

WYROK

z dnia 16 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 r. przez wykonawcę

STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

w postępowaniu prowadzonym przez

Politechnikę Poznańską, pl. Marii Skłodowskiej-Curie, 60-965 Poznań

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Politechnice Poznańskiej zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu poprzez:**
 - 1.1. zmianę terminu składania i otwarcia ofert na nie krótszy niż 31 października 2016 r.,**
 - 1.2. zmianę kryterium „Wykonanie określonych robót w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r.” poprzez zamianę terminu „31 grudnia 2016 r.” na okres liczony w dniach/miesiącach od dnia wydania terenu budowy lub wykreślenie całego kryterium,**
 - 1.3. zmianę punktu 3.9.1. ppkt 14 załącznika do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzoru umowy) poprzez wskazanie wartości procentowej wysokości wynagrodzenia wykonawcy za każdy dzień zwłoki albo wykreślenia tego punktu – w przypadku wykreślenia całego kryterium, o którym mowa w punkcie 1.2.,**

2. kosztami postępowania obciąża Politechnikę Poznańską i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Politechniki Poznańskiej na rzecz Strabag Sp. z o.o. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Politechnika Poznańska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „realizację zadania pn. Budynek niemal zero-energetyczny Wydziału Architektury i Wydziału Inżynierii Zarządzania (WAIWIZ) Politechniki Poznańskiej” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 sierpnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 162-292716. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 43 ust. 2 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, gdyż termin ustalony przez Zamawiającego nie uwzględnia opisu przedmiotu zamówienia publicznego, to jest jego złożoności i rozmiarów, a w konsekwencji nie uwzględnia czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie ofert przez wykonawców, tym samym termin składania ofert jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji;

2. art. 142 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 i art. 41 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ustalenie terminu realizacji zamówienia w punkcie IV, pkt 4.1.2 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wzór umowy i pkt II.3 ogłoszenia o zamówienia w sposób niejednoznaczny, gdyż zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu są ze sobą sprzeczne oraz niepozwalający wykonawcom określić minimalnego czasookresu trwania przyszłej umowy w normalnym toku jej realizacji. W punkcie II.3 ogłoszenia o zamówieniu wskazano: „Czas trwania zamówienia lub termin realizacji Okres w miesiącach: 18 (od udzielenia zamówienia)”, zaś w pkt IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Wszystkie prace związane z wykonaniem zamówienia wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na użytkowanie powinny wykonane być w terminie 18 miesięcy o dnia zawarcia umowy, nie później jednak niż do 31 marca 2018 r.”, co oznacza, że wbrew zapisom ogłoszenia o zamówieniu czas realizacji zamówienia może być krótszy niż 18 miesięcy, gdyż specyfikacja istotnych warunków zamówienia wyznacza maksymalny określony datą termin 31 marca 2018 r., a ogłoszenie o zamówieniu takiego maksymalnego terminu nie wyznacza;

3. art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 41 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert wskazanych w punkcie XIV.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punkcie IV.2.1.3 ogłoszenia o zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieprzejrzysty oraz pozostawiający swobodę interpretacji. Zamawiający w punkcie XIV.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał 5 konkretnych zakresów robót z jednoczesnym określeniem wagi (punktacji) oraz zobowiązaniem wykonawcy do wskazania w ofercie robót, które zostaną wykonane w 2016 r. Wykonawca na podstawie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest w stanie ustalić, ile czasu będzie miał na wykonanie tych robót, gdyż nie wiadomo, w jakiej konkretnie dacie dojdzie do zawarcia umowy z Zamawiającym. Przyjęcie maksymalnych terminów, w jakich może dojść do zawarcia umowy i przekazania placu budowy, a tym samym możliwości rozpoczęcia robót oznacza, że Wykonawca, będzie miał 15 dni na realizację robót, co oznacza, że nie będzie w stanie wykonać żadnej z grup robót;

4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprecyzyjne określenie w punkcie 4.1.10 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy), które roboty określone w punkcie 4.1.8 wzoru umowy będą wykonane w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r. W punkcie 4.1.10 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że określi roboty do wykonania do dnia 31 grudnia 2016 r. na podstawie złożonego przez wykonawcę formularza ofertowego. W ocenie Odwołującego posłużenie się sformułowaniem „na podstawie” nie oznacza jednoznacznie, że roboty te zostaną wskazane zgodnie z formularzem oferty tj. wskazane zostaną tylko i wyłącznie roboty zaproponowane w formularzu oferty;

5. art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez zastrzeżenie w punkcie 3.9.1 ppkt 15 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) kary umownej na wypadek niewykonania w terminie określonych w pkt 4.1.8 umowy robót, która to kara jest równa wartości robót. Zastrzeżenie kary w takiej wysokości jest sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego, które traktują karę umowną jako zryczałtowane odszkodowanie, a zaproponowany przez Zamawiającego zapis nie będzie skutkował pokryciem szkody Zamawiającego, ale w razie niedotrzymania terminu przez wykonawcę o jeden dzień skutkował będzie wykonaniem robót z punktu 4.1.8 przez wykonawcę za darmo – kara umowna jest równa wartości robót, mimo niedotrzymania terminu wykonawca dalej będzie musiał wykonać te roboty, ale nie otrzyma za nie wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie następujących modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu:

1. zmianę punktu XII.6 i 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz sekcji IV.3.4 i IV.3.8 ogłoszenia o zamówieniu poprzez zmianę terminu składania ofert i terminu otwarcia ofert z 26 września 2016 r. na 31 października 2016 r.;
2. zmianę punktu IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punktu 4.1.2 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) poprzez wykreślenie sformułowania „nie później jednak niż do 31 marca 2018 r.” i tym samym dostosowanie tego punktu do treści punktu II.3 ogłoszenia o zamówieniu;
3. zmianę punktu XIV.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punktu IV.2.1.3 ogłoszenia o zamówieniu alternatywnie, bądź:
 - a) przez wykreślenie kryterium określonego w punkcie XIV.1.3 „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” opisanego jako: „Wykonanie określonych robót w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r.” z jednoczesnym zwiększeniem wagi dla pozostałych 2 kryteriów wskazanych w punkcie XIV.1.1 i XIV.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punkcie IV.2.1.1 i IV.2.1.2 ogłoszenia o zamówieniu (w takim wypadku wykreśleniu powinien ulec również zapis punktu 4.1.10 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), bądź
 - b) przez zmianę tego kryterium w sposób, który pozwalałby na precyzyjne ustalenie początkowego terminu realizacji poszczególnych prac wskazanych w ramach tego kryterium, bądź ustalenie czasu trwania poszczególnych robót od momentu zawarcia umowy z Zamawiającym np.: „Wykonanie określonych robót w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r. przy założeniu, że do zawarcia umowy dojdzie nie później niż w dniu...” lub wykonanie określonych w punkcie XIV.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia robót w następujących terminach wykonania robót ziemnych – KD21 – w terminie ... dni od daty zawarcia umowy, wykonania palowania – KD22 – w terminie ... dni od daty zawarcia umowy, zobowiązanie się do wykonania fundamentów – KD23 – w terminie ... dni od daty zawarcia umowy, zobowiązanie się do wykonania sieci i przyłączy – KD24 – w terminie ... dni od daty zawarcia umowy, zobowiązanie się do wykonania realizacji dostaw – KD25 – w terminie ... dni od daty zawarcia umowy;
4. zmianę załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) poprzez wykreślenie lub zmianę punktu 4.1.10: „Zamawiający określi, które roboty określone w pkt. 4.1.8. będą wykonane w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r. oraz Efektywność energetyczną budynku, o której mowa w pkt. 4.1.9. na podstawie złożonego przez Wykonawcę Formularza ofertowego.”; zmiana poprzez wykreślenie lub modyfikację zapisu poprzez wykreślenie sformułowania „na podstawie złożonego przez Wykonawcę Formularza ofertowego” i zastąpienie go następującym „zgodnie ze złożonym przez Wykonawcę Formularzem ofertowym”; wykreślenie lub modyfikacja w sposób, który jednoznacznie

wskazywałyby, że Zamawiający określi roboty z punktu 4.1.8 wzoru umowy zgodnie z zakresem wynikającym ze złożonego formularza ofertowego;

5. zmianę punktu 3.9.1 ppkt 14 załącznika na 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez: wykreślenie kary przewidzianej w tym punkcie w całości bądź nakazanie zmiany sposobu naliczanie tej kary analogicznie jak za terminu końcowego (pkt 3.9.1 ppkt 2), to jest w określonej wysokości za każdy dzień zwłoki. Po dokonanej zmianie pkt 3.9.1. ppkt 14) brzmiałby następująco: „za zwłokę w wykonaniu w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r. którejkolwiek z robót budowlanych wskazanych w pkt. 4.1.8, w przypadku gdy Wykonawca w ofercie zobowiązał się wykonać którąkolwiek z tych robót budowlanych w złożonym przez Wykonawcę Formularzu ofertowym, w wysokości 0,05 % wynagrodzenia brutto Wykonawcy, określonego w pkt 6.1.2 niniejszej umowy, za każdy dzień zwłoki”.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Co do zarzutu 1. wskazał, iż w celu ułatwienia wykonawcom sporządzenia oferty przekazał im projekt budowlany. Jego zadaniem termin złożenia ofert jest krótki, ale realny i wystarczający – konsultował to z wykonawcami. Nie ma obowiązku przy obecnym brzmieniu przepisów uwzględniania w terminie składnia ofert nakładu pracy na ich sporządzenie. Technologia budowy budynków „niemal zero-energetycznych” jest powszechnie znana od wielu lat, a Strabag jest liderem w tej dziedzinie. Zamawiający nie widzi parametrów, których nie można spełnić. Na 55 parametrów wyjściowych Zamawiający większość określił lub zdefiniował, a wykonawcy muszą obliczyć jedynie 16. Żaden z nich nie wymaga pracy dłuższej niż czas przewidziany na złożenie oferty. Obliczeń takich dokonuje się za pomocą arkusza kalkulacyjnego typu Excel. Wymagana jest zwykła analiza. Zamawiający wymaga obliczeń uproszczonych, gdyż jednostrefowych. Co do optymalizacji niektórych parametrów, to obliczenia w tym zakresie są wykonywane przez studentów. Wskazane przez Odwołującego elementy nie mają wpływu na długość dokonywania obliczeń ze względu na to, że Zamawiający wskazał wartości, jakie ma przyjąć oferent albo nie będą one wpływały na wynik obliczeń. Według Zamawiającego, wystarczą 2-3 dni na wykonanie obliczeń.

Co do wskazanej daty 31 grudnia 2016, przedstawił notatkę służbową z 30 sierpnia 2016 r., z której wynika, że Zamawiający może uzyskać w br. dofinansowanie, którego może nie uzyskać w roku przyszłym, pod warunkiem, że wydatkuje pieniądze do końca roku 2016.

Zamawiający przewidział termin składania ofert na 26 września, biorąc pod uwagę liczbę dni przewidzianych na badanie ofert, wezwanie do wyjaśnień i uzupełnień, przedłożenie dokumentów formalnych oraz okres *standstill*. Termin zawarcia umowy i wydania terenu budowy przewiduje na przełom października i listopada. Na 7 dotychczas realizowanych

budów, miał tylko jedno odwołanie, zatem nie liczył czasu na postępowanie odwoławcze. W niniejszym postępowaniu przewiduje złożenie 6-7 ofert, co określił na podstawie ilości zapytań.

Według Zamawiającego termin na realizację prac przewidzianych w kryterium to 60 dni, na dostawy do 8 tygodni. Roboty ziemne to ok. 24 dni (uzgodnienia z firmą AQUANET nie są wymagane), palowanie 30 dni. Należy przewidzieć więcej niż dwie palownice i więcej ekip. Pale próbne mogą być wykonane wcześniej niż ostateczne, a przekładanie sieci przy odpowiednim rozplanowaniu palowania nie musi wstrzymywać prac. Uzgodnienia z AQUANET to 14 dni.

Poza tym wykonawca w ogóle nie musi się zobowiązywać do wykonania jakichkolwiek prac. Jeżeli Zamawiający nie zawrze umowy do końca listopada, jak planuje, i nastąpi sytuacja, w której świadczenie stanie się niemożliwe, nie będzie ono wymagane. Natomiast Zamawiający ceni sobie wysoko pozyskanie dotacji.

Co do zarzutu 5., to kary umowne są za wysokie, ale orzecznictwo wskazuje, że kara umowna ma charakter rekompensacyjny i ma służyć pokryciu szkody. Zamawiający może taką szkodę ponieść poprzez utratę ww. dofinansowania.

Umowa o zamówienie publiczne jest umową adhezyjną. a wykonawca swoje ryzyka uwzględni w cenie oferty.

Zarzut 4. jest niezrozumiały. Nie stanowi żadnej różnicy słowo, którym posłużył się Zamawiający. Według słownika języka polskiego „na podstawie” i „zgodnie” to synonimy. Zwrot ten jest standardowo używany przy formułowaniu podobnych zdań.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący ma też interes we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, iż stan faktyczny sprawy (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu wraz ze zmianami) nie jest sporny.

W zakresie zarzutu drugiego, dotyczącego określenia terminu realizacji zamówienia, Zamawiający oświadczył, iż dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w dzień przed rozprawą zamieścił na stronie internetowej informację o zmianie tej treści. W zmianie tej ujedynolicił termin wykonania zamówienia do 18 miesięcy od zawarcia umowy, wykreślając postanowienie odnoszące się do 31 marca 2018 r.

Odwołujący oświadczył, iż zmiana specyfikacji jest zgodna z jego żądaniami i nie podtrzymał zarzutu drugiego.

W związku z wycofaniem zarzutu drugiego, dotyczącego określenia terminu realizacji zamówienia, Izba nie rozpoznawała tego zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego ustalenia zbyt krótkiego terminu składania ofert, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Zdaniem Odwołującego określony przez Zamawiającego termin składania ofert nie uwzględnia czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie ofert, gdyż nie uwzględnia złożoności i rozmiarów opisu przedmiotu zamówienia oraz nakładu pracy niezbędnej do przygotowania poprawnej oferty. Wykonawca musi zaprojektować budynek już na etapie składania ofert, a obiekt jest skomplikowany i nietypowy. Zamawiający postawił duże wymagania, dla spełnienia których konieczne będzie przewidzenie drogich urządzeń, a wykonawca będzie musiał zrobić bilans, analizy, złożone obliczenia. Będzie też musiał zweryfikować założenia Zamawiającego, gdyż już obecnie widzi, że założone wartości są trudne lub niemożliwe do spełnienia. Będzie też musiał wykonać różne warianty charakterystyki, także po to, aby ustalić stosunek jakości do ceny, aby uzyskać jak największą liczbę punktów zarówno w tym kryterium, jak i poprzez porównanie jakości do ceny. Na koniec wykonawca musi też zweryfikować swoje deklaracje, aby mógł je spełnić w czasie realizacji. Jego zdaniem nie jest możliwe zintensyfikowanie prac nad opracowywaniem oferty poprzez zaangażowanie większej liczby osób. Niektóre obliczenia będą możliwe do wykonania dopiero po uzyskaniu od Zamawiającego odpowiedzi na zapytania do specyfikacji. Dopiero po określeniu końcowym swoich założeń, Odwołujący będzie mógł zakończyć negocjacje z potencjalnymi dostawcami, podwykonawcami itd., co do ceny.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego w zakresie tego zarzutu jest przekonująca. Odwołujący, bezsprzecznie, jest podmiotem doświadczonym na rynku budowlanym, o dużym potencjale kadrowym i technicznym, jednym z większych wykonawców w Polsce w tej branży – co podkreślał sam Zamawiający. Powoduje to, że nie można odmówić mu doświadczenia ani w zakresie projektowania i wykonywania robót budowlanych, ani praktyki i znajomości metodyki sporządzania ofert. Tym samym nie można uznać, iż postulat otrzymania dłuższego czasu na przygotowanie oferty jest efektem niższych kompetencji tego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców. Wykonawca ten, mając duże doświadczenie w ofertowaniu, niewątpliwie też potrafi określić, jaki jest czas konieczny na przygotowanie rzetelnej oferty dla danego zamówienia w sposób bardziej miarodajny niż Zamawiający, który sam – chociaż oferty otrzymuje – nie ma doświadczenia w ich przygotowywaniu.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, koszt przygotowania przez niego oferty to 80.000 zł netto w zakresie samych obliczeń. Wskazuje to nie tylko na nakład pracy, ale też nakłady finansowe, które obciążą wykonawcę niezależnie od przyszłego wyniku przetargu – nie jest więc zaskakujące, że wykonawca chce uzyskać szansę na złożenie korzystnej oferty.

Przekonująca jest przy tym argumentacja Odwołującego, że ze względu na określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia koncepcji wyglądu (zawartości) oferty oraz kryteriów oceny ofert (kryterium efektywności energetycznej budynku i wyposażenia technicznego oraz roczne koszty eksploatacyjne z waga 32%), opracowując ofertę, musi poświęcić dużo czasu na dokonanie stosownych obliczeń, dobór materiałów i urządzeń, potencjalnych podwykonawców itd., w tym w różnych wariantach, m.in. po to, aby otrzymać odpowiednią jakość projektowanego budynku i ustalić stosunek jakości do ceny, aby w konsekwencji przy ocenie ofert uzyskać możliwie jak największą liczbę punktów we wskazanych kryteriach oceny ofert.

Należy bowiem zauważyć, że celem wykonawców ubiegających się o zamówienie nie jest złożenie oferty samej w sobie, ale oferty, która zostanie uznana za najkorzystniejszą – a więc zarówno poprawnej pod kątem zgodności w wymaganiach zamawiającego i prawidłowo wycenionej, jak i takiej, która zostanie najwyżej oceniona. Uzyskanie takiego efektu wymaga zaś stosownego przygotowania.

Zdaniem Zamawiającego z treści art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, iż zamawiający zobowiązany jest wyznaczyć termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, jak ma to miejsce w przypadku art. 43 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczącego zamówień o wartości mniejszej niż ustalona na podstawie art. 11 ust. 8.

Rzeczywiście, w treści ustępu 2 art. 43 ustawy Prawo zamówień publicznych, niefortunnie, nie ma już bezpośrednio takiego wyrażenia, jednak jest to ogólna reguła dotycząca wszystkich postępowań. Znajduje się też ona w art. 47 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, będącym przepisem-matką m.in. dla art. 43 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli przepisem, z którym przepisy krajowe muszą być zgodne, a także przepisem, który pokazuje kierunek interpretacji przepisów krajowych. Brzmi on: „Podczas wyznaczania terminów składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału instytucje zamawiające uwzględniają złożoność zamówienia oraz czas potrzebny na sporządzenie ofert, bez uszczerbku dla terminów minimalnych określonych w art. 27-31.” Także art. 66 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach

gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE stanowi, że „podczas wyznaczania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału i ofert podmioty zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas potrzebny na sporządzenie ofert, bez uszczerbku dla terminów minimalnych określonych w art. 45–49.” Analogiczna regulacja znajdowała się wcześniej również w art. 38 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi: „Podczas ustalania terminów składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału instytucje zamawiające uwzględniają, w szczególności, złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych określonych w niniejszym artykule.” oraz w art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Tym samym również art. 43 ustawy Prawo zamówień publicznych należy odczytywać tak, że liczby dni wskazane w ustępach 1-3 wskazują jedynie na minimalny gwarantowany czas na składanie ofert, który nie może być przez zamawiającego skrócony, jednak podstawą ustalenia terminu w konkretnym przypadku jest czas potrzebny na przygotowanie ofert.

W związku z powyższym Izba, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, nakazała zmianę terminu składania i otwarcia ofert na termin nie krótszy niż 31 października 2016 r.

Na marginesie należy też zwrócić uwagę, iż w związku ze zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający i tak zmuszony byłby zmienić termin składania ofert (art. 12a ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba uznała również, iż potwierdził się zarzut nieprawidłowego sformułowanie kryteriów oceny ofert wskazanych w punkcie XIV.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punkcie IV.2.1.3 ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający wskazał kryterium oceny ofert pod nazwą: „wykonanie określonych robót w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r.” z wagą 8%. W dalszej części Zamawiający wskazał dane zakresy robót zobowiązując wykonawców do wskazania w ofertach robót, które zostaną wykonane do końca 2016 r. – za te deklaracje miały zostać przyznane stosowne punkty.

Należy tu przyznać rację Odwołującemu, iż ze względu na to, że nie wiadomo, kiedy konkretnie zostanie zawarta umowa oraz kiedy zostanie wykonawcy wydany teren budowy, wykonawca nie jest w stanie w sposób racjonalny i rzetelny określić, ile będzie miał czasu na wykonanie tych robót, a w związku z tym nie wiadomo, co może w ofercie zadeklarować i do czego się zobowiązać. Może okazać się też, iż umowa w ogóle nie zostanie zawarta w roku

2016 – założenie, które poczynił Zamawiający, dotyczące zawarcia umowy na początku listopada 2016 r. już w chwili orzekania jest zupełnie nierealne.

Przy czym najbardziej istotny, zdaniem Izby, jest tu fakt, że z powyższych względów nie będzie można uzyskać porównywalnych merytorycznie deklaracji wykonawców – nie wiadomo bowiem, jaki okres referencyjny mają oni przyjąć i jaki przyjmą, jedni np. mogą zakładać wykonywanie robót od października, inni listopada lub grudnia, inni z kolei mogą przyjąć, iż zawarcie umowy lub wydanie terenu budowy nie nastąpi w roku 2016 i tym samym w ogóle nie będą w stanie rozpocząć robót w roku 2016 r., zatem nie zdołają zadeklarować żadnych robót. Taka sytuacja przy składaniu ofert nie może istnieć.

Tym samym kryterium to w ogóle nie zmierza do celu, który powinno osiągnąć, czyli wyboru oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Izby powoduje ono raczej, iż Zamawiający dopłaci owe 8% do deklarowanej ceny temu wykonawcy, który wykaże najwięcej brawury w deklaracjach – przy czym, jeśli zawarcie umowy zostanie opóźnione na koniec roku 2016 lub na rok 2017, w ogóle nie będzie on zobowiązany do wykonania czegokolwiek. Z drugiej strony, w punkcie 3.9.1. ppkt 14 wzoru umowy Zamawiający przewidział znaczącą redukcję wynagrodzenia w przypadku niewykonania deklarowanych robót w wyznaczonym okresie 31 grudnia 2016 r. Powodem, dla którego Zamawiający ustalił takie kryterium, jak oświadczył, był fakt, że może otrzymać dofinansowanie projektu, pod warunkiem jego wydatkowania do końca 2016 r. Ma tu rację Odwołujący, że Zamawiający ma inne możliwości wcześniejszej, częściowej zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, np. poprzez udzielenie zaliczki.

W związku z powyższym Izba nakazała, według wyboru Zamawiającego, wykreślenie całego kryterium „wykonanie określonych robót w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r.” albo zmianę tego kryterium poprzez zamianę terminu „31 grudnia 2016 r.” na okres bezwzględny, tj. liczony w dniach albo miesiącach od dnia wydania terenu budowy, który pozwoli na ustalenie przez wykonawców, jaki konkretnie okres na wykonanie robót mają do dyspozycji lub też.

W zakresie zarzutu dotyczącego wskazania w punkcie 4.1.10 wzoru umowy, iż Zamawiający określi roboty do wykonania do dnia 31 grudnia 2016 r. „na podstawie” złożonego przez wykonawcę formularza ofertowego, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, iż użyte określenie „na podstawie” nie oznacza, że Zamawiający będzie mógł zmienić zobowiązanie wykonawcy zawarte w ofercie. Zdaniem Izby, pomimo użytego określenia „na podstawie”, postanowienie to należy interpretować w ten sposób, że deklaracja przeniesiona do umowy będzie zgodna z deklaracją zawartą w ofercie. Ma tu wciąż zastosowanie art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia w punkcie 3.9.1 ppkt 15 (prawidłowa numeracja: ppkt 14) załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzór umowy) kary umownej na wypadek niewykonania w terminie określonych w pkt 4.1.8 umowy robót równej wartości robót, Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

W punkcie 3.9.1. wzoru umowy Zamawiający ustalił, że wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej w przypadku m.in. pkt 14 „za niewykonanie w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r. którejkolwiek z robót budowlanych wskazanych w punkcie 4.1.8., w przypadku, gdy Wykonawca w ofercie zobowiązał się wykonać którąkolwiek z tych robót budowlanych w złożonym przez Wykonawcę Formularzu ofertowym, w wysokości stanowiącej równowartość kwoty, wskazanej przez Wykonawcę w złożonym przez Wykonawcę Formularzu ofertowym, w którym Wykonawca wskazał cenę wykonania wskazanych w pkt. 4.1.8. robót budowlanych.”

W ocenie Izby kara powyższa w swoim zamierzeniu miała przeciwdziałać nierzetelnym deklaracjom wykonawców w zakresie kryterium „wykonanie określonych robót w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r.” i z tego punktu widzenia mogłaby być słuszna. Jednak, jak wskazano powyżej, nierzetelność owych deklaracji niekoniecznie musi wynikać z przyczyn dotyczących danych wykonawców czy ich działania w złej wierze – na etapie składania ofert nie są oni bowiem w stanie przewidzieć, jaki będą mieli czas na wykonanie deklarowanych robót – w grę wchodzi też warunki pogodowe związane z sezonem zimowym, współdziałanie z innymi, zewnętrznymi podmiotami (np. jak wskazano podczas rozprawy, właścicielami istniejących sieci czy instalacji), a także inne obiektywne okoliczności, które opóźnią wykonanie robót itd.

Biorąc pod uwagę specyfikę wykonywania robót budowlanych – poza powyższą funkcją karną – do kar umownych powinny mieć zastosowanie ogólne zasady naliczania kar umownych przyjęte przy wykonywaniu robót budowlanych, m.in. wskazanie wartości procentowej wysokości wynagrodzenia wykonawcy za każdy dzień zwłoki – nie bez racjonalnych powodów bowiem taki system został powszechnie przyjęty.

W związku z powyższym Izba nakazała zmianę punktu 3.9.1. ppkt 14 załącznika do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wzoru umowy) poprzez wskazanie wartości procentowej wysokości wynagrodzenia wykonawcy za każdy dzień zwłoki albo wykreślenia tego punktu – w przypadku wykreślenia całego kryterium „wykonanie określonych robót w terminie do dnia 31 grudnia 2016 r.”

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: