

Sygn. akt: KIO 478/13

WYROK

z dnia 18 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones S.A., Bahia de Pollensa 13,2, 8042 Madryt, Hiszpania (lider) i AGRUPACION EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES SERVICIOS SL, Exposicion num 34, 41927 Mairena del Aljarfe, Seville, Hiszpania (partner) (adres do korespondencji: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Toruń z siedzibą w Toruniu, 87-100 Toruń, ul. Wały Gen. Sikorskiego 10,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A (lider) i Acciona Infraestructuras S.A., Avenida de Europa no. 18, Parque Empresarial de la Moraleja, 28 108 Alcobendas (Madryt), Hiszpania (partner)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 478/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones S.A., Bahia de Pollensa 13,2, 8042 Madryt, Hiszpania (lider) i AGRUPACION EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES SERVICIOS SL, Exposicion num 34, 41927 Mairena del Aljarfe, Seville, Hiszpania (partner) (adres do korespondencji: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa) i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones S.A., Bahía de Pollensa 13,2, 8042 Madryt, Hiszpania (lider) i AGRUPACION EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES SERVICIOS SL, Exposicion num 34, 41927 Mairena del Aljarafe, Seville, Hiszpania (partner) (adres do korespondencji: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aldesa Construcciones S.A., Bahía de Pollensa 13,2, 8042 Madryt, Hiszpania (lider) i AGRUPACION EMPRESAS AUTOMATISMOS MONTAJES SERVICIOS SL, Exposicion num 34, 41927 Mairena del Aljarafe, Seville, Hiszpania (partner) (adres do korespondencji: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa)** na rzecz **Gminy Miasta Toruń z siedzibą w Toruniu, 87-100 Toruń, ul. Wały Gen. Sikorskiego 10** kwotę **3 868 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

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

Gmina Miasta Toruń, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zagospodarowanie terenu Jordank na cele kulturalno - kongresowe – budowa wielofunkcyjnej Sali koncertowej w Toruniu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 listopada 2012 r., nr 2012/S 223-367340.

W dniu 22 lutego 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ALDESA Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania) oraz Agrupacion Empresas Automatismos Montajes Servicios SL z siedzibą w Sewilii (Hiszpania), zwanych dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. Zamawiający w SIWZ żądał dołączenia przez wykonawców do oferty wypełnionego harmonogramu rzeczowo-finansowego, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Wykonawca przedłożył harmonogram rzeczowo-finansowy nie zawierający ostatniego wiersza zatytułowanego RAZEM FAKTUROWANIE oraz pozycji wymaganych przez zamawiającego w tym wierszu. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści oferty z dnia 14 stycznia 2013 r. Wykonawca wskazał jedynie, że przedłożył informacje pozwalające na ustalenie tych kwot.

Zamawiający pismem tym poinformował także odwołującego o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Acciona Infraestructuras z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), zwanych dalej „konsorcjum Mostostal”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 4 marca 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 14 marca 2013r.) od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, która to czynność została podjęta w sposób naruszający ustawę Pzp, od zaniechania wezwania konsorcjum Mostostal do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Mostostal Warszawa i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego,
2. z ostrożności procesowej - naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, oraz
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Mostostal do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie:
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. wezwania konsorcjum Mostostal do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż:

Odnosnie zarzutu pierwszego odwołujący podniósł, iż w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego jest niezgodna z ustawą. Informacje o kwotach, które nie zostały wprost wpisane w ostatnim wierszu harmonogramu rzeczowo - finansowego dołączonego do oferty, w okolicznościach niniejszego postępowania nie stanowią treści oferty ALDESA. Informacje o kwotach „fakturowania” nie określają bowiem ani zakresu zobowiązania wykonawcy, ani nie są podstawą do obliczenia ceny oferty, nie są nawet faktycznymi i wiążącymi strony kwotami na jakie miałyby w toku realizacji umowy opiewać faktury wystawiane przez wykonawcę, a więc informacje o tych kwotach nie służą rozliczeniom stron w trakcie realizacji zamówienia.

Nadto dodał, iż z żadnych z zapisów wzoru Umowy - stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ nie wynika, że strony rozliczać się będą w oparciu o kwoty podane w załączonym do oferty harmonogramie, w wierszu zatytułowanym RAZEM FAKTUROWANIE. Przeciwnie, ze Wzoru Umowy wynika, że wartość faktur będzie ustalana na podstawie cen za poszczególne rodzaje prac określonych w harmonogramie wykonawcy, informacji wynikających z faktycznego przebiegu realizacji zamówienia (dotyczących postępu prac, rozliczeń z podwykonawcami), przy uwzględnieniu postanowień Umowy. Tym samym - mocą postanowień SIWZ - kwotom „fakturowania” nie można przypisać żadnego znaczenia prawnego. Jedyne znaczenie jakie można im przypisać to wyłącznie znaczenie formalne, a braki formalne w ofercie nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tak więc z określonych postanowień wzoru umowy na wartość faktury przejściowej wpływać będzie szereg okoliczności faktycznych, jakie zaistnieją w toku realizacji zamówienia. Przede wszystkim rozliczeniu na podstawie faktur przejściowych podlegać będzie faktycznie wykonany zakres prac (por. § 8 ust. 6 i 8). Bez znaczenia będą tu kwoty podane ewentualnie w ofercie jako kwoty do fakturowania, istotne będą wyłącznie ceny podane za poszczególne rodzaje prac oraz procentowy postęp realizacji zamówienia, potwierdzony oświadczeniem inspektora nadzoru.

Wskazał także, iż kwotom „fakturowania”, jakie miały być zamieszczone w harmonogramie nie można przypisać żadnego znaczenia z punktu widzenia „treści oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak już to wyżej wskazano, można jedynie uznać iż mają one walor informacyjny, pomocniczy. Z tego powodu Odwołujący podnosi, iż odrzucenie jego oferty z powodu braków o charakterze formalnym, nie stanowiących treści oferty Odwołującego, jest rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie, z ostrożności procesowej, odwołujący podniósł, iż kwotom „fakturowania” można przypisać walor „treści oferty”, dlatego też odrzucenie jego oferty stanowi naruszenie art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jedynym „uchybieciem” odwołującego jest nie wpisanie w harmonogramie rzeczowo - finansowym kwot „fakturowania”. Przy poczynionym na wstępie założeniu, iż informacja ta stanowi treść oferty, uchybienie o którym tu mowa, należy zakwalifikować jako niezamierzoną omyłkę, nadającą się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Harmonogram rzeczowo - finansowy załączony do oferty odwołującego zawiera wszystkie informacje jakie są niezbędne do dokonania takiej poprawki, a więc do wpisania w wierszu „fakturowanie” odpowiednich kwot. Tzn. harmonogram zawiera informacje o wysokości wynagrodzenia ryczałtowego w rozbiciu na poszczególne prace wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia (pozycje w harmonogramie) oraz informacje co do planowanego czasu trwania tych prac (w miesiącach). Oznacza to, że w dyspozycji zamawiającego jest informacja o wysokości wynagrodzenia za poszczególne prace częściowe oraz o miesiącach w których prace te będą realizowane, a tym samym o miesiącach w których za daną pracę częściową wykonawca będzie wystawiał faktury przejściowe. Tym samym, informacje przedłożone przez Wykonawcę w harmonogramie rzeczowo-finansowym tj. informacje co do wysokości wynagrodzenia należnego za poszczególne etapy zamówienia oraz planowanego czasu ich realizacji, pozwalają ustalić zakładane przez Wykonawcę „fakturowane kwoty brutto” w poszczególnych miesiącach realizacji zamówienia.

Odnośnie zarzutu drugiego odwołujący podniósł, iż zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum Mostostal z naruszeniem ustawy Pzp, albowiem zaniechał dokonania czynności wymaganej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. zaniechał wezwania konsorcjum Mostostal do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w

postępowaniu. Zgodnie z pkt 3.3. ppkt b) SIWZ zamawiający wymagał dysponowania m.in. osobą która pełnić będzie funkcję kierownika budowy.

W wykazie osób konsorcjum Mostostal wskazał Panią K..... J..... do funkcji kierownika budowy. Z opisu doświadczenia nie wynika by osoba ta spełniała wymagania opisane warunkiem zacytowanym powyżej, a w szczególności fakt, iż osoba ta kierowała którąkolwiek z budów wymienionych w załączonym do oferty wykazie kadry w pełnym, wielobranżowym procesie jej realizacji. Nie podano także dat zakończenia realizacji tychże budów (podpisania protokołów odbioru końcowego), a tylko okresy, w których Pani J..... pełniła funkcję kierownika budowy na tych obiektach. Reasumując podniósł, iż w żaden sposób nie można uznać, iż wybrany wykonawca przedstawił w ofercie informacje pozwalające na pozytywną ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu, a tym samym, iż potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 4 marca 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 7 marca 2013 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Mostostal przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 14 marca 2013 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut pierwszy dotyczący nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 4 SIWZ „Dokumenty i oświadczenia składające się na ofertę” wymienił w punkcie 4.19 „wypełniony harmonogram rzeczowo-finansowy zgodnie z załącznikiem do SIWZ nr 3”.

W załączeniu do oferty odwołujący złożył harmonogram rzeczowo-finansowy.

Pismem z dnia 14 stycznia 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści oferty poprzez wskazanie, „w którym miejscu złożonej oferty wykonawca przedstawił informacje, które zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SIWZ wskazywałyby fakturowanie kwoty brutto (ostatni wiersz wzoru załącznika)”.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący, pismem z dnia 21 stycznia 2013 r., podał m.in., iż informacje o „fakturowaniu kwoty brutto” zostały zawarte w treści oferty (oświadczeniach złożonych przez wykonawcę w ofercie). A ponadto – jak dalej podał - informacje przedłożone przez wykonawcę w harmonogramie rzeczowo – finansowym, tj. informacje co do wysokości wynagrodzenia należnego za poszczególne etapy zamówienia oraz planowanego czasu ich realizacji, w kontekście przyjętych we wzorze umowy zasad rozliczania się zamawiającego z wykonawcami, pozwalają ustalić „fakturowanie kwoty brutto” w poszczególnych miesiącach realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 22 lutego 2013 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając że treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż harmonogram rzeczowo – finansowy stanowi treść oferty. Z treści harmonogramu rzeczowo – finansowego wynika bowiem zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania poszczególnych etapów zamówienia w określonych terminach i za określoną kwotę, tym samym stanowi on treść oferty. Taki charakter harmonogramu rzeczowo – finansowego składanego przez wykonawców w tym postępowaniu wynika z postanowień SIWZ (rozdział 4, punkt 4.19), w którym w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wyspecyfikowano wszystkie dokumenty i oświadczenia składające się na ofertę wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Powyższe przyznał i sam odwołujący, podnosząc, iż co do zasady harmonogram rzeczowo – finansowy stanowi treść oferty, dodając jednocześnie, iż w okolicznościach, tj. w niniejszym stanie faktycznym ostatni wiersz harmonogramu rzeczowo – finansowego, a więc ten wiersz, którego brak jest w treści harmonogramu złożonego przez odwołującego, nie stanowi treści oferty. Uzasadnieniem czego ma być treść wzoru umowy. Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić. Harmonogram rzeczowo – finansowy stanowi treść oferty, a skoro tak to treść oferty stanowi i ostatni jego wiersz „fakturowanie”. Brak jest bowiem podstaw do uznania także w świetle

powoływanych przez odwołującego postanowień wzoru umowy, iż takiego charakteru on nie ma. Składany przez wykonawców harmonogram rzeczowo – finansowy ma charakter merytoryczny a nie formalny. Stanowi on bowiem – jak podniósł zamawiający – dokument ułatwiający przygotowanie inwestycji i zaplanowanie jej finansowania. A ponieważ przedmiotowe zamówienie jest współfinansowane ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego podlega szczegółowej kontroli zarówno terminowości realizacji zamówienia, jak i terminowości wzajemnych rozliczeń stron umowy. To przecież z treści harmonogramu rzeczowo – finansowego wynika zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia w określonych terminach opisanych właśnie w tym harmonogramie, jak i wysokość wynagrodzenia płatna wykonawcy w poszczególnych miesiącach (miesiąc 1, miesiąc 2 itp.) wynikających z tych realizacji. Harmonogram rzeczowo – finansowy stanowić ma więc - jak słusznie podniósł zamawiający - podstawę rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w szczególności w odniesieniu do terminu składania faktur za wykonanie poszczególnych robót. Powyższe wynika z treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ.

I tak § 8 ust. 7 wskazuje, iż mimo wykonania całości prac objętych przedmiotem umowy i w terminie wcześniejszym niż ustalony w harmonogramie rzeczowo – finansowym wykonawca nie jest upoważniony do doręczenia zamawiającemu faktury przed terminem wynikającym właśnie z harmonogramu. Oznacza to więc, iż wykonawca może wystawić fakturę jedynie w takiej wysokości, jaka została podana wcześniej przez wykonawcę w harmonogramie za dany okres rozliczeniowy. A nawet jeżeli wystawi fakturę na kwotę wyższą niż wynikająca z harmonogramu to i tak zostanie mu wypłacona kwota nie wyższa niż wskazana w harmonogramie.

Istotnie – co jest bezsporne – zamawiający wypłaci wykonawcy wynagrodzenie za rzeczywisty zakres wykonanych prac według określonego w umowie harmonogramu (§ 8 ust. 6). Niemniej jednak kwota tego wynagrodzenia jest ograniczona treścią zarówno harmonogramu ustalonego w umowie (na lata 2013, 2014 i 2015), jak i odniesiona do harmonogramu rzeczowo – finansowego, który wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach podlegać będzie modyfikacji i to w sposób określony wcześniej w umowie, a więc w tym paragrafie. Stronom umowy nie pozostawiono tu więc żadnej dowolności co do możliwości kształtowania wypłacanych wykonawcy należności. Wysokość przewidywanych wykonawcy należności musi być zamawiającemu znana. Nie jest więc możliwe wcześniejsze żądanie, a co za tym idzie wcześniejsza zapłata wynagrodzenia wykonawcy pomimo wcześniejszego wykonania części prac w wysokości przekraczającej wysokość wynagrodzenia przewidzianego w harmonogramie, jak i § 8 ust. 6 wzoru umowy.

Natomiast powoływany przez odwołującego § 8 ust. 8 wzoru umowy, stanowiący o tym, iż „podstawą wystawienia faktury przejściowej będzie protokół odbioru robót potwierdzający procentowy zakres wykonanych robót” - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie może być podstawą do twierdzenia, iż harmonogram rzeczowo-finansowy nie ma znaczenia z punktu widzenia fakturowania robót. Paragrafu tego nie można bowiem czytać w oderwaniu od treści całego § 8, w tym przede wszystkim w oderwaniu od treści § 8 ust. 9, który niewątpliwie odnosi się do wystawienia faktur przejściowych i odnosi te kwestie także do harmonogramu rzeczowo-finansowego („przed terminem płatności określonym w harmonogramie rzeczowo-finansowym”, „nie wcześniej niż w terminie określonym w harmonogramie”), odnosząc faktury przejściowe do terminów płatności określonych w harmonogramie, a co za tym idzie do wysokości kwot tam określonych.

Także § 8 ust. 5 wzoru umowy nie uzasadnia twierdzenia o braku znaczenia zapisów harmonogramu rzeczowo-finansowego dotyczących fakturowania. W paragrafie tym przewidziano – jak słusznie podniósł odwołujący – możliwość pomniejszenia należności wynikających z faktur przejściowych o kwoty należne podwykonawcy. Jednakże oczywistym jest – w świetle § 8 wzoru umowy, jak i rozważań zawartych powyżej – iż wykonawcy może zostać wypłacona kwota wynagrodzenia nie wyższa niż ujęta dla danego okresu rozliczeniowego w treści harmonogramu rzeczowo-finansowego i to ta kwota – co słusznie podniósł przystępujący – musi być znana zamawiającemu, gdyż ta właśnie kwota będzie następnie pomniejszona o kwotę należną podwykonawcy. O braku zasadności żądania wypełnienia także wiersza harmonogramu rzeczowo-finansowego dotyczącego fakturowania nie przesądza treść § 8 ust. 19. I w tym bowiem przypadku odwołujący w sposób całkowicie nieuprawniony odwołuje się do protokołu odbioru materiałów/wyposażenia będącego podstawą wystawienia faktur przejściowych w całkowitym oderwaniu nie tylko od treści tego ustępu, ale i treści całego § 8, z którego – w ocenie Izby – jednoznacznie wynika jaki charakter zamawiający nadał harmonogramowi rzeczowo-finansowemu, w tym zapisom dotyczącym fakturowania. Podobnie w odniesieniu do § 13 ust. 1 i § 14 ust. 5 wzoru umowy, które także nie mogą być analizowane w oderwaniu od całej treści umowy, a tym samym nie mogą i nie przesądzają o braku znaczenia zapisów w harmonogramie rzeczowo-finansowym dotyczących fakturowania.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż harmonogram rzeczowo-finansowy stanowił treść oferty danego wykonawcy, a jego niewypełnienie w sposób zgodny z wymogiem zamawiającego (brak wypełnienia wiersza dotyczącego fakturowania) powoduje, iż treść oferty tego wykonawcy (odwołującego) jest niezgodna z treścią SIWZ.

Brak ten – wbrew twierdzeniom odwołującego - nie może być poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten daje bowiem możliwość poprawienia w ofercie wykonawcy innych omyłek niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe, a

mianowicie omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, o ile nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W niniejszym stanie faktycznym jest to niemożliwe. Zamawiający nie ma bowiem możliwości zweryfikowania wysokości należności wykonawcy w poszczególnych okresach rozliczeniowych. W treści przedłożonego harmonogramu nie wskazano bowiem wysokości należności za poszczególne etapy i elementy realizowane w poszczególnych okresach rozliczeniowych (miesiąc 1, miesiąc 2 itp.), opisu dokonując jedynie graficznie. Nie można więc w sposób jednoznaczny ustalić na jaką kwotę w danym okresie rozliczeniowym (np. miesiącu 1) wykonawca wystawi fakturę, a więc czy prace przewidziane na poszczególne okresy rozliczeniowe będą identycznie wyceniane w każdym z okresów rozliczeniowych, czy też będą one różne w zależności od zaangażowania na danym etapie postępowania. Tym samym niemożliwym jest poprawienie treści harmonogramu w taki sposób jak oczekuje tego odwołujący.

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut drugi dotyczący zaniechania wezwania konsorcjum Mostostal do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 3 SIWZ podał, iż o udzielnie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: „3.3. Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponują lub będą dysponować minimum po 1 osobie na każde wymienione poniżej stanowisko, posiadającymi odpowiednie wykształcenie, uprawnienia oraz doświadczenie zawodowe gwarantujące właściwe wykonanie przedmiotu zamówienia: (...) b) Kierownik budowy: (...) Wymagane doświadczenie: Co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy przy realizacji obiektów budowlanych, w tym doświadczenie w kierowaniu budową minimum jednego obiektu kubaturowego o wartości nie niższej niż 30 000 000 PLN brutto. Kierowanie budową musi obejmować pełny, wielobranżowy proces realizacji nowego obiektu, a obiekt musi być zakończony na dzień upływu terminu składania wniosków (za zakończenie uznaje się datę podpisania protokołu odbioru końcowego)”. Na potwierdzenie powyższego żądając złożenia – zgodnie z rozdziałem 4 SIWZ „Dokumenty i oświadczenia składające się na ofertę”, pkt 4.9. – „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresem wykonywanych przez nich czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wypełniony załącznik nr 7”.

Konsorcjum Mostostal w załączeniu do oferty złożyło wypełniony załącznik nr 7, w treści którego jako osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy wskazało K..... J.....

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w rozdziale 3, pkt 3.3., litera b) zamawiający żądał złożenia jedynie wykazu - wypełnionego załącznika nr 7 do SIWZ. W treści przedmiotowego wykazu zamawiający wymagał podania: liczby porządkowej, imienia i nazwiska wskazywanej osoby, jej kwalifikacji zawodowych/uprawnień zawodowych i ich numeru, doświadczenia, wykształcenia, zakresu wykonywanych czynności/funkcji oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami. Z treści powyższego więc wynika, iż zamawiający poza złożeniem stosownego oświadczenia, a więc wypełnienia wykazu w sposób w nim wskazany, nie żądał potwierdzenia przez wykonawców okoliczności przedstawionych w tabeli tego wykazu za pomocą innych dokumentów, jak i za pomocą innych informacji. Poza wskazaniem w kolumnie 4 tabeli „doświadczenie” nie podał bowiem sposobu jej wypełnienia, w tym stopnia szczegółowości podawanych przez wykonawców informacji. Dlatego też Izba uznała, iż analiza treści wykazu w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (K..... J.....) potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum Mostostal, a tym samym brak podstaw do wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez Strony oraz Uczestnika postępowania na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 268,00 zł stosownie do faktury oraz kopii biletów złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: