doczekało się nawet uzasadnienia.

Pozostaje zatem rozważenie, czy Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 pzp przez to, że jak twierdzi, podane w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. określenie terminu było niejednoznaczne, w tym sensie, że mogło być różnie odczytane przez adresatów tej informacji z powodu braku podania konkretnej liczby miesięcy. Jednakże w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dowiódł czegoś wprost przeciwnego – z łącznie odczytywanych informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu i instrukcji dla wykonawców wynikało jednoznacznie, że rozpoczęcie realizacji zamówienia nastąpi nie wcześniej niż 28 września 2015 r., a zakończenie 30 grudnia 2017 r., czyli okres realizacji zamówienia wyniesie 27 miesięcy. Rację ma Odwołujący, że dla ustalenia powyższego wystarczająca jest umiejętność rachowania na poziomie elementarnym. Dodatkowo na takim samym poziomie umiejętność czytania ze zrozumieniem tekstu w języku polskim. Wbrew samokrytyce składanej przez Zamawiającego jego intencja została zatem jednoznacznie wyartykułowana w dokumentach postępowania udostępnionych zainteresowanym wykonawcom.

Ponadto – ponownie wbrew twierdzeniom Zamawiającego – przywoływane przez niego fragmenty wyjaśnień wykonawców nie świadczą, że było inaczej:

- wykonawca, który powołał się na termin składania ofert i 60-dniowy okres związania ofertą w oczywisty sposób zignorował informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż uważał, że może brać pod uwagę tylko s.i.w.z., co wynika z całości wyjaśnień {załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie};
- wypowiedź wykonawcy, który stwierdził m.in., że *nie należy traktować czynników cenotwórczych złożonej oferty jako wyznacznika np. wynagrodzenia danego inspektora, czy też dostępności biura inżyniera w czasie trwania inwestycji*, w ogóle nie odnosi się do sposobu określenia terminu zamówienia w ogłoszeniu lub s.i.w.z., podobnie jak w całych wyjaśnieniach, natomiast wykonawca zapewnia, że uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego {załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie};
- wykonawca, który założył 24-miesięczny okres wskazał wyraźnie, że jest to uśrednienie przyjęte przez niego na podstawie analizy dokumentacji projektowej, z której wynikało, że nie wszyscy specjaliści będą potrzebni przez cały okres realizacji zamówienia, który odczytał jako 27 miesięcy, co wprost wynika z dalszej części wyjaśnień {załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie};
- z wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego wynika, że zidentyfikował on 27-miesięczny okres założony przez Zamawiającego, ale uwzględnił dodatkowo fakt, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli ofertę w przetargu na roboty budowlane zaoferowali skrócenie terminu ich wykonania o 5 miesięcy w stosunku do daty podanej w instrukcji dla

wykonawców.

Należy zauważyć, że ta ostatnia okoliczność nie była przedmiotem żadnej refleksji Zamawiającego przy uzasadnianiu unieważnienia postępowania. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uznał brak skorygowania powyższej daty w dokumentacji postępowania na nadzór za istotną nieprawidłowość. W ocenie Izby, choć niewątpliwie Zamawiający mógł i powinien dokonać takiej korekty, uchybienie to nie powinno wprowadzić w błąd wykonawców, którzy są profesjonalistami obowiązani do dołożenia należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez nich działalności. Trudno sobie wyobrazić, a tym bardziej akceptować sytuację, w której profesjonalny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia na nadzór nad inwestycją budowlaną nie interesuje się przebiegiem postępowania na wyłonienie jej wykonawcy. Każdy zainteresowany wykonawca mógł zatem bez trudu wpierw ustalić, na podstawie publicznie dostępnego ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z., że termin realizacji robót jest jednym z kryteriów oceny ofert, a następnie ustalić, czy i jakie skrócenie terminu zostało zaoferowane, uczestnicząc w jawnym otwarciu ofert albo zwracając się do Zamawiającego o przekazanie tej informacji (tak jak uczynił to Odwołujący).

Nic nie wnosi do sprawy przywołanie w odpowiedzi na odwołanie ze wszech miar słusznej, acz mającej generalny charakter, wypowiedzi przedstawiciela doktryny prawa zamówień publicznych, która nie tyczy bezpośrednio problematyki sposobu określania terminu realizacji zamówienia, podobnie jak przywołane w jej treści stanowisko wyrażone przez jeden z sądów okręgowych (w takiej skróconej postaci powielane w szeregu publikacji). Tego typu generalne tezy nie odnoszą się do konkretnych stanów faktycznych, a zatem mogą być co najwyżej przyczynkiem do ich rozstrzygnięcia.

Nieadekwatne jest również powołanie się przez Zamawiającego na rozstrzygnięcie wynikające z wyroku Izby z 23 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 2938/13), co sprowadza się do zacytowania obszernych fragmentów uzasadnienia z podkreśleniem ogólnych tez, które – jak należy się domyślać – miałyby mieć znaczenie i dla tej sprawy. Umknęło uwadze Zamawiającego, że przywołane w odpowiedzi na odwołanie rozważania stanowią element rozstrzygnięcia, co prawda zarzutu braku jednoznacznego określenia terminu realizacji zamówienia, ale opartego na szczegółowych odmiennych okolicznościach faktycznych, w szczególności braku sprecyzowania okoliczności uprawniających zamawiającego do zawieszenia realizacji usług nadzoru i czasu trwania takiego zawieszenia, co powodowało, że nie określono ram czasowych dla poszczególnych czynności składających się na określenie przedmiotu zamówienia w tamtym postępowaniu.

Nie na taką wadę powołał się w tej sprawie Zamawiający, który nie twierdzi również, że polegała ona na braku zagwarantowania wykonawcom liczby miesięcy świadczenia usług

objętych przedmiotem zamówienia. Z uzasadnienia unieważnienia postępowania nie wynika również, że Zamawiający uznaje za naruszenie art. 29 ust. 1 pzp wprowadzenie klauzuli, że przesunięcie terminu realizacji zamówienia nie może być podstawą roszczeń wykonawców.

Nie bez znaczenia dla sprawy jest okoliczność, że sposób określenia terminu realizacji zamówienia nie budził wątpliwości wykonawców, którzy nie wnosili o wyjaśnienie lub zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub s.i.w.z. To Zamawiający na etapie badania ofert przypisał wykonawcom brak zrozumienia tych postanowień, która rzekomo miałyby wynikać z ich niejednoznaczności.

Natomiast w ocenie Izby bez związku z rozpatrywaną sprawą są zawarte w odpowiedzi na odwołanie analizy i rozważania Zamawiającego, czy poszczególni wykonawcy wykazali, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Budzi poważne wątpliwości sytuacja, w której Zamawiający dopiero po *de facto* badaniu ofert, doszedł do wniosku, że prowadzone postępowanie jest obarczone rzekomą wadą, która jednak przecież tkwiła w nim na długo przed złożeniem ofert i była możliwa do uchwycenia przed tym etapem postępowania. Tymczasem w okolicznościach tej sprawy brak jest prawnych możliwości dla uchylenia się przez Zamawiającego od badania i oceny złożonych ofert, w tym złożonych wyjaśnień dotyczących ceny, a następnie skonfrontowania uzewnętrznionego wyniku tego badania ze stanowiskiem zainteresowanych uzyskaniem zamówienia wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Reasumując, brak opisanego przez Zamawiającego terminu realizacji zamówienia przez wpisanie liczbowo miesięcy, nie stanowi naruszenia przepisów, na które powołał się Zamawiający, a zatem nie zaistniała wada postępowania wpływająca na ważność umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: