

WYROK

z dnia 17 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2019 r. przez wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny

Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie,

przy udziale wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1711/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Warbud S.A.

z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie na

rzecz Zamawiającego - Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 w Lublinie [dalej

„Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowe wykonanie robót budowlano-instalacyjnych związanych z budową budynku szpitalnego, przy ul. S. Staszica 16 w Lublinie oraz robót zewnętrznych w ramach programu wieloletniego na lata 2016-2022 (znak postępowania: EO/ZRIW 2721/LIII/19).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 105-254617.

W dniu 2 września 2019 r. wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący” lub „Warbud”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm.), [dalej „uznk”], poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, [dalej „Budimex”], mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem ww. wykonawca zaoferował Zamawiającemu nierealny, niemożliwy do dotrzymania termin realizacji zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do niezapewnienia w postępowaniu zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp;
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji kryteriami oceny ofert i dokonanie wyboru oferty ww. wykonawcy, mimo iż jest ona jedynie pozornie najkorzystniejsza, gdyż zaoferowany przez Budimex termin jest nierealny do dotrzymania, co w efekcie doprowadziło do przyznania ofercie Budimex maksymalnej liczby punktów w kryterium terminu realizacji, a w konsekwencji czego, niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty, która w rzeczywistości nie jest ofertą najkorzystniejszą dla Zamawiającego.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty Budimex;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 uznk wskazując, że przepis ten stanowi klauzulę generalną uznk. Dalej wskazał, że w doktrynie wskazuje się, iż: „Przepis art. 3 ust. 1 ZNKU określa ogólnie czyn nieuczciwej konkurencji. Definiuje jego pojęcie za pomocą terminów prawnych o charakterze ogólnym (sprzeczność z prawem) i przy użyciu terminu dobre obyczaje, mającego charakter tzw. zwrotu niedookreślonego (na temat pojęcia zwrotów niedookreślonych por. S. Grzybowski, Wypowiedź normatywna, s. 40-41; tenże w: System pr. cyw., t.I, 1985, s. 116-124; Radwański, Olejniczak, Zobowiązania, 2011, s. 44 i nast., Nb 94-100). Sprecyzowanie i dookreślenie hipotezy art. 3 ust. 1 następuje przede wszystkim dzięki rozwojowi orzecznictwa, a zwłaszcza „dookreśleniu” przezeń pojęcia dobrych obyczajów. Norma zawarta w art. 3 ust. 1 odgarnia zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym i w ramach swobody konkurencji od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami (na temat tych pojęć por. niżej, Nb 48-134). Dzięki temu wytycza ona granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji, służąc realizacji celów wyrażonych w art. 20, 22 i 76 Konstytucji RP oraz art. 1 ZNKU. Przepis art. 3 ust. 1 w zw. z art. 1 ZNKU, określa przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Jest nim działanie lub zaniechanie, podjęte w związku z działalnością gospodarczą, będące szkodliwym, ponieważ zagraża lub narusza interes innego

przedsiębiorcy (względnie przedsiębiorców) lub klienta (względnie klientów), jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.” (Szwaja/Jasińska [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. Dr hab. Janusz Szwaja, Rok wydania: 2013, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 3).

Następnie Odwołujący podniósł, że okoliczność, iż przepis art. 3 ust. 1 uznk może stanowić samodzielną podstawę zakwalifikowania określonego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, nie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie, przywołując m.in. wyrok SN Izba Cywilna z 9 czerwca 2009 r. sygn. akt: II CSK 44/09, wyrok SA w Katowicach z 19 lipca 2011 r. sygn. akt: V ACa 309/11, niepubl. Oraz wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r. sygn. akt: KIO 1287/12.

Odwołujący wskazał na brzmienie postanowienia punktu XIV SIWZ.

Odwołujący uzasadniał, że złożenie przez Budimex oferty, w której został wskazany 14 - miesięczny termin realizacji przedmiotu zamówienia stanowi w okolicznościach niniejszej sprawy czyn nieuczciwej konkurencji. Nie jest możliwe wykonanie tak skomplikowanego zamówienia w terminie zaoferowanym przez Budimex - termin ten jest nierealny.

a) Po analizie dokumentacji przetargowej udostępnionej przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ pkt. 3 Opis Przedmiotu Zamówienia Odwołujący zauważył, że dokumentacja udostępniona przez Zamawiającego oraz zawarte w niej wymagania odnośnie zapewnienia nieprzerwanych dostaw mediów do istniejącej części szpitala wymuszają wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych w ściśle określonej kolejności:

- rozbiórki obiektów technicznych niezwiązanych z instalacjami zapewniającymi zasilanie w media kompleksu szpitalnego;
- wykonanie przekładek i nowych tras instalacji podziemnych dla sieci: gazów medycznych, kanalizacji, wody i gazu;
- wykonanie budynków technicznych: NW-16 i T-16;
- wykonanie pozostałych rozbiórek budynków;
- wykonanie robót geotechnicznych, odwodnienia wykopu;
- wykonanie konstrukcji budynku G-16;
- wykonanie zagospodarowanie terenu.

b) Termin realizacji przedmiotu zamówienia wskazany przez wykonawcę Warbud został poddany dokładnej, analizie i był oparty na ofertach od firm specjalizujących się w wybranych robotach budowlano-instalacyjnych.

c) Roboty instalacyjne związane z wykonaniem przekładek i nowych tras instalacji podziemnych (sieć gazów medycznych kanalizacji, wody i gazu), które należy wykonać w pierwszej kolejności przed wykonaniem robót rozbiórkowych i geotechnicznych w celu zapewnienia nieprzerwanych dostaw mediów do istniejącej części szpitala: termin ich realizacji wynosi minimum 3 miesiące.

d) Roboty geotechniczne powinny trwać minimum 8 miesięcy i składa się na nie:

- czas wykonania ścian palisady z kolumn DSM: min. 6 tygodni dla jednego zestawu maszyn przy pracy 16h/zmianę,
- czas wykonania ściany szczelinowej: min. 9 tygodni dla jednego zestawu maszyn przy pracy 16h/zmianę,
- czas wykonania kolumn Soilcrete: min. 8 tygodni dla jednego zestawu maszyn, przy pracy 12/h na zmianę,
- czas wykonania kolumn DSM (wzmocnienie) : min. 6 tygodni dla jednego zestawu maszyn przy pracy 12h/zmianę,
- czas wykonania podchwycenia fundamentów: min. 3 tygodnie dla jednego zestawu maszyn, przy pracy 12h/zmianę.

e) Roboty rozbiórkowe i budowlane, na które składają się: rozbiórki budynków, budowa budynku NW-16, T-16, budowa budynku G-16, wykonanie zagospodarowania terenu budowy. Powinny trwać min. 8 miesięcy.

f) W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie zadania objętego przedmiotem zamówienia w czasie krótszym niż zaoferowane przez Warbud 19 - miesięcy. Tak zaoferowany termin uwzględnia wszystkie zdefiniowane roboty konieczne do wykonania w ramach inwestycji, a zatem jest realny i możliwy do dotrzymania.

g) Czas trwania robót geotechnicznych przyjęty został na podstawie wieloletniego doświadczenia firmy specjalizującej się w realizacji tego typu robót, która jako lider w branży geotechnicznej po wnikliwej analizie dokumentacji projektowej zaproponowała minimalny termin realizacji wynoszący 8 miesięcy. Biorąc to pod uwagę, wykonanie pozostałych robót budowlano-instalacyjnych nie jest możliwe w zaproponowanym przez Budimex terminie 6 miesięcy, ponieważ aby zapewnić ciągłość dostaw mediów do istniejącej części szpitala w pierwszej kolejności należy wykonać przekładki i nowe trasy instalacji podziemnych, a dopiero później po ich wykonaniu można rozpocząć większość robót rozbiórkowych i budowlanych.

Tym samym, zaoferowanie przez Budimex nierealnego 14 - miesięcznego terminu realizacji przedmiotu zamówienia było spowodowane wyłącznie dążeniem do sztucznego zawyżenia na etapie postępowania przetargowego punktacji przyznanej ofercie tego wykonawcy, a w konsekwencji, do uzyskania zamówienia publicznego, pomimo braku faktycznej możliwości wywiązania się przez Budimex z tak zaciągniętego zobowiązania. Kryterium oceny ofert terminu realizacji przedmiotu zamówienia miało istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający przypisał mu wagę aż 20%. Przy zaoferowaniu nierealnego terminu realizacji zamówienia wykonawca uzyskał maksimum punktów, podczas gdy pozostali wykonawcy, nawet oferujący krótsze niż maksymalne terminy realizacji, ale rynkowe i zgodne z umową uzyskali w tym kryterium niższą liczbę punktów. Tym samym, oferta z wyższą ceną za wykonanie przedmiotu zamówienia, ale z zadeklarowanym krótszym terminem realizacji mogła okazać się (pozornie) korzystniejsza od oferty wykonawcy, który w sposób realny i rzetelny oszacował zarówno cenę, jak i termin wykonania umowy. Taki przypadek zachodzi w niniejszej sprawie - Odwołujący zaoferował Zamawiającemu 19 - miesięczny termin realizacji przedmiotu zamówienia (tj. krótszy niż maksymalny dopuszczony w SIWZ) i cenę oferty w wysokości 94.300.000,02 zł brutto, natomiast Budimex zaoferował 14 - miesięczny termin wykonania zamówienia i cenę oferty w wysokości 96.390.422,31 zł brutto. Cena oferty Warbud jest zatem o ponad 2 mln zł niższa niż cena oferty Budimex. Jak było wskazane powyżej, okoliczność ta ma istotne znaczenie, bowiem nie jest możliwe w ocenie Odwołującego, że termin 14 miesięcy na przeprowadzenie tak złożonych robót budowlanych zostanie dotrzymany. W efekcie, Zamawiający najprawdopodobniej otrzyma zamówienie zrealizowane drożej o ponad 2 mln zł w terminie dłuższym niż formalnie zadeklarowane przez Budimex 14 miesięcy. W świetle powyższego, Zamawiający jako dysponent środków publicznych powinien bardzo dokładnie zweryfikować oświadczenie Budimex dotyczące skróconego terminu realizacji przedmiotu zamówienia złożone w pkt IV

formularza ofertowego ww. wykonawcy.

Na poparcie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2016 r. KIO 2184/16. Podsumowując wskazał, że złożenie przez Budimex oferty z 14 - miesięcznym terminem realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i Zamawiający powinien być zastosować art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 3 ust. 1 uznk. Manipulacja kryteriami oceny ofert, która ma miejsce w przypadku oferty Budimex prowadzi do wniosku, że oferta tego wykonawcy jest najkorzystniejsza wyłącznie z pozoru, co z kolei prowadzi do wniosku, iż doszło do naruszenia również art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk - skoro Zamawiający wybrał droższą ofertą a na etapie realizacji dotrzymanie 14 - miesięcznego terminu nie będzie możliwe ze względu na obiektywne, okoliczności wynikające ze specyfiki robót objętych niniejszym zamówieniem.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W toku rozprawy przed Izbą wnosił o oddalenie odwołania wskazując w szczególności, iż zaoferowany przez Budimex termin realizacji zamówienia jest realny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po wysłuchaniu stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Izba oddaliła wniosek wykonawcy Budimex o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Budimex w uzasadnieniu ww. wniosku wskazywał w szczególności, iż zarzuty sformułowane przez Odwołującego sprowadzają się w istocie do kwestionowania postanowień SIWZ, po ustawowym terminie przewidzianym dla takiej czynności (13 czerwca 2019 r.), zatem należało uznać je za spóźnione.

Nie podzielając ww. stanowiska wykonawcy Budimex Izba wskazuje, że z treści odwołania wniesionego przez Warbud jednoznacznie wynika, iż wykonawca wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex, która winna zostać odrzucona z uwagi na to, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji kryteriami oceny ofert. Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2019 r. przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty drogą elektroniczną, tym samym wniesione w dniu 2 września 2019 r. przez wykonawcę Warbud odwołanie było odwołaniem wniesionym w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Podnoszona przez Budimex S.A. argumentacja mająca uzasadniać wniosek o odrzucenia odwołania na wskazanej powyżej podstawie prawnej, w ocenie Izby, wykracza poza formalnoprawną ocenę odwołania w świetle przesłanek odrzucenia, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiąc de facto merytoryczną ocenę zarzutów odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 3 września 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Budimex S.A. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 5 września 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Budimex oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 23 sierpnia 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 września 2019 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. uproszczony harmonogram robót budowlanych w wersji projektowej opracowany przez Odwołującego,
2. szczegółowy harmonogram robót budowlanych w wersji projektowej opracowany przez Odwołującego,
3. plan zagospodarowania placu budowy opracowany przez Odwołującego,
4. plan zagospodarowania terenu Zamawiającego,
5. zdjęcia z wizji lokalnej,
6. mapkę i punkty wysokościowe - Warbud dokonał pomiaru geodezyjnego,
7. ofertę firmy Keller - roboty geotechniczne 8 miesięcy (32 tygodnie),
8. ofertę firmy C. - roboty geotechniczne (bez ściany szczelinowej) 8,7 miesięcy (265 dni),
9. ofertę na ścianę szczelinową Odwołującego - roboty geotechniczne 2 miesiące (57 dni),
10. ofertę firmy PEKABEX - konstrukcja budynku prefabrykowana 9 miesięcy.

Jednocześnie skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Budimex, tj.:

1. wstępny harmonogram ogólny realizacji robót SPSK1 w Lublinie,
2. referencje wystawione Budimex S.A.,
3. rzut mapy z Google Earth obrazujący teren inwestycji,
4. oferty firmy Keller objęte tajemnicą przedsiębiorstwa,
5. opinię w zakresie robót geotechnicznych objętą tajemnicą przedsiębiorstwa,
6. dwie oferty dotyczące robót ziemnych oraz elementów prefabrykowanych objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem IV SIWZ, wykonanie przedmiotu umowy miało nastąpić w terminie nieprzekraczającym 20 miesięcy od daty podpisania umowy.

Z kolei zgodnie z punktem XIV SIWZ, kryteriami oceny ofert były: 1) cena oferty 60%, 2) długość gwarancji 20% oraz termin realizacji 20%. W zakresie kryterium oceny ofert

dotyczącego terminu realizacji zamówienia Zamawiający wskazał, że do porównania i oceny ofert brany będzie termin realizacji podany przez Wykonawcę w formularzu oferty - formularzu cenowym. Im krótszy termin realizacji, tym korzystniej. Maksymalny akceptowany przez Zamawiającego termin realizacji to 20 miesięcy od daty zawarcia umowy. Zaoferowanie terminu dłuższego spowoduje odrzucenie oferty. Minimalny akceptowany przez Zamawiającego termin realizacji to 12 miesięcy. Zaoferowanie krótszego terminu realizacji niż 12 miesięcy, spowoduje przyjęcie do obliczeń okresu minimalnego tj. 12 miesięcy.

Zgodnie z punktem IV formularz ofertowego wykonawca Budimex zaoferował termin realizacji zamówienia wynoszący 14 miesięcy. Wykonawca Warbud zaoferował 19 - miesięczny termin realizacji zamówienia.

W dniu 23 sierpnia 2019 r. Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Budimex S.A. za najkorzystniejszą. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Istota niniejszej sprawy sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy zaoferowany przez wykonawcę Budimex S.A. 14 - miesięczny termin realizacji zamówienia stanowiący pozacenowe kryterium oceny ofert stanowił, jak twierdził Odwołujący, termin nierealny i niemożliwy do spełnienia, co w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty Budimex

S.A. jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji polegający na manipulacji kryteriami oceny ofert.

Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z jednoczesnym poszanowaniem fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Definicja czynu nieuczciwej konkurencji wynika natomiast z art. 3 ust. 1 uznk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W świetle ukształtowanego orzecznictwa sądów powszechnych art. 3 ust. 1 uznk, może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. SN w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt: II CSK 44/09).

W ocenie Izby kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miała treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie kryterium oceny ofert dotyczącego terminu realizacji zamówienia. Zamawiający w postanowieniach punktu XIV SIWZ wskazał zarówno maksymalny (20 miesięcy od daty zawarcia umowy) oraz minimalny termin realizacji przedmiotowego zamówienia (12 miesięcy). Z powyższego wynika zatem, że treść specyfikacji określała z góry granice czasowe dotyczące terminu realizacji zamówienia, akceptowanego przez Zamawiającego, w których powinien poruszać się wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu, tak by z jednej strony nie narazić się na sankcję odrzucenia oferty (w przypadku zaoferowania terminu dłuższego aniżeli termin maksymalny wynikający z SIWZ), a z drugiej strony by móc realnie konkurować w postępowaniu w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert. Zdaniem Izby z powyższych postanowień specyfikacji wynika również, że każdy zaoferowany przez wykonawcę termin realizacji zamówienia zawarty w ww. granicach czasowych był terminem realnym. Gdyby było inaczej to wykonawcy zainteresowani uzyskaniem niniejszego zamówienia dążyliby do wzruszenia odnośnych postanowień SIWZ wskutek skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej, co też nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Co więcej, sam Odwołujący stał na stanowisku, iż omawiane postanowienie SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia nie naruszało przepisów prawa.

Skoro zatem postanowienia SIWZ dotyczące punktowanego w ramach kryterium oceny ofert terminu realizacji były wiążące dla wszystkich wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o niniejsze zamówienie, to wywodzenie na obecnym etapie postępowania negatywnych skutków wobec wykonawcy, który zastosował się do postanowień SIWZ (w dodatku zgodnych przepisami prawa jak twierdził Odwołujący), oferując termin realizacji zamówienia w granicach dopuszczonych przez Zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia.

Za wewnętrznie sprzeczne Izba uznała stanowisko Odwołującego, który z jednej strony wskazywał na zgodność z przepisami prawa postanowienia SIWZ dotyczącego punktowanego terminu realizacji zamówienia, z drugiej zaś zarzucając konkurentowi złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, którego źródłem była, jak twierdził, prawidłowo skonstruowana SIWZ.

Następnie Izba wskazuje, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego, o którym mowa w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Złożone przez Odwołującego dowody potwierdzają jedynie przyjęte przez wykonawcę własne założenia i możliwości organizacyjne dotyczące realizacji inwestycji. Rzeczne dowody nie potwierdzają natomiast braku obiektywnej możliwości realizacji niniejszego zamówienia w terminie zaoferowanym przez Budimex. Okoliczność, iż wykonawca Warbud zaoferował 19 - miesięczny termin realizacji zamówienia uznając ww. termin za realny w świetle własnych możliwości nie przesądza, że inny wykonawca z uwzględnieniem właściwej mu organizacji pracy, środków technicznych, finansowych, wiedzy technicznej i doświadczenia oraz zasad współpracy z innymi podmiotami zainteresowanymi uczestniczeniem w procesie inwestycyjnym, nierzadko będącymi lokalnymi przedsiębiorcami, nie jest w stanie wykonać zamówienia w krótszym terminie. Innymi słowy, Odwołujący nie wykazał, by zaoferowany przez Budimex termin realizacji zamówienia, był nierealny, oderwany od realiów rynkowych i podyktowany dążeniem do sztucznego zawyżenia punktacji przyznanej ofercie, prowadzącym w konsekwencji do uzyskania zamówienia w sposób sprzeczny z regułami, o których mowa w art. 3 ust. 1 zknk, mimo braku faktycznej możliwości wywiązania się przez wykonawcę z zaciągniętego zobowiązania.

Co więcej, zauważyć należy, iż w toku rozprawy przed Izbą Strony i Uczestnik postępowania prezentowali odmienne propozycje dotyczące tak harmonogramu samych robót budowlanych, jak i szczegółowych kwestii związanych z przebiegiem całego zamierzenia inwestycyjnego w zakresie choćby usytuowania i liczby wjazdów na teren budowy, możliwości jednoczesnego prowadzenia robót budowlanych na poszczególnych obiektach objętych inwestycją, czy też odnośnie terminu i liczby jednostek sprzętowych możliwych do wprowadzenia na teren budowy. Powyższe w ocenie Izby dodatkowo potwierdza, że przyjęte przez wykonawców Budimex oraz Warbud koncepcje realizacji zamówienia były odmienne, podyktowane własnymi możliwościami i zapleczem organizacyjno - technicznym, co jednak w żadnej mierze nie potwierdza, iż złożona przez Budimex oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji powyższego Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby okoliczność, iż wykonawca Budimex oferując wyższą cenę za realizację zamówienia oraz nierealny termin jego wykonania, jedynie pozornie złożył najkorzystniejszą ofertę wskutek manipulacji kryteriami oceny ofert. Zauważyć należy, iż zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp pod pojęciem najkorzystniejszej oferty należy przez to rozumieć ofertę: a) która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo b) z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub

koszt. Nie jest zatem tak, że za najkorzystniejszą w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może zostać wybrana oferta, która zawiera najwyższą cenę. Nie jest również tak, że zaoferowanie przez wykonawcę wyższej ceny oraz najkrótszego terminu realizacji zamówienia (choć w niniejszej sprawie Budimex zaferował wyższy niż wskazany przez Zamawiającego jako minimalny termin realizacji zamówienia punktowany w ramach kryterium oceny ofert) stanowi a priori manipulację kryteriami oceny ofert. Powyższe w okolicznościach rozpoznawanej przez Izbę sprawy nie zostało przez Odwołującego wykazane.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 4 428 zł stanowiącej wynagrodzenie pełnomocnika, do wysokości wynikającej z ww. rozporządzenia, na podstawie złożonej do akt faktury.

Przewodniczący: