

WYROK
z dnia 12 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Ewa Kisiel
Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Studio QUATTRO arch. H. K.-L. ul. Szpaków 51, 40-541 Katowice [pełnomocnik]**, [2] **TERMO-KLIMA MK Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Studio QUATTRO arch. H. K.-L. ul. Szpaków 51, 40-541 Katowice [pełnomocnik]**, [2] **TERMO-KLIMA MK Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach**

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Studio QUATTRO arch. H. K.-L. ul. Szpaków 51, 40-541 Katowice [pełnomocnik]**, [2] **TERMO-KLIMA MK Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawcy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Studio QUATTRO arch. H. K.-L. ul. Szpaków 51, 40-541 Katowice [pełnomocnik]**, [2] **TERMO-KLIMA MK Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach** na rzecz zamawiającego **Miasto Gliwice, ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice** kwotę **4 200 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Miejski W Gliwicach ul. Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa budynku Szpitala Miejskiego – budowa, rozbudowa i przebudowa istniejących budynków Szpitala – opracowanie dokumentacji projektowej«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8.08.2017 r. pod nrem 2017/S 150-310671.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 14.12.2017 r. o:

- 1) odrzuceniu oferty Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Studio QUATTRO arch. H. K.-L., Szpaków 51, 40-541 Katowice [lider], [2] TERMO-KLIMA MK Sp. z o.o. Sp. K., Tartaczna 12, 40-749 Katowice, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i wadium nie zostało wniesione w sposób prawidłowy – art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp;
- 2) unieważnieniu postępowania zamówieniowego, gdyż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu – art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Studio QUATTRO arch. H. K.-L., Szpaków 51, 40-541 Katowice [lider], [2] TERMO-KLIMA MK Sp. z o.o. Sp. K., Tartaczna 12, 40-749 Katowice, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 27.12.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie.

I. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez niezasadne przyjęcie, że gwarancja wadium, w której treści powołano nazwę jednego członka konsorcjum stanowi wniesienie wadium w niewłaściwej formie;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niezasadne przyjęcie, że harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy zawiera rozbieżności w podziale ceny jedynie na elementy odpowiadające płatnościom częściowym, a zatem oferta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ],

- 3) a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez niezasadnie unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu pomimo braku ku temu przesłanek.

Czwarty zarzut – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania, w tym dokonanie badania i oceny oferty odwołującego, bez poszanowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – został cofnięty na rozprawie przez odwołującego.

II. Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania;
- 4) dokonanie ponownego badania i oceny oferty odwołującego;
- 5) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;

ponadto odwołujący wniósł o:

- 6) dopuszczenie dowodu z dokumentów powołanych w treści odwołania oraz złożonych na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- 7) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Argumentacja odwołującego

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp

Zgodnie z pkt 13 SIWZ zamawiający opisał zasady wnoszenia wadium:

- „1) zamawiający wymaga wniesienia wadium w kwocie: 100 000,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych 00/100),
- 2) wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem terminu do składania ofert,
- 3) wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji musi być ważne minimum przez okres związania ofertą, dotyczyć przedmiotowego zamówienia i zawierać klauzule gwarantujące możliwość zatrzymania wadium w przypadkach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp (...)”.

Odwołujący złożył gwarancję bankową ING BANK ŚLĄSKI S.A., która odpowiadała ww. wymaganiom. Jednak zamawiający stwierdził, że zachodzi przesłanka odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na wniesienie gwarancji wadialnej w niewłaściwej formie. W uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał, że:

»W treści gwarancji jako wykonawca został zdefiniowany podmiot TERMO-KLIMA MK Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą przy ul. Tartacznej 12 w Katowicach. Wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, ponieważ nie daje zamawiającemu możliwości skutecznego zrealizowania roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium. Z dokumentu wynika, że roszczenia z tytułu gwarancji powstają wyłącznie w razie zaistnienia okoliczności i przesłanek dotyczących podmiotu wymienionego w treści gwarancji jako wykonawca. Tym samym takie roszczenia nie powstaną w wyniku zaistnienia takich okoliczności wobec lidera konsorcjum podmiotu Studio QUATTRO arch. H. K.-L., który w treści gwarancji nie jest wymieniony.

Gwarant swoje obowiązki wiąże jedynie z określonymi okolicznościami dotyczącymi tylko i wyłącznie podmiot TERMO-KLIMA MK Sp. z o.o. Sp.K. W tej sytuacji interesy zamawiającego nie zostały zabezpieczone w dokumencie gwarancyjnym.

Gwarancja nie odnosi się jedynie do zachowania konkretnego członka konsorcjum.

W przypadku gwarancji bankowych nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości, co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne«.

Odwołujący wskazał, że wyciąganie skutków prawnych z uwagi na wskazanie w treści gwarancji wadialnej tylko jednego członka konsorcjum stanowi rażące naruszenie prawa przez zamawiającego.

Nie istnieją bowiem przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji bankowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 Pzp, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie odpowiadają solidarnie za działania lub zaniechanie podejmowane w toku postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 Kc, powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Dlatego zasadne jest stanowisko, zgodnie z którym wadium wniesione przez jednego z wykonawców składających ofertę wspólnie z innymi podmiotami w postępowaniu o udzielenie zamówienia zabezpiecza działania wszystkich podmiotów występujących razem. Należy wziąć pod uwagę cel wadium – zabezpieczenie oferty, a nie wszystkich działań podmiotu lub podmiotów w postępowaniu. Przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5

Pzp odnoszą się do wszystkich wykonawców składających ofertę wspólnie, jak i do każdego z nich z osobna.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający w ust. 15 pkt 2 lit. a SIWZ wskazał, że:

„2) wraz z ofertą należy złożyć:

a) harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy o treści załącznika nr 6 do SIWZ”.

Odwołujący wypełnił ww. formularz wskazując ceny dla poszczególnych etapów. Zamawiający uznał, że powyższe stanowi o tym, że oferta nie odpowiada SIWZ, a tym samym powinna zostać odrzucona. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, że:

„Załączony do oferty Harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy nie zawiera rozbicia ceny na poszczególne części zamówienia, zawiera rozbicie ceny jedynie na elementy odpowiadające płatnościom częściowym”.

Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie wyartykułował – choćby pośrednio – wymogu wypełnienia pozycji ww. harmonogramu w rozbiciu na części poszczególnych etapów zamówienia. Zamawiający nie określił również wymogu obliczania ceny na podstawie zsumowania wszystkich pozycji harmonogramu w celu ustalenia ceny globalnej. W ust. 17 pkt 1 i 2 SIWZ zamawiający wskazał, że:

„Opis sposobu obliczania ceny:

- 1) oferowaną cenę należy podać w PLN w formularzu oferty – załącznik nr 1 do SIWZ,
- 2) cenę podaną w ofercie należy obliczyć, uwzględniając zakres zamówienia określony w specyfikacji (...)

W związku z tym czynienie zarzutu, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z SIWZ wydaje się być stwierdzeniem prowadzącym do zmiany wymogów sposobu złożenia oferty po upływie terminu składania ofert. Takie zachowanie zamawiającego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zaznacza, że działał w dobrej wierze w oparciu o dokonanie całościowej analizy dokumentacji przetargowej. Odwołujący wyszedł z założenia, że intencją zamawiającego było uzupełnienie jedynie wartości odnoszących się do poszczególnych etapów. Za takim twierdzeniem przemawiać mógł szereg okoliczności takich jak wytluszczenie ww. pozycji „Płatności częściowe” i oznaczenie kolumn innym kolorem, określenie parametrów procentowych wynagrodzenia w odniesieniu do etapów (Płatności częściowych), a nie do ich części, czy też uzależnienie wykonania zapłaty za wykonanie poszczególnych etapów zamówienia w oparciu o kwoty wskazane ww. „wytluszczonych” pozycjach. Zamawiający w całości dokumentacji przetargowej odnosi się jedynie do poszczególnych etapów (np. ust. 3 SIWZ), a nie do „części zamówienia”.

Odwołujący wskazał, że zamawiający przewidział sankcję w przypadku opóźnień. Odnoszona jest ona i obliczana w stosunku do płatności częściowych – co dodatkowo potwierdza ww. stanowisko odwołującego.

Stąd odwołujący założył, że wskazanie w harmonogramie rozbiecia etapów na części ma charakter jedynie formalny i nie będzie stanowić przedmiotu oceny przez zamawiającego.

W związku z tym brak wypełnienia wynagrodzenia za części zamówienia nie będzie wpływać na prawidłową realizację zamówienia (spełnienie świadczenia), a dostrzeżona przez zamawiającego niezgodność nie ma charakteru merytorycznego.

Odwołujący stwierdził, że stwierdzić brak wypełnienia pozycji w harmonogramie odnoszących się do poszczególnych części zamówienia w sytuacji, gdy umowa będzie rozliczana na podstawie płatności częściowych, stanowi uchybienie czysto formalne. Zamawiający nie wyartykułował w SIWZ, że wymaga wypełnienia wszystkich pozycji harmonogramu, a zatem nie powinien na tym etapie postępowania wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji własnych zaniedbań w zakresie opisu wymagań i oczekiwań względem składanych wraz z ofertą dokumentów.

3. Zarzut naruszenia art. 93. ust. 1 pkt 1 Pzp

Konsekwencją naruszeń ustawy Pzp ze strony zamawiającego było niezasadne przyjęcie, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania z uwagi na brak ważnych ofert. Gdyby zamawiający dokonał badania oraz oceny oferty, odwołujący w sposób zgodny z normami ustawy Pzp doszedłby do przekonania, że oferta odwołującego została skutecznie wniesiona i zabezpieczona wadium oraz nie nosi znamion ofert niezgodnej z SIWZ. Prowadziłoby to do konieczności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.12.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 27.12.2017 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowód złożony przez zamawiającego wyciągi z ofert pozostałych wykonawców na potwierdzenie, że inni wykonawcy właściwie zrozumieli postanowienia SIWZ i załączyli do ofert właściwie wypełnione harmonogramy; niezależnie od tego dokumenty te znajdują się w dokumentacji zamawiającego.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp – przez niezasadne przyjęcie, że gwarancja wadium, w której treści powołano nazwę jednego członka konsorcjum stanowi wniesienie wadium w niewłaściwej formie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp – brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium«.

Izba stwierdza, że zamawiający w rozdz. 13 SIWZ żądał wniesienia wadium w kwocie 100 000,00 zł przed upływem terminu składania ofert. Ponadto – jak słusznie wskazał zamawiający – każdą sprawę wniesienia wadium należy traktować indywidualnie. Odwołujący złożył do oferty pełnomocnictwo z 11.09.2017 r., w którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia ustanowili cyt. »Studio „QUATTRO” arch. H. K.-L. pełnomocnikiem Wykonawców – w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – umocowanym do reprezentowania Wykonawców, jak również każdego z nich z osobna, w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego Miasto Gliwice [...] pod nazwą:

Budowa budynku Szpitala Miejskiego – budowa, rozbudowa i przebudowa istniejących budynków Szpitala – opracowanie dokumentacji projektowej

Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do reprezentowania Wykonawców jak również każdego z nich z osobna w zakresie:

– [...],

– podpisania i złożenia oferty, jak również innych dokumentów niezbędnych do uzyskania wyżej określonego zamówienia,

– [...],

– wniesienia wadium, [...].« [pisownia oryginalna – przypisek Izby].

Natomiast rozpoznawana gwarancja nr KLG46837IN17 z 13.09.2017 r. stanowi, że cyt. »Zostaliśmy poinformowani, że nasz klient – TERMO KLIMA [...] zwany dalej wykonawcą zamierza przystąpić do przetargu, którego przedmiotem jest „Budowa budynku Szpitala Miejskiego – budowa, rozbudowa i przebudowa istniejących budynków Szpitala – opracowanie dokumentacji projektowej”; ZA.271.84.2017. Wiadomo nam także, iż warunki przetargowe przewidują, że wadium w wysokości PLN 100 000,00 może zostać wniesione w formie gwarancji bankowej.

W związku z powyższym INB Bank Śląski S.A. [...] zobowiązuje się nieodwołalnie, bezwarunkowo i bezzwłocznie zapłacić każdą kwotę do wysokości PLN 100 000,00 na Państwa pierwsze pisemne żądanie stwierdzające, że:

- a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; lub
- b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; lub
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; lub
- d) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zmianami (dalej ustawa)], z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.« [pisownia oryginalna – przypisek Izby].

Izba skonstatowała, że ze względu na zestawienie dwóch zacytowanych wyżej dokumentów rzeczywiście gwarancja nie obejmuje w szczególności sytuacji, w której to z przyczyn leżących po stronie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może nie dojść wyboru najkorzystniejszej oferty lub podpisania umowy. Izba musi podkreślić fakt, że w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym występują wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia i ich pełnomocnik (Studio „QUATTRO” arch. H. K.-L.), a w kwestionowanej gwarancji jest tylko mowa o wykonawcy, którym jest spółka TERMO KLIMA. W związku z wystąpieniem

w postępowaniu i gwarancji różnych podmiotów interes zamawiającego może nie zostać zabezpieczony, co obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Przepis ten brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium«. Ponadto Izba wskazuje, że pełnomocnik (lider) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia był zobligowany do materialnego wniesienia wadium, a nie tylko do doręczenia wadium wystawionego obojętnie na kogo, a w rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym pełnomocnik pełnomocnik zacieśnił swój obowiązek tylko właśnie do przekazania wadium wystawionego na inny podmiot i nie sposób tego wadium przypisać do konsorcjum, gdyż podmiotem jest tylko jeden podmiot inny niż pełnomocnik.

Izba stwierdza, że zamawiający postąpił słusznie uznając, że w przytoczonych okolicznościach odwołujący nie wniósł wadium, gdyż dokument gwarancji wadium był wystawiony na inny podmiot niż występujący w postępowaniu, co mogłoby doprowadzić do naruszenia interesu zamawiającego, a więc Izba nie może przychylić się do pierwszego zarzutu odwołującego i musi ten zarzut oddalić.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez niezasadne przyjęcie, że harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy zawiera rozbieżność ceny jedynie na elementy odpowiadające płatnościom częściowym, a zatem oferta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«.

Izba stwierdza, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia harmonogramu wraz z ofertą, co wynika z ust. 15 pkt 2 lit. a SIWZ, cyt. »wraz z ofertą należy złożyć [...] harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy o treści załącznika nr 6 do SIWZ«. Załącznik nr 6 do SIWZ pokazywał – zgodnie tytułami kolumn – etapy, zakresy prac, ceny ofertowe brutto poszczególnych prac oraz terminy wykonania.

Jednak odwołujący nie wypełnił poszczególnych rubryk poprzestając na wykazaniu cen poszczególnych płatności częściowych i płatności końcowej.

Izba stwierdza, że treść ust. 15 pkt 2 lit. a SIWZ ani formularz samego harmonogramu nie mogły budzić wątpliwości. W powiązaniu z celem żądania takich harmonogramów przez zamawiających, a w tym zamawiającego w rozpoznawanym postępowaniu, Izba musi skonstatować, że zamawiający żądał wypełnionych rubryk na użytek szczegółowo wskazany we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. § 8 ust. 3 lit. c tego wzoru umowy stanowił, że wykonawca zapłaci cyt. »[...] 0,5% odpowiedniego wynagrodzenia brutto

wskazanego w harmonogramie...». Izba stwierdza, że zamawiającym, że bez konkretnego wypełnienia przedmiotowych rubryk zamawiający nie miałby możliwości naliczać kar umownych, a więc pozbywałby się instrumentu dyscyplinującego wykonawcę.

Również sama nazwa harmonogramu (harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy) wskazuje, które elementy muszą być określone w takim dokumencie, czyli takie elementy jak: terminy wykonania, przedmioty i kwoty finansowe, a więc ceny żądane za poszczególne czynności wykonawcy.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu odwołującego i musi stwierdzić, że zamawiający właściwie wskazał w SIWZ na konieczność wypełnienia i złożenia z ofertą wypełnionego harmonogramu, a złożenie harmonogramu z niewypełnionymi rubrykami stanowi, że taką ofertę zamawiający musi uznać jako ofertę, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, co skutkuje odrzuceniem oferty, jak zasadnie uczynił to zamawiający.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – przez niezasadnie unieważnienie postępowania z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu pomimo braku ku temu przesłanek – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3«.

W związku z tym, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a do zamawiającego nie złożono żadnej innej oferty niepodlegającej odrzuceniu zamawiający nie ma innego wyjścia jak tylko unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Dlatego Izba musi stwierdzić że zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez unieważnienie postępowania nie może być uwzględniony, a tym samym całe odwołanie musi zostać oddalone.

Izba stwierdza, że odwołujący wycofał na rozprawie zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, a więc nie był on rozpoznawany przez Izbę.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 600,00 zł i 3 600,00 zł, razem 4 200,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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 i z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....