

WYROK
z dnia 12.09.2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Dagmara Gałczewska- Romek
Emilia Garbala
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2019 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02.09.2019 r. przez wykonawcę **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa.**

przy udziale wykonawcy **CPD System Sp. z o.o., ul. Ignacego Skorupki 13, 05-220 Zielonka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. Zasadza od odwołującego Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa na rzecz zamawiającego 12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa, kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019r. poz. 730) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

Członkowie :

.....

UZASADNIENIE

12 Terenowy Oddział Lotniskowy w Warszawie Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż zespołów spalinowo elektrycznych w kompleksie wojskowym nr 8602 w Legionowie. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę CPD System Sp. z o.o., ul. Ignacego Skorupki 13, 05-220 Zielonka, który to wykonawca zwany dalej „Przystępującym” skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa, dalej zwany „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności i zaniechań dotyczących części nr 1 zamówienia, a polegających na:

1. Zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy CPD System Sp. z o.o. ul., jako oferty stanowiącej naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. Dokonanie czynności oceny i wyboru oferty wykonawcy CPD System jako oferty najkorzystniejszej;
3. Zaniechania wyboru oferty Warbud S.A. jako oferty najkorzystniejszej;

Powyższymi czynnościami i zaniechaniami Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt) 3 i art. 7 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt) 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm. - dalej jako: „u.z.n.k.”) poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to zachowanie polegało na braku weryfikacji przez Zamawiającego zaoferowanego przez CPD System, 60 - dniowego terminu realizacji zamówienia, który to termin jest rażąco krótki, a w panujących realiach rynkowych nie jest możliwym zachowanie zaoferowanego przez CPD System terminu, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy CPD System, pomimo, że złożenie oferty z rażąco zaniżonym i nierealnym terminem na wykonanie zamówienia przez wykonawcę CPD System stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty CPD System;
2. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy CPD System pomimo, że oferta CPD System powinna podlegać odrzuceniu albowiem jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. Unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie Części nr 1 zamówienia - wyboru oferty wykonawcy CPD System jako oferty najkorzystniejszej;
3. Unieważnienie czynności Zamawiającego - oceny i badania ofert;
4. Nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - odrzucenia oferty CPD System;
5. Nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
6. Nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Nadto na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu mechaniki, maszyn i urządzeń na okoliczność: *braku fizycznej możliwości wyprodukowania, dostarczenia i zamontowania 4 sztuk zespołów spalinowo - elektrycznych o mocy 1,6 MW zainstalowanych w kontenerze 40 stopowym zgodnie z wymaganiami SIWZ w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy z Zamawiającym, braku możliwości zakupu silnika wysokoprężnego o mocy ok. 1800 kW od innych renomowanych producentów, aniżeli Perkins, Mitsubishi, MTU i Cummins.*

Wnosząc o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego wskazał na tezy które winny stać się tematem opinii:

- 1) Czy istnieje możliwość wyprodukowania, dostarczenia i zamontowania 4 sztuk zespołów spalinowo elektrycznych o mocy 1,8 MW zainstalowanych w kontenerach 40 stopowych wg PNISO 668:2018-05 o parametrach i na warunkach zgodnych z SIWZ, AQAP2110 wersja D wydanie 1 - wymaganiami NATO dotyczącymi zapewnienia jakości w projektowaniu, pracach rozwojowych i produkcji (dalej jako: „AQAP 2110”) oraz załącznikami do SIWZ w terminie 60 dni od dnia podpisania umowy z Zamawiającym?;
- 2) Czy istnieje możliwość zakupu silnika wysokoprężnego o mocy ok. 1800 kW od innych renomowanych i uznanych na rynku europejskim i światowym producentów aniżeli firmy Perkins, Mitsubishi, MTU i Cummins?

Nadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka kmdr por. M. K. - szefa 15 Rejonowego Przedstawicielstwa Wojskowego, na okoliczność: sposobu w jaki Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe sprawuje nadzór nad produkcją, jak również sposobu w jaki Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe dokonuje odbioru finalnego według procedury AQAP 2110 wersja D wydanie 1, a w szczególności na okoliczność przewidywanego czasu koniecznego na rozpoczęcie procedury realizacji umowy zgodnie z AQAP 2110, czynności jakie będą musiały zostać przeprowadzone przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe podczas sprawowania nadzoru nad wykonawcą zgodnie z AQAP 2110, średnich terminów realizacji takiego nadzoru, standardowych czynności jakie będą musiały zostać przeprowadzone w trakcie realizacji umowy, ilości kontroli jakie przeprowadza Rejonowe

Przedstawicielstwo Wojskowe na podstawie ww. procedury, jak również średniego czasu jaki zajmuje odbiór finalny i zwolnienie wyrobu.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, że zgodnie z pkt 3.2. ppkt 1) SIWZ przedmiotem zamówienia zadania częściowego nr 1 jest dostawa i montaż 4 sztuk zespołów spalinowo - elektrycznych (dalej jako: „ZSE”) o mocy 1,6 MW zainstalowanych w kontenerze 40 stopowym wg PNISO 668:2018-05 w kompleksie wojskowym nr 8602 w Legionowie. Wykonawca zatem jest zobowiązany do wyprodukowania, dostawy i sprzężenia z systemem energetycznym obiektu Zamawiającego, 4 sztuk zespołów spalinowo elektrycznych (agregatów prądotwórczych) w kontenerach 40 stopowych. Podkreślił, że zespoły spalinowo - elektryczne, które są przedmiotem niniejszego zamówienia nie są produkowane seryjnie - nie można ich zakupić, lecz należy je wyprodukować zgodnie ze specyfikacją Zamawiającego. Wykonawcy każdorazowo w swojej działalności wykonują takie urządzenia na zlecenie zamawiających.

Nadto zgodnie z klauzulą jakościową stanowiącą załącznik nr 12 do SIWZ, wymagania jakościowe przyszłej umowy podlegają nadzorowaniu jakości realizowanemu przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe („RPW”) zgodnie z AQAP 2110. Dodatkowo, zgodnie z warunkami przetargu, ocena zgodności wyrobu na potrzeby obronności i bezpieczeństwa Państwa zostanie przeprowadzona na podstawie deklaracji OiB w trybie wystawionej przez dostawcę zespołów spalinowo elektrycznych zgodnie z ustawą z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie, oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 114 ze zm.).

W świetle powyższych wymogów Zamawiającego, jeżeli dany wykonawca podpisze umowę z Zamawiającym w niniejszym Postępowaniu, będzie on musiał dokonać w szczególności - po podpisaniu umowy zwrócić się do właściwego Rejonowego Przedstawicielstwa Wojskowego celem umówienia spotkania otwierającego, na którym zostaną uzgodnione: plan jakości, plan zarządzania ryzykiem, plan zarządzania konfiguracją oraz harmonogram realizacji umowy. Termin spotkania to zwykle minimum 1 dzień roboczy od momentu zgłoszenia. Dopiero po ww. spotkaniu wykonawca zgodnie z zapisami AQAP 2110 ma prawo do składania zamówień elementów składowych u producentów i dostawców.

Stwierdził, że w tym stanie rzeczy nie jest dopuszczalne wcześniejsze dokonywanie zamówień, zaopatrzenie się w poszczególne części urządzenia lub użycie z własnego magazynu elementów i podzespołów dostawców zewnętrznych, które będą wykorzystywane przy produkcji przed dokonaniem ustaleń z RPW, ponieważ do każdej takiej umowy wykonawca musi wprowadzić i stosowne postanowienie umowne, o którym mowa powyżej. Wszelkie zamówienia na części, których wykonawca nie posiada musi on złożyć dopiero po podpisaniu umowy z Zamawiającym oraz po odbyciu spotkania z RPW. Wyjątkiem są jedynie elementy i podzespoły, które są produktem wykonawcy.

Wskazał, że główne elementy krytyczne nie są produkowane w Polsce i wymagają zamówień importowych. Są to:

- a) silnik wysokoprężny o mocy ok. 1800 kW;
- b) generator synchroniczny o mocy ciągłej minimum 2000 kVA;
- c) panel automatyki do synchronizacji z drugim ZSE w wykonaniu specjalnym ze względu na wymagania temperaturowe, wyrób niestandardowy, produkowany na zamówienie;
- d) wyłącznik główny z napędem.

Elementy opisane w podpunktach c) i d) czasami można nabyć w Polsce, lecz w ilościach jednostkowych. W przypadku czterech sztuk ZSE trzeba je koniecznie zamówić za granicą. Elementy główne określone w podpunktach a) i b) tj. silnik wysokoprężny i generator synchroniczny w ilości czterech sztuk produkowane są na indywidualne zamówienie. Dotyczy to wszystkich renomowanych producentów silników wysokoprężnych na świecie tj.: Perkins, Mitsubishi, MTU i Cummins. Okres oczekiwania na komplet silników wynosi minimum 8-10 tygodni od momentu złożenia zamówienia/podpisania umowy. Do tego należy dodać czas potrzebny na transport czyli średnio ok. 7 dni. Wskazał, że mając na uwadze powyższe, tj. przestrzeganie procedur zgodnie z AQAP 2110, dotyczących składania zamówień oraz terminy dostaw komponentów głównych, a w szczególności silników wysokoprężnych o mocy 1800 kW, jednoznacznie można stwierdzić, że silniki mogą trafić do zakładu CPD System najwcześniej po 65 dniach od podpisania przez CPD System umowy z Zamawiającym. Nadto w sprawie nie uregulowano kwestii kontroli końcowej odmiennie, wobec czego do czasu realizacji zamówienia należy dodać co najmniej 10 dni roboczych wyprzedzenia na przygotowanie się RPW do formalnej akceptacji i zwolnienia wyrobu po wykonaniu testów zakładowych. Zakładając zatem, że pracownicy RPW zawsze będą dysponowali czasem na wezwanie CPD System to czas realizacji zamówienia będzie wynosił co najmniej 90 dni.

W podsumowaniu powyższych założeń terminowych podał, że podsumowując powyższe rozważania, kalkulacja minimalnego czasu niezbędnego na realizację zamówienia wygląda następująco:

- a) oczekiwanie na spotkanie otwierające -1 dzień ;
- b) oczekiwanie na wyprodukowanie silników (przy założeniu, że będzie to 8, a nie 10 tygodni), a CPD System zamówi je od razu po spotkaniu otwierającym - 56 dni;
- c) czas transportu silników do zakładu CPD System - 7 dni
- d) produkcja czterech sztuk ZSE, zabudowa w kontenerach i testy pod nadzorem RPW -14 dni;
- e) odbiór finalny i zwolnienie wyrobu zgodnie z AQAP 2110 10 dni. SUMA: 88 dni.

Wskazał, że nadto zgodnie z pkt 3.4 ppkt 8) SIWZ przedmiotem zamówienia jest również wykonanie projektu warsztatowego połączeń szynoprzewodowych głowic zabudowanych w rozdzielnicach agregatów z szynoprzewodami wybudowanymi w ramach zadań; 51407 i 51408 wraz z budową tych odcinków dla relacji szynoprzewodowych. Wykonanie obmiarów szynoprzewodów przez przedstawicieli dostawcy takich przewodów oraz wykonanie projektu warsztatowego zajmie w ocenie Odwołującego 7 dni. Dopiero po dokonaniu szczegółowego pomiaru można dokonać zamówienia wszystkich elementów szynoprzewodów, które są niestandardowe i wykonywane na specjalne zamówienie. Czas realizacji szynoprzewodów u producentów wynosi 8 tygodni od dnia ich zamówienia. Jednocześnie, aby dokonać pomiaru szynoprzewodów konieczna jest wcześniejsza znajomość lokalizacji rozdzielnicy agregatu z dokładnością do 1 cm. W tym stanie rzeczy nie jest możliwym wykonanie takiego pomiaru już pierwszego dnia wejścia na budowę. W pierwszej kolejności musi powstać szczegółowy projekt agregatu, w pełni dostosowany do stanu faktycznego miejsca jego wbudowania, który dokładnie określi ustawienie rozdzielnicy, do której to należy doprowadzić szynoprzewody. Instalacja szynoprzewodów jest zatem kolejnym elementem ZSE, którego realizacja zajmie ponad 8 tygodni (7 dni na wykonanie projektu + 8 tygodni na realizację zamówienia przez producenta szynoprzewodów). W ocenie Odwołującego na wykonanie szynoprzewodów potrzeba zatem 63 dni. Jest to kolejny argument świadczący o tym, że CPD System nie będzie w stanie zrealizować zamówienia w zaoferowanym terminie.

Reasumując powyższe argumenty podał, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę CPD System, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co ważne w regulacji art. 15 ust. 1 pkt 5) u.z.n.k. nie chodzi o przymus fizyczny lub psychiczny (wystarczającą bowiem podstawę normatywną do uznania za niedozwolone takich zachowań stanowiłby art. 3 ust. 1 u.z.n.k.), ale o przypadki innego rodzaju. Mianowicie przymus, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5, wyraża się w wywołaniu przez przedsiębiorcę stanu, w którym zachowujący się rozsądnie klient, w celu ochrony własnych interesów, po prostu nie może skorzystać z ofert konkurencyjnych, gdyż byłoby to nieracjonalne. Złożenie przez CPD System oferty, w której wskazał termin realizacji zamówienia jako 60 dni od dnia podpisania umowy w sposób oczywisty należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca ten wiedział bowiem, iż w terminie tym nie jest on w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Termin ten jest bowiem nierealny. CPD System jako profesjonalista w swojej dziedzinie musiał bowiem mieć świadomość tego, że sama produkcja silnika wysokoprężnego o mocy ok. 1800 kW zajmuje minimum 56 dni. Nadto CPD System nie jest w stanie samodzielnie wyprodukować takiego urządzenia. W świetle obecnie panujących realiów rynkowych, CPD System musi bowiem nabyć takie urządzenie poza granicami Polski. W Polsce nie ma firmy, która byłaby w stanie

wyprodukować takie urządzenie. Jak wynika z akt sprawy średni okres oczekiwania na dostarczenie takiego silnika zajmuje ok. 8 -10 tygodni. Jednocześnie CPD System nie mógł zarezerwować sobie wcześniej silników w fabryce danego producenta, albowiem zgodnie z pkt 5.4.6.1. ppkt) 2 AQAP 2110, RPW ma prawo do kontroli procesu produkcji głównego podzespołu, a jakiegokolwiek wcześniejsze rozpoczęcie produkcji danej części uniemożliwiłoby przeprowadzenie RPW takiej kontroli.

W ocenie Odwołującego zaoferowanie 60 - dniowego terminu realizacji zamówienia było spowodowane wyłącznie dążeniem do sztucznego zawyżenia punktacji przyznanej ofercie, a w konsekwencji do uzyskania zamówienia mimo braku realnej możliwości wywiązania się ze swojego zobowiązania. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy - CPD System dotyczące zaoferowanego terminu realizacji zamówienia zawarte w piśmie z dnia 29 lipca 2019 r. należy uznać za wątpliwe i nieoparte żadnymi dowodami.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na zarzuty odwołania oraz w stanowisku prezentowanym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie niezasadne.

Na wstępie podał, że dnia 31 maja 2019 r., po pismach wykonawców, Zamawiający zmienił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia w ten sposób, że określił jako termin dostawy i montażu z przeprowadzeniem rozruchu technicznego na - 90 dni od daty podpisania umowy, oraz 120 dni od podpisania umowy - jako termin odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji. Jednocześnie Zamawiający zmienił kryteria oceny ofert w ten sposób, że kryterium „Termin dostawy i montażu z przeprowadzeniem rozruchu technologicznego - 20%” określił na 60; 75 i 90 dni. W dniu 22 lipca b.r. do Zamawiającego wpłynęło pismo informujące o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W piśmie tym PKE Polska Sp. z o.o. poinformowała Zamawiającego, że ewentualny wybór oferty spółki CPD System Sp. z o.o. prowadzić będzie naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż wskazany w ofercie ww. Wykonawcy 60-dniowy termin realizacji zamówienia jest nierealny i spowodowany był jedynie sztucznym zawyżeniem punktacji. Po zwróceniu się do Wykonawcy o wyjaśnienia i po uzyskaniu ich od CPD System Sp. z o.o. Zamawiający dokonał wyboru złożonej przez niego oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie podkreślił, że zmieniona po pismach wykonawców SIWZ określała jako jedno z kryteriów oceny ofert termin realizacji zamówienia, wprowadzając punktację 20, 10 i 0 pkt. dla odpowiednio 60. 75 i 90 dni. Żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie odwołał się od tak określonego kryterium. W konsekwencji, wobec braku zaskarżenia ww. zapisów SIWZ do KIO należy przyjąć, że wykonawcy zgadzali się z tym, że możliwe jest wykonanie zamówienia w ciągu 60 dni od daty zawarcia umowy i już tylko ten fakt winien skutkować uznaniem, że odwołanie jest niezasadne.

Odwołujący się godząc się na takie zapisy SIWZ przyznał bowiem, że możliwe jest wykonanie zamówienia w terminie 60 dni. Podnoszony przez Skarżącego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 Pzp z zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w ocenie Zamawiającego wymaga udowodnienia, że zastosowany przez CPD System Sp. z o.o. termin jest nierealny, a złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego wiązać się to powinno z koniecznością dokonania przez Odwołującego przekonywującej i wystarczająco pogłębionej, a nie wybiórczej, analizy rynku, która dopiero wykazałaby słuszność omawianego zarzutu. Taka analiza zdaniem Zamawiającego nie została jednak w niniejszym postępowaniu przeprowadzona. Skarżący jedynie w sposób wybiórczy powołał się dla poparcia swojego stanowiska na pisma kilku producentów, co zdaniem 12 TOL nie oddaje faktycznych stosunków rynkowych.

Zamawiający podkreślił, że wezwany do wyjaśnień wykonawca CPD System Sp. z o.o. udzielił wyjaśnień, które w ocenie Zamawiającego były wystarczające do tego by uznać, że złożenie przez tego Wykonawcę oferty z określeniem 60-dniowego terminu realizacji zamówienia jest realne i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił także, iż wywód Odwołującego dotyczący odbioru zespołu spalinowo elektrycznego przez Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe uznać należy za nietrafny. Jak zauważył Odwołujący się „*sama procedura odbioru finalnego [...] zajmuje **zazwyczaj** minimum 10 dni.*” Słusznie Skarżący użył wyrażenia „**zazwyczaj**” - nie oznacza to jednak, że procedura odbiorowa RPW nie może trwać krócej. Procedura wg której RPW dokonuje odbiorów określa maksymalne, a nie minimalne terminy odbioru. W konsekwencji uznać należy, że omawiany zarzut nie został przez Skarżącego udowodniony.

Nadto Zamawiający wniósł o oddalenie zgłoszonych przez Odwołującego i Przystępującego dowodów w postaci zlecenia opinii biegłego oraz przesłuchania świadków, stwierdzając, że materiał dowodowy zgromadzony w sprawie jest jednoznaczny co do możliwości wykonania zamówienia w terminie 60 dni, a odwołujący nie przedstawił poza wydrukami z poczty internetowej żadnego pewnego dowodu, który uprawdopodobniał by zasadność podniesionych zarzutów.

Przystępujący do postępowania wykonawca którego oferta została uznana za najkorzystniejszą poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. W złożonym piśmie procesowym wskazał, że zarzuty dotyczące faktu, iż zaoferowany przez Przystępującego 60-dniowy termin jest „rażąco zaniżony i nierealny”, co stanowić ma czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest kuriozalne w sytuacji, gdy zaoferowany termin jest jednym z terminów wskazanych w kryteriach oceny ofert przez samego Zamawiającego w SIWZ. Jeżeli przedmiotowa kwestia budziła obawy Odwołującego, to mógł skorzystać z przysługujących

mu środków ochrony prawnej i złożyć odwołanie od zmodyfikowanej treści SIWZ w ustawowym, zawitym terminie. Odwołujący uchybił ww. terminom na zaskarżenie opisu przedmiotu zamówienia/kryteriów oceny ofert, a obecnie próbuje uznać ofertę Przystępującego, złożoną zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego za naruszającą zasady konkurencji. Z treści uzasadnienia odwołania wynika, iż Odwołujący nie jest w stanie dotrzymać 60-dniowego terminu wykonania zamówienia.

Zauważył, że realnym problemem według Odwołującego jest to, iż jego zdaniem nie można było złożyć oferty za którą można było otrzymać maksymalną liczbę 20 pkt w kryterium terminu - co w istocie jest zarzutem co do sformułowania treści SIWZ, spóźnionym o kilka miesięcy. Odwołujący kilkakrotnie wskazywał, iż „podmioty zainteresowane ewentualnym złożeniem oferty zwracały uwagę na rażąco krótki termin realizacji zamówienia Zamawiającemu jeszcze przed terminem składania ofert” - w konsekwencji termin został wydłużony i termin maksymalny stał się terminem minimalnym na realizację zamówienia. Odwołujący zauważył, że niektórzy wykonawcy wskazywali, że termin realizacji zamówienia może wynosić nawet 20 tygodni (140 dni). Zamawiający miał inną opinię. Jeżeli jednak wykonawcy mieli tego typu wątpliwości, to mieli też odpowiednie środki do przekazania tej sprawy do rozstrzygnięcia do KIO.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.
Odwołane jest niezasadne i podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący i Przystępujący wykazali interes we wniesieniu środków ochrony prawnej, tj. odwołania i przystąpienia.

Na wstępie Izba stwierdziła, że stan faktyczny podany w odwołaniu i pismach Zamawiającego i Przystępującego nie jest rozbieżny i tym samym nie wymagał uzupełnień.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie była kwestia, 1) czy Odwołujący jest uprawniony na tym etapie postępowania kwestionować termin realizacji zamówienia podany w SIWZ oraz 2) czy zaoferowany termin w ofercie Przystępującego stanowi o niemożliwości wykonania zamówienia w zadeklarowanym w ofercie terminie.

Podkreślenia wymaga kwestia, iż mimo braku wyraźnego kwestionowania w zarzutach odwołania treści postanowień SIWZ w zakresie ustalonego terminu wykonania

zamówienia i sposobu jego punktacji w ramach kryterium oceny ofert, to jednak niewątpliwym jest, że Odwołujący stwierdza iż zaoferowanie 60 dniowego terminu realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym kwestionuje treść SIWZ.

W ramach tego zarzutu Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w pierwotnej wersji SIWZ ustalił termin realizacji zamówienia na maksymalnie 60 dni od daty zawarcia umowy i jednocześnie w ramach kryterium oceny ofert punktował długość zaoferowanego terminu realizacji zamówienia, i tak za realizację w ciągu 45 dni przyznawał -20 pkt.; za 50 dni-10 pkt, a za 60 dni-0 pkt. W wyniku zmiany treści SIWZ powyższe terminy i punktacja została odniesiona do 60; 75 i 90 dni.

Poza sporem jest fakt, że Zamawiający w SIWZ ustalił minimalny termin realizacji zamówienia w wysokości 60 dni. Jak ustalono w trakcie rozprawy, żaden z wykonawców nie zakwestionował tego 60 dniowego terminu jako nierealnego. Tym samym zarówno Zamawiający jak i Przystępujący kwestionując zasadność stanowiska Odwołującego podnosili, że brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do możliwości uznania, by fakt złożenia oferty zgodnej z terminem ustalonym w SIWZ mogło stanowić czyn nieuczciwej konkurencji ze strony Przystępującego.

Oceniając powyższą sytuację Izba uznała, że w przypadku wątpliwości co do realności terminu wykonania zamówienia określonego w SIWZ Odwołujący powinien był w ustawowym terminie złożyć stosowne odwołanie na czynności Zamawiającego polegające na opisie przedmiot zamówienia i określeniu kryteriów oceny ofert. Podkreślić należy, że wykonawca kwestionując w odwołaniu do KIO treść postanowień SIWZ wskazuje w szczególności przez pryzmat art 179 ust.1 Pzp na brak możliwości lub nadmierną uciążliwość w złożeniu przez niego oferty w postępowaniu. W tym przypadku Odwołujący nie wnosząc odwołania niewątpliwie na etapie składania ofert zaakceptował treść postanowień SIWZ. Dopiero w sytuacji, kiedy zaoferowanie przez innego wykonawcę terminu za który Zamawiający przyznawał dodatkowo 20 pkt w ramach kryterium oceny ofert, co uczyniło tą ofertę najkorzystniejszą, sformułował zarzut czynu nieuczciwej konkurencji powracając do kwestionowania ustaleń SIWZ w zakresie realności terminu na realizację zamówienia. Z analizy treści przedmiotowego odwołania wywieść należy, że wszystkie podniesione zarzuty zostały postawione w nawiązaniu do nierealności terminu realizacji ustalonego w SIWZ dla wykonania zamówienia. Tym samym wszelkie zarzuty w tym zakresie i na tym etapie postępowania Izba uznała, jako spóźnione za niezasadne.

W zakresie zarzutu opartego na twierdzeniu, iż przy tak zaoferowanym w ofercie Przystępującego terminie wykonania zamówienia mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym i czynem nieuczciwej konkurencji, gdyż niemożliwe obiektywnie jest wykonanie zamówienia w wskazanym 60 dniowym terminie wskazać należy, że zgodnie z art. 387

Kodeksu cywilnego, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Na wstępie wskazać należy, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny /kom. do art.387 kc pod red. prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, wydanie 6 z 2011r./ świadczenie, a tym samym zawarta na to świadczenie umowa dotknięta jest nieważnością, jeżeli świadczenie dłużnika przewidziane w umowie jest niemożliwe do wykonania. Niemożliwość świadczenia to tzw. niemożliwość obiektywna. Świadczenie jest niewykonalne, tylko w sytuacji, kiedy nie może go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (podobnie wyr. SA w Poznaniu z 27.5.1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90; wyr. SN z 22.11.1973 r., III CRN 255/73, Legalis; z 8.5.2002 r., III CKN 1015/99, Legalis; z 8.1.2009 r., I CSK 239/08, Legalis; z 20.3.2009 r., II CSK 611/08, Legalis).

Natomiast Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 27 września 2016 r., VI ACa 817/15 uznał, że przez pojęcie „świadczenie niemożliwe” rozumie się zachowanie się dłużnika, które jest obiektywnie niemożliwe do zrealizowania – a więc zarówno przez dłużnika, jak i każdy inny podmiot. Nadto niemożliwość ta musi być pierwotna, czyli występować w chwili zawierania umowy i nieprzemijająca. Sąd Apelacyjny w Krakowie zastrzegł ponadto, że z pierwotną, obiektywną niemożliwością świadczenia mamy do czynienia, gdy strona umowy zobowiązuje się wobec drugiej strony do zrobienia czegoś, co jest niewykonalne ze swej istoty w aktualnie panujących warunkach społeczno-ekonomicznych (wyrok SA w Krakowie z 15 lipca 2016 r., sygn. I ACa 409/16).

Z analizy powyższego stanowiska wywieść należy, że ujęcie obiektywne niemożliwości świadczenia nakazuje przywiązywanie wagi nie do sytuacji konkretnego dłużnika (wykonawcy), tylko do samego świadczenia (jego przedmiotu), czy jest możliwe jego wykonanie przez jakikolwiek podmiot trzeci.

Wskazać należy, że w odwołaniu Odwołujący wskazując na niemożliwość zrealizowania przez Przystępującego zamówienia w zaoferowanym terminie, przede wszystkim odnosił się do braku możliwości wyprodukowania i dostarczenia 4 szt. silników spalinowych o mocy ok.1600 kW w terminie krótszym niż 8-10 tygodni. Jednakże w sytuacji kiedy na rozprawie Przystępujący wraz z pismem procesowym załączył dokument wskazujący, iż jego podwykonawca, który jest partnerem handlowym producenta silników Cummins jest w stanie pozyskać przedmiotowe silniki w terminie do 6 tygodni, to Odwołujący nadał priorytetowy charakter zarzutowi braku możliwości zakupu szynoprzewodów wskazując, iż termin na ich pozyskanie od producenta wynosi co najmniej 8 tygodni, a z dostawą nawet 9. W tym zakresie Izba podzieliła prezentowane stanowisko Zamawiającego i Przystępującego - co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego, że podwykonawca Przystępującego posiada cały park maszynowy, w którym może wyprodukować albo

przystosować poszczególne elementy objęte zamówieniem, bez konieczności tworzenia linii produkcyjnej na nowo pod dane zamówienie. Nadto wykazano Izbie, że brak jest potrzeby wykonywania linii szynoprzewodów do której będą podłączone agregaty, gdyż ta została już w ramach odrębnego zamówienia wykonana przez Odwołującego, a obecnie jest tylko niezbędne wykonanie odcinków szynoprzewodów łączących agregaty prądotwórcze z główną linią szynoprzewodów za pośrednictwem głowicy, która winna być kompatybilna z szynoprzewodami firmy Simens. Zgodzić się należy z Zamawiającym i Przystępującym, że w tym konkretnym zamówieniu istnieje możliwość połączenia głowicy z szynoprzewodem za pomocą standardowych elementów szynoprzewodów, które w odcinkach o różnej długości są stale dostępne w ofercie SIEMENSA, jako tzw. z „półki” i nie ma w tym zakresie potrzeby zamawiania ich do produkcji. Nadto Przystępujący wskazał, że w oparciu o własne biuro projektowe jest w stanie tak zaprojektować odległość zespołów agregatów prądotwórczych od szynoprzewodów, iż możliwe będzie wykorzystanie w tym celu standardowych odcinków szynoprzewodów.

Izba przyjęła za realne wykazanie możliwości Przystępującego dotrzymania oferowanego terminu wykonania zamówienia w sytuacji w której podał, że *niewątpliwie Przystępujący jest w komfortowej sytuacji, iż jego podwykonawca ma możliwość „zarezerwowania” terminu na zamówienie u producentów np. silników wysokoprężnych na długo przed terminem przekazania zamówienia do produkcji (rezerwacja mocy produkcyjnych producenta). W takim przypadku producent uwzględni planowane zamówienie podwykonawcy Przystępującego w swoich planach produkcyjnych na mniej-więcej określony termin, a następnie kiedy zamówienie jest pewne, Podwykonawca Przystępującego potwierdza jego zgłoszenie do realizacji w konkretnym terminie. Wtedy też może, jeśli rzeczywiście taki będzie wymóg Zamawiającego/RPW zamieścić stosowną klauzulę w umowie, poczynić inne ustalenia wymagane przez RPW, gdyby rzeczywiście takowe były, a nawet zapewnić uczestnictwo w czynnościach gdyby taka była wola RPW. Z takiej też możliwości skorzystał w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący.*

Powyższe zdaniem Izby nie uzasadnia uznania oferty Przystępującego jako wyczerpującej czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż trudno takiemu postępowaniu wykonawcy zarzucić utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku zamówień.

Odnosząc się do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego

przedsiębiorcy, co może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy. Nic takiego nie zostało wykazane w sprawie. Odwołujący jak i dwaj inni wykonawcy złożyli oferty, a oferta Odwołującego została skasyfikowana na drugim miejscu. Niewątpliwym jest, że termin realizacji zamówienia był tym elementem oferty, który znacząco wpływał na ostateczną jej ocenę, ale większe możliwości jednego z wykonawców na wykonanie zamówienia w najkrótszym wskazanym w SIWZ terminie stanowiło o jego przewadze konkurencyjnej na rynku, a nie o utrudnianiu konkurencji innym podmiotom.

Reasumując powyższe, Izba uznała podniesione zarzuty odwołania jako nie udowodnione, za niezasadne. Podkreślić należy, że Odwołujący nie przedłożył dowodów, które w sposób pewny i kategoriyczny wskazywałyby na zasadność podniesionych zarzutów, a to jest niezbędne, aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach (podobnie wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17).

Niewątpliwym jest, że ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, gdyż to Odwołujący z postawionych zarzutów i żądań wywodził pozytywne dla siebie skutki prawne. Nie sposób uznać za udowodnione informacji przekazanych przez Odwołującego od potencjalnych wykonawców dotyczących możliwości realizacji przedmiotowego zadania w określonym czasie w sytuacji, kiedy były to wyłącznie wydruki z korespondencji e-mailowych. Izba oddaliła wniosek Odwołującego o powołanie biegłego dla ustalenia w jakim terminie możliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia. To Odwołujący winien wykazać na podstawie dowodów – chociażby oficjalnych pism od producentów, czy opinii prywatnej, iż obiektywnie nie jest możliwe wykonanie zamówienia w zaoferowanym terminie.

Izba uznała, że stan faktyczny sprawy jest jasny i wystarczający do wydania orzeczenia mimo, że strony w sposób odmienny interpretowały okoliczności zaistniałe w sprawie oraz wywodziły inne skutki prawne z zaistniałych zdarzeń. Izba uznała, że w sprawie nie zaistniały sytuacje szczególne dla których byłoby zasadne powołanie biegłego.

Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wykazał, iż oferta Przystępującego ma charakter czynu nieuczciwej konkurencji - wykazał natomiast, iż on sam, nie ma możliwości aby złożyć ofertę równie korzystną z uwagi ograniczenia w dostępie do producentów sprzętu.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu, gdyż takie naruszenia nie zostały w sposób bezsporny wykazane przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący

Członkowie :

.....