

WYROK

z dnia 1 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MELBUD Spółkę Akcyjną w Grudziądzu, Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Dychowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Skanska Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej we Wrocławiu** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej przez Skanska Spółkę Akcyjną w Warszawie i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MELBUD Spółkę Akcyjną w**

Grudziądzu, Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Dychowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej we Wrocławiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MELBUD Spółki Akcyjnej w Grudziądzu, Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Dychowie** kwotę **24 000 zł 93 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące złotych dziewięćdziesiąt trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd gospodarki Wodnej we Wrocławiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie przepławki dla ryb na wylocie zbiornika.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 18 czerwca 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MELBUD Spółka Akcyjna w Grudziądzu, Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dychowie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań przez zamawiającego czynności, do której był on obowiązany z mocy ustawy, tj.:

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Skanska,
- bezpodstawnie dokonał wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wnieśli o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu:

- dokonania czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonania czynności odrzucenia oferty Skanska.

Odwołujący uzasadnili swój interes we wniesieniu odwołania wskazując, że złożyli ofertę, która zgodnie z kryteriami oceny ofert uzyskała II miejsce w rankingu ofert. Gdyby zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy - Skanska S.A. odwołujący uzyskaliby przedmiotowe zamówienie, bowiem ich oferta uzyskałaby I miejsce w rankingu ofert. Odwołujący zostali narażeni na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnieśli, że w dniu 16 czerwca 2015 r. zostali zawiadomieni o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta Skanska. W ocenie odwołujących oferta Skanska winna być przez zamawiającego odrzucona, gdyż jej

treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Skanska złożyła ofertę, w której treści wskazany został Czas wykonania Projektów Wykonawczych jako 1/7 tygodnia. Czas ten, zgodnie z Rozdz. XII pkt. 2.2 SIWZ, wykonawcy mieli podać w tygodniach. Skanska podała ten czas w istocie w dniach, bowiem 1/7 tygodnia to 1 dzień. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN, termin - to m.in. czas przeznaczony na wykonanie jakiegoś zadania. Zatem w tej naszej konkretnej sytuacji, zgodnie ze słownikiem PWN, słowo "czas" oznacza "termin". Inaczej rzecz ujmując, "Czas wykonania Projektów Wykonawczych" należy rozumieć jako "Termin wykonania Projektów Wykonawczych". Ustawa nie definiuje sposobu obliczania terminów, znajdują zatem zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, zgodnie z art. 14 ustawy Pzp. Art. 110 k.c. stanowi, że jeżeli ustawa, orzeczenie sądu lub decyzja innego organu państwowego albo czynność prawna oznacza termin nie określając sposobu jego obliczania, stosuje się przepisy poniższe.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający w SIWZ oznaczył termin w tygodniach, ale nie określił sposobu jego obliczenia, zatem do obliczenia terminu oznaczonego w SIWZ w tygodniach znajdzie zastosowanie poniżej cytowany przepis art. 112 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. W ocenie odwołujących w świetle tegoż przepisu, aby można było obliczyć zakończenie terminu oznaczonego w tygodniach w zgodzie z tym przepisem, najkrótszym terminem oznaczonym w tygodniach może być — 1 tydzień.

Odwołujący stwierdzili, iż zamawiający – nie dokonując odrzucenia oferty Skanska – naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnieśli, że złożenie przez Skanska oferty, z oznaczonym czasem wykonania projektów wykonawczych jako 1/7 tygodnia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nierealność wykonania projektów wykonawczych w ciągu 1 dnia od zawarcia umowy z zamawiającym, wskazuje na zamiar rozpoczęcia wykonywania zamówienia przed zawarciem umowy na jego realizację lub na założenie z góry przez Skanska obowiązku zapłaty zamawiającemu kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania tych projektów. Wkalkulowanie przez Skanska, w momencie składania oferty, zrealizowania powyżej wskazanego zamiaru lub powyżej wskazanego założenia, świadczy o czynie nieuczciwej konkurencji nakierowanym na uzyskanie zamówienia poprzez osłabienie ofert konkurentów nieuczciwymi metodami. Przy ocenie czasu wskazanego w ofercie przez Skanska nie można pominąć kwestii jakości

projektów wykonawczych, które sporządzić ma wykonawca. Czas wykonania Projektów Wykonawczych stanowi kryterium oceny ofert (Rozdz. XII. pkt. 2. 2) SIWZ), zaś niedotrzymanie tego czasu stanowi podstawę do naliczenia kary umownej wykonawcy przez zamawiającego (§19 ust. 1 lit. f wzoru umowy), zatem zamawiający chcąc pozostać w zgodzie z SIWZ i umową, musi sprawdzić kompletność i jakość projektów. W związku z tym, w czasie wykonania Projektów Wykonawczych należało przewidzieć odpowiedni czas na czynności zamawiającego. Przy czasie 1/7 tygodnia na pewno nie przewidziano czasu dla zamawiającego. Nadto należy przewidzieć możliwość zakwestionowania kompletności i jakości projektów przez zamawiającego, co spowoduje konieczność dokonania poprawek tych projektów w czasie wykonania Projektów Wykonawczych. Oznaczenie w niezgodzie z postanowieniami SIWZ nierealnego Czasu wykonania Projektów Wykonawczych, szczególnie w sytuacji gdy czas ten stanowi kryterium oceny ofert i od tego czasu uzależniona jest także punktacja ofert pozostałych wykonawców (zgodnie z Rozdz. XII. pkt. 2. 2) SIWZ po zmianie z dnia 28 maja 2015 r.), jest szczególnie naganne. Jest to działanie niezgodne z przepisami prawa (z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, z zasadą uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 112 k.c.) oraz z dobrymi obyczajami - także z zasadami współżycia społecznego (co zgodnie z art. 5 k.c. nie podlega ochronie), i w konsekwencji narusza interes innych wykonawców biorących udział w przetargu.

Odwołujący podnieśli, że zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Skanska także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podnieśli, że zamawiający, dokonując wyboru oferty, która powinna być odrzucona, naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przeprowadził postępowanie niezgodnie z ustawą Pzp, tym samym nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w związku z tym naruszył zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, zamierzając udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, naruszył także art. 7 ust. 3 ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 czerwca 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że w pkt. XII SIWZ: opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, wskazał na kryterium „Czas wykonania projektów wykonawczych”. Stwierdził w szczególności, że będzie oceniał parametr w postaci czasu wykonania projektów wykonawczych (maksymalna ilość punktów – 10) w tygodniach, krócej niż wymagane 8 tygodni. Jednocześnie zastrzegł, że przyzna maksymalną ilość punktów

wykonawcy, który zaoferuje najkrótszy czas przekazania projektów wykonawczych, mniej niż wymagane 8 tygodni.

Zamawiający podniósł, że określił wyłącznie czas maksymalny jako 8 tygodni, nie oznaczając czasu minimalnego. Nie posłużył się w opisie przedmiotowego kryterium legalnym pojęciem „terminu” charakterystycznym dla języka prawniczego. Dopuścił tym samym stosowanie tygodnie, ale wyłącznie jako swoistej jednostki rozliczeniowej na potrzeby postępowania. Nie wykluczył również z tego punktu widzenia możliwości określenia czasu w postaci 1/7 tygodnia. 1/7 tygodnia można przeliczyć, bez żadnych wątpliwości, na ilość dni, podobnie jak z oznaczeniem np. pół roku, pół miesiąca, ¼ roku. Wykonawca biorący udział w postępowaniu, a oferujący wykonanie projektów w okresie poniżej jednego tygodnia, nie miał zatem innej możliwości jak oznaczenie zaoferowanego czasu w jednostce rozliczeniowej narzuconej przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego zarzut nie uzasadnia odrzucenia oferty Skanska na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powołał się na m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 151/08 i uchwałę Sądu Najwyższego z 22 marca 2007 roku III CZP 8/07.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, tj. zaniechania odrzucenia oferty Skanska, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.)- dalej: uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dyspozycją art. 3 ust. 1 ustawy uznk objęte są tylko te czyny sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy. Ustawodawca zwraca się przeciwko działaniom konkurencyjnym tylko o tyle, o ile są działaniami sprzecznymi z prawem lub dobrymi obyczajami.

Zamawiający podkreślił, że zarzucając czyn nieuczciwej konkurencji niewystarczającym jest powoływanie się na normę ogólną wyrażoną w art. 3 uznk. Dla skutecznego zarzutu naruszenia reguł uczciwej konkurencji niezbędnym jest określenie danego czynu jako deliktu w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1750/10 i z dnia 18 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1663/10.

Zamawiający podniósł, że odwołujący, poza powołaniem się na klauzulę generalną zawartą w art. 3 uznk, nie skonkretyzował zarzutu poprzez określenie, czy postępowanie

Skanska SA jest sprzeczne z prawem czy też dobrymi obyczajami. Stwierdził, że w celu wykazania naruszenia wymagane jest kumulatywne wystąpienie następujących przesłanek:

- 1) zachowanie musi być sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem,
- 2) zachowanie powoduje powstanie stanu zagrożenia,
- 3) musi wystąpić związek przyczynowy pomiędzy przesłanką 1 i 2.

Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19 listopada 2008 roku V ACa 108/08, z którego wynika, że dobre obyczaje kupieckie to pozaprawne normy postępowania, którymi winni kierować się przedsiębiorcy. Normy te ulegają zmianom, wraz ze zmiennymi warunkami życia, w tym ekonomicznymi i rynkowymi, są to normy moralne i etyczne, panujące w danym kraju obyczaje.

W opinii zamawiającego zaoferowanie najkrótszego czasu wykonania projektów nie oznacza działalności naruszającej postanowienia uzna, a mieści się w kategorii pojęciowej „działań konkurencyjnych” nie stanowiących jednak naruszenia prawa lub dobrych obyczajów. Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, że przy zastosowaniu wskazanego terminu nie będzie miał czasu na własne czynności w tym zakresie (sprawdzenie kompletności i jakości projektów). Zamawiający, opisując kryterium, wskazał, że podstawę oceny stanowi czas przekazania projektów wykonawczych. Oznacza to, że dopiero po ich przekazaniu przez wykonawcę, zamawiający podejmuje czynności związane z weryfikacją otrzymanych projektów i ewentualnym naruszeniem kar umownych.

Przystępujący Skanska SA poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie przepławki dla ryb na wylocie ze zbiornika wodnego Nysa do rzeki” w ramach Projektu pn.: „Modernizacja zbiornika wodnego Nysa w zakresie bezpieczeństwa przeciwpowodziowego – etap I” Przedsięwzięcie II „Modernizacja budowli i urządzeń zbiornikowych wraz z budową innych obiektów niezbędnych dla zbiornika”.

Szczegółowo zakres robót obejmuje:

- 1) Przepławka o długości 3464 m wraz z sekcjami zamykającymi i ich sterowaniem: • na przejściu pod kierownicą na prawym brzegu rzeki Nysy Kłodzkiej w km przepławki ok. 0+027 • na przejściu pod lewą kierownicą przelewu bocznego kontrolowanego w km przepławki ok: 2+060 6 • na przejściu pod prawą kierownicą przelewu bocznego

kontrolowanego w km przepławki ok: 2+265 • na przejściu pod koroną zapory czołowej w okolicy Białej Nyskiej w km przepławki ok: 3+307 w km zapory czołowej ok. 5+682

2) Wlot do przepławki w km rzeki Białej Głuchołaskiej ok. 2+757.

3) Stopień stały na Białej Głuchołaskiej w jej km ok 2+755.

4) Komory spoczynkowe na trasie przepławki w km przepławki ok. 0+110, 0+290, 0+690, 1+035, 1+460, 1+965, 2+385, 2+810, każda o długości ok 18 m.

5) Przejazdy pod drogami lokalnymi i zjazdami do korony zapory czołowej w ciągu przepławki w jej km ok. 0+260, 0+335, 0+690, 1+045, 1+990, 2+330, 2+552 wraz z odtworzeniem istniejących przepustów w ciągu rowu opaskowego prawego jego km 0+033 – 0+108,23, 0+611,1 – 0+635,9, 0+972,03 – 0+986,93, 2+479,53 – 2+494,51

6) zarurowanie wylotu odprowadzenia wód z rowów przydrożnych w km przepławki 0+661, rurociągiem na odcinku przejścia przez przepławkę o \varnothing 400mm i rzędnej wylotu do rowu opaskowego ok 189,48 m n.Kr

7) zarurowanie wylotu odprowadzenia wód z rowów przydrożnych w km przepławki 0+745, rurociągiem na odcinku przejścia przez przepławkę o \varnothing 500mm i rzędnej wylotu do rowu opaskowego ok 189,80 m n.Kr

8) Likwidacja ujściowego odcinka rowu opaskowego prawego na długości 86 m z wylotem do rzeki Nysy Kłodzkiej w jej km 65+060 rzeki Nysy Kłodzkiej.

9) Budowa nowego odcinka wylotowego z rowu opaskowego prawego o długości 75,3 m z nowym wylotem do rzeki Nysy Kłodzkiej w jej km 65+123 w km rowu opaskowego 0+033 – 0+108,23.

10) Korekta przebiegu rowu opaskowego prawostronnego pomiędzy kilometrami przepławki od ok 0+425 do ok 0+678 i km rowu opaskowego od km 0+358 – 0+611,1 na długości ok 253 m wraz z przemieszczeniem położenia wylotów z drenażu zapory (skrócenie odcinków wylotowych bez zmiany km wylotu i jego rzędnej)

11) Zasypanie początkowego odcinka rowu opaskowego pomiędzy kilometrami rowu od km 3+223,6 do km 3+241,75

12) Wykonanie przejść kablowych elektrycznych i teletechnicznych pod rowem opaskowym prawostronnym w km rowu 0+628, 0+980, 1+964, 2+489, 3+212.

W ramach przedmiotu zamówienia należy wykonać także:

13) Punkty monitoringu ryb

14) Zasilanie w energię elektryczną elementów przepławki (wykonać dla etapu docelowego budowy) w tym oświetlenia kanałów zamkniętych i monitoringu przepławki, zamknięć, instalacji odładzania oraz wszystkich innych wskazanych w projekcie budowlanym,

15) Przebudowę instalacji elektrycznych kolidujących z rowami,

16) Instalacje teletechniczne, w tym monitoringu i kierowania ryb, system automatyki przepławki, kanalizacja kablowa, system telewizji przemysłowej i CCTV. Opis przyjętych rozwiązań zawarty został szczegółowo w projekcie budowlanym.

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia do obowiązków Wykonawcy należy także opracowanie Projektów Wykonawczych na podstawie dostarczonego przez zamawiającego Projektu Budowlanego. Projekty Wykonawcze nie mogą modyfikować Projektu budowlanego w sposób istotny, gdyż Zamawiający nie dopuszcza możliwości zmiany pozwolenia na realizację inwestycji przeciwpowodziowych.

Zgodnie z treścią pkt. 8 notatki ze spotkania przedstawicieli zamawiającego, projektantami i potencjalnymi wykonawcami z dnia 29 maja 2015 roku, zamawiający poinformował, że projekty wykonawcze powinny spełniać wymagania określone w § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Zadeklarowany czas przez wykonawcę w ofercie będzie uznany, jeżeli projekty wykonawcze zostaną złożone w zadeklarowanym terminie i spełnią wymogi określone w § 5 rozporządzenia. Weryfikację projektów przeprowadzą pracownicy Jednostki realizującej Projekt Nysa oraz Nadzór Inwestorski Inżyniera Projektu. Zamawiający poinformował o przewidywanych konsultacjach przedprojektowych, które odbędą się po wyborze wykonawcy, dotyczących szczegółów konstrukcyjnych, np. w udostępnionych hydraulicznych badaniach modelowych jest przewidziany rozstaw rygli w przepławce co 3,30 m. Zamawiający będzie dążył do maksymalnego możliwego zwiększenia rozstawu rygli w przepławce.

Zgodnie z rozdz. XII ust. 1 SIWZ Kryteria oceny ofert to:

Cena - 90 % (1-90 pkt.)

Czas wykonania Projektów Wykonawczych – 10 % (1-10 pkt.)

Zgodnie z rozdz. XII ust. 2 pkt 2 Zasady oceny kryterium „Czas wykonania Projektów Wykonawczych” – (T) W przypadku kryterium „Czas wykonania Projektów Wykonawczych” Zamawiający będzie oceniał następujące parametry:

Czas wykonania Projektów Wykonawczych (maksymalna ilość punktów – 10 pkt) w tygodniach, krócej niż wymagane 8 tygodni.

Podstawą oceny jest czas przekazania Projektów Wykonawczych podany przez Wykonawcę. Zamawiający przyzna maksymalną liczbę punktów (10) Wykonawcy, który zaoferuje najkrótszy czas przekazania Projektów Wykonawczych, mniej niż wymagane 8 tygodni.

W przypadku kryterium „Czas wykonania Projektów Wykonawczych” oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku ilość punktów wynikającą z działania:

$$P(T) = (T_{\min} / T) \cdot \text{Max} (T)$$

gdzie:

P(T) - ilość punktów jakie otrzyma oferta za kryterium „Czas wykonania Projektów Wykonawczych”

T_{min} - najkrótszy czas spośród wszystkich ofert w tygodniach

T - wymagany czas (8 tygodni)

Max (T) - maksymalna ilość punktów jakie może otrzymać oferta za kryterium „Czas wykonania Projektów Wykonawczych”

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

1. ETP S.A. ul. Siemianowicka 5a 40-301 Katowice; cena - 39 358 698,83 zł; liczba pkt. za cenę – 71,69; termin wykonania Projektów Wykonawczych – 1 tydzień; ilość pkt. za wykonanie Projektów Wykonawczych – 1,43; ilość wszystkich punktów – 73,12

2. Konsorcjum: MELBUD S.A. ul. Składowa 4 86-300 Grudziądz Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o. 66-626 Dychów 6a; cena- 31 352 599,84 zł; liczba pkt. za cenę – 90,00; termin wykonania Projektów Wykonawczych – 2 tygodnie; ilość pkt. za wykonanie Projektów Wykonawczych - 0,71, ilość wszystkich punktów - 90,71

3. SKANSKA S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9 01-518 Warszawa; cena - 33 745 968,47 zł; liczba pkt. za cenę - 83,62; termin wykonania Projektów Wykonawczych - 1/7 tygodnia; ilość pkt. za wykonanie Projektów Wykonawczych – 10; ilość wszystkich punktów - 93,62.

Pismem z dnia 16 czerwca 2015 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez SKANSKA SA.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Skanska SA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. oferty, której złożenie stanowi czy nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, polegający zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy wskazali on termin 1/7 tygodnia, czyli w istocie 1 dnia na sporządzenie projektów wykonawczych.

Wskazany wyżej opis przedmiotu zamówienia zawiera zakres prac koniecznych do wykonania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zakres ten jest obszerny, wymagający wykonania wielu czynności przez wybranego wykonawcę. Projekt budowlany zadania jest adekwatny do rozmiaru wykonywanych czynności. Z kolei projekty wykonawcze winny być oparte na projekcie budowlanym, co jednoznacznie wynika z opisu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby wykonanie projektów wykonawczych o tak dużej złożoności nie jest realne w zaoferowanym przez przystępującego terminie. Izba uznała za nieprzekonywujące stanowisko przystępującego, iż podjął on pewne działania związane z przygotowaniem projektów wykonawczych, w związku z czym jest w stanie przygotować projekty w terminie 1 dnia od daty podpisania umowy. Przystępujący podnosił też, że projekty wykonawcze są uszczegółowieniem projektów budowlanych, zatem nie będą wymagać dużego nakładu pracy.

Zgodnie z § 5 ust. 1 wskazanego wyżej rozporządzenia projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania

oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. W myśl ust. 2 projekty wykonawcze zawierają rysunki w skali uwzględniającej specyfikę zamawianych robót i zastosowanych skal rysunków w projekcie budowlanym wraz z wyjaśnieniami opisowymi, które dotyczą:

- 1) części obiektu,
- 2) rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i materiałowych,
- 3) detali architektonicznych oraz urządzeń budowlanych,
- 4) instalacji i wyposażenia technicznego

- których odzwierciedlenie na rysunkach projektu budowlanego nie jest wystarczające dla potrzeb, o których mowa w ust. 1.

Z powyższego wynika, że stopień uszczegółowienia projektu wykonawczego w stosunku do projektu budowlanego może być wysoki i wymagać uwzględnienia takich danych, których projekt budowlany nie zawiera, a które są niezbędne do sporządzenia innych istotnych dokumentów wymaganych w procesie budowlanym. Zważyć należy, że projekt wykonawczy, zgodnie ze wskazanym przepisem § 5 ust. 1 rozporządzenia, ma nie tylko uszczegóławiać projekt budowlany, ale i go uzupełniać, czyli wprowadzać do niego nowe elementy. Przystępujący nie wskazał na stopień zaawansowania jego prac w przygotowaniu projektów wykonawczych ani też na to, jakiego zakresu i nakładu prac przygotowywane przez niego projekty będą jeszcze wymagały.

Podkreślenia wymaga, że – nawet przy pewnym zaawansowaniu prac nad projektami wykonawczymi – wykonawcy nie mogą znać wszystkich wymogów dotyczących szczegółów konstrukcyjnych, koniecznych do uwzględnienia w projektach wykonawczych. Wynika to z treści pkt. 8 notatki z 29 maja 2015 roku, gdzie zamawiający poinformował o przewidywanych konsultacjach przedprojektowych, które odbędą się po wyborze wykonawcy, dotyczących szczegółów konstrukcyjnych, np. w zakresie rozstawu rygli w przepławce. Co prawda zarówno przystępujący, jak i zamawiający podnosili, że uwzględnienie w projektach informacji w zakresie rozstawu rygli wymagać będzie od wykonawcy niewielkiego nakładu pracy, lecz podkreślenia wymaga, że informacja ta nie będzie prawdopodobnie jedyną informacją dotyczącą szczegółów konstrukcyjnych. W notatce dane dotyczące rozstawu rygli są podane jedynie jako przykład tego, o czym zamawiający będzie informował wykonawców podczas konsultacji przedprojektowych. Nieznajomość innych danych powoduje, iż deklaracja o możliwości uzupełnienia czy zmiany projektów w ciągu jednego dnia nie może być uznana za realną.

Przystępujący, oferując wykonanie projektów wykonawczych w terminie 1 dnia, stworzył sytuację, która umożliwiła mu uzyskanie maksymalnej ilości punktów w kryterium czasu wykonania projektów. Zważywszy na fakt, że wykonanie projektów wykonawczych w tak krótkim czasie, jest obiektywnie nierealne, a zarówno zamawiający, jak i przystępujący nie wykazali zasadności prezentowanego stanowiska, działanie takie należy uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy uzyskaniu zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścił się przystępujący do zastanych norm prawnych uznk, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziszcili się przesłanki klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2001r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Powyższe stwierdzenia są uzasadnione zwłaszcza w kontekście oświadczeń przystępującego, który twierdził, że zamawiający nie wskazał minimalnego terminu na sporządzenie projektów wykonawczych. Przy takim założeniu przystępujący ustawił się w pozycji korzystniejszej wobec innych wykonawców, niemniej nieuczciwej wobec podania przez niego terminu jednodniowego na sporządzenie projektów. Takiego działania nie można – zdaniem Izby – uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców

zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, iż nie podziela stanowiska przystępującego, iż art. 14 ustawy Pzp nie odsyła do przepisów kodeksu cywilnego w sprawach związanych z dokumentami sporządzanymi przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zważyć należy, że przepis art. 14 ustawy Pzp, stanowi, iż przepisy kodeksu cywilnego stosuje się do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis nie ogranicza odesłania wyłącznie do czynności prawnych, lecz posługuje się bardziej ogólnym pojęciem „czynności”. Opracowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest z całą pewnością czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu.

W ocenie Izby, przy obliczaniu terminów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosuje się przepisy zawarte w tytule V Kodeksu cywilnego, chyba że zostaną określone inne sposoby ich obliczania, co jest dopuszczalne na mocy art. 110 Kc.

Zamawiający wymagał w siwz, by wykonawcy określili czas wykonania projektów wykonawczych w tygodniach. Nie wskazał przy tym jakiegokolwiek sposobu obliczania terminu, co oznacza konieczność odwołania się do przepisów K.c.

Przystępujący określił termin wykonania projektów jako 1/7 tygodnia, co po wykonaniu prostej operacji matematycznej prowadzi do wniosku, iż w istocie zaoferowano 1 dzień na wykonanie projektów. Przepisy Kodeksu cywilnego nie przewidują sposobu obliczenia terminu podanego w ułamkowej części tygodnia. Zgodnie z art. 112 zdanie pierwsze K.c. termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. W doktrynie jednak przyjmuje

się, że art. 112 k.c. należy stosować także wówczas, gdy termin oznaczony jest nie w latach, lecz w ich ułamkach kwartalnych (okres trzech miesięcy) lub półrocznych (okres sześciu miesięcy) (W. Bryl (w:) *Komentarz*, t. I, 1972, s. 258; J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek, *Komentarz*, 2006, s. 260).

W ocenie Izby nie ma przeszkód, by zasadę tę zastosować również w sytuacji, gdy termin oznaczony jest w ułamkach tygodniowych. W takiej sytuacji termin byłby obliczany zgodnie z treścią art. 111 § 1 K.c., czyli tak jak termin określony w dniach.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....