

**WYROK**

**z dnia 21 grudnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Luiza Łamejko**

**Członkowie:** **Jolanta Markowska**  
**Andrzej Niwicki**

**Protokolant:** **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centralne Muzeum Morskie w Gdańsku, 80-751 Gdańsk, ul. Ołowianka 9-13** protestu z dnia 2 listopada 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. - POL-AQUA S.A. Oddział Generalnego Wykonawstwa, VECTRA S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe Megaron Sp. z o.o., 80-846 Gdańsk, ul. Na Piaskach 10** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., 80-338 Gdańsk, ul. Opacka 12.**

## Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Centralne Muzeum Morskie w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na przebudowę i rozbudowę infrastruktury kulturalnej Centralnego Muzeum Morskiego w Gdańsku na potrzeby Ośrodka Kultury Morskiej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2009 r. pod pozycją 2009/S 148-216430.

W dniu 23 października 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. - POL-AQUA S.A. Oddział Generalnego Wykonawstwa, VECTRA S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe Megaron Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. Zamawiający wskazał na następujące okoliczności:

1. Brak harmonogramu rzeczowo-finansowego, którego wymagał Zamawiający w pkt VI.1.5 części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający stwierdził, że do oferty wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. dołączono dwa dokumenty zatytułowane „Wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy” (strona 304 i 305 oferty), jednak żaden z nich nie odpowiada definicji harmonogramu rzeczowo-finansowego podanej w treści Specyfikacji.
2. Zaplanowanie przez wykonawcę realizacji prac w marcu 2011 r. (strona 305 oferty) wobec treści pkt III części I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, druku Załącznika nr 1a do oferty, klauzuli 4.1 wzoru umowy, a także wyjaśnień z dnia 4 września 2009 r. (pytanie 9), zgodnie z którymi do dnia 28 lutego 2011 r. wykonawca zobowiązany był nie tylko wykonać roboty, ale także uzyskać pozwolenie na użytkowanie budowanego obiektu.
3. Zaoferowanie przez wykonawcę wykonania pali Wolfsholtza (kosztorys w branży roboty budowlane, poz. 51) wobec wymagania zawartego w dokumentacji projektowej i przedmiarach, aby budynek był posadowiony na kolumnach betonowych o średnicy 300 mm, przy użyciu betonu B37 W12. Zamawiający zwrócił uwagę, że w udzielonych wyjaśnieniach wykonawca potwierdził powyższe twierdząc, że jest to jeden z rodzajów pali/kolumn betonowych. W ocenie Zamawiającego, pale Wolfsholtza i kolumny betonowe

stanowią inny rodzaj pali, nie są równoważne, a taka zmiana pociągałaby za sobą konieczność zmiany dokumentacji projektowej.

4. Zaoferowanie przez wykonawcę 9,348m<sup>3</sup> belek, podciągów i wieńcy (kosztorys w branży roboty budowlane, poz. 102) i podtrzymanie ww. ilości w wyjaśnieniach treści oferty wobec wymagania zawartego w treści dokumentacji projektowej i przedmiarach zaoferowania 9,384m<sup>3</sup> belek, podciągów i wieńcy.

5. Zaoferowanie przez wykonawcę niezgodnej z treścią dokumentacji projektowej, przedmiarów oraz odpowiedzi na pytanie nr 55 z dnia 11 września 2009 r. ilości wzmocnień stropowych (kosztorys w branży roboty budowlane, poz. 187a). Zamawiający podniósł, iż wymagał zaoferowania wzmocnień stropowych w ilościach 2xHEB220=7,85mb, dwuteownik 240=2,0mb, razem 9,85 mb. Wykonawca w złożonym kosztorysie dokonał przeliczenia metrów bieżących na kilogramy podając ilość przedmiarową jako 1194,950. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca potwierdził ww. ilość. Zamawiający uznał, iż dokonane przez wykonawcę przeliczenie jest nieprawidłowe – właściwa ilość wzmocnień stropowych w przeliczeniu na kilogramy powinna wynosić 633,7 kg.

6. Dwukrotne zaoferowanie przez wykonawcę drzwi wewnętrznych (kosztorys w branży roboty budowlane, poz. 319) i potwierdzenie powyższego w wyjaśnieniach treści oferty. Zamawiający żądał jednej sztuki ww. drzwi.

7. Zaoferowanie przez wykonawcę wywozu śmieci w ilości 121,932m<sup>3</sup> (kosztorys w branży roboty sanitarne, poz. 28), podczas gdy Zamawiający wymagał ilości 57,744m<sup>3</sup>. Zaoferowana przez wykonawcę ilość została potwierdzona w wyjaśnieniach treści oferty.

8. Zaoferowanie przez wykonawcę 2, zamiast 4 sztuk zaworów odcinających gwintowych (kosztorys w branży roboty sanitarne, poz. 403).

W dniu 2 listopada 2009 r. protest wobec ww. czynności Zamawiającego wniósł wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez uznanie, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) przez ograniczanie wykonawcy dostępu do rynku.

Odwołujący podniósł, że poza postanowieniem zawartym w pkt VI.1.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający nie określił jakie elementy powinien zawierać wstępny harmonogram, nie przedstawił instrukcji sporządzania harmonogramu, jak również nie załączył wzoru takiego dokumentu. Wobec braku powszechnie obowiązującej definicji lub wzoru harmonogramu Odwołujący stwierdził, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia dokumentu w dowolnej formie, z zastrzeżeniem, aby na jego podstawie można było ustalić informacje o rodzajach planowanych robót do wykonania w poszczególnych miesiącach oraz planowaną wartość robót w każdym miesiącu. W opinii Odwołującego, złożony przez niego harmonogram spełnia ww. wymogi. Odwołujący zauważył, że na pierwszej stronie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wskazał przy użyciu tzw. wykresu Gantta rodzaje planowanych robót do wykonania, terminy, w jakich mają być realizowane oraz wartość tych robót. Z wykresu tego wynika ponadto, jak zauważył, że roboty będą prowadzone od pierwszych dni listopada 2009 r. do końca lutego 2011 r. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do twierdzenia, że roboty oferowane przez wykonawcę będą wykonywane jeszcze w marcu 2011 r. Odwołujący zwrócił również uwagę na oświadczenie złożone w pkt IV formularza ofertowego (strona 4 oferty), że wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia do dnia 28 lutego 2011 r. Powyższe, w ocenie Odwołującego, potwierdza wymaganie dotyczące wykazania rodzaju robót planowanych do wykonania w poszczególnych miesiącach.

Odnosząc się do wymogu wskazania wartości robót w każdym miesiącu Odwołujący wywiódł, że podstawową funkcją wstępnego harmonogramu w tym zakresie jest możliwość ustalenia przez Zamawiającego kolejnych etapów rozliczania inwestycji, a tym samym możliwość uzyskania informacji o przewidywanym fakturowaniu w poszczególnych miesiącach realizacji inwestycji. Odwołujący spełnił wymaganie przez wskazanie na stronie drugiej wstępnego harmonogramu wartości robót, która będzie fakturowana w poszczególnych miesiącach. Wyjaśnił, że pomimo rozpoczęcia robót w listopadzie 2009 r., mając również na względzie, że rozliczenia mają być dokonywane w okresach miesięcznych, nie wskazał wartości robót do rozliczenia w tym miesiącu. Z kolei z uwagi na nie przekroczenie przez te prace wartości 5% zatwierdzonej kwoty kontraktowej, płatności nie będą występowały też w grudniu 2009 r. Pierwsza płatność zostanie dokonana w styczniu 2010 r. W związku z przyjętą zasadą, wykonawca w sposób konsekwentny i logiczny wskazał w następnych miesiącach wartość faktur do zapłaty. Kwoty na nich uwidocznione będą dotyczyły robót zrealizowanych w miesiącu poprzedzającym wykonanie płatności. Konsekwentnie, Odwołujący wskazał w przedmiotowym harmonogramie fakturowanie w marcu 2011 r., które odnosi się do robót wykonywanych w lutym 2011 r. W jego ocenie,

z treści harmonogramu nie można wywieść, że planowane jest prowadzenie robót w marcu 2011 r.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że jeżeli Zamawiający oczekiwałby uzyskania informacji o faktycznej wartości prac w poszczególnych miesiącach, a nie wartościach do zapłaty w poszczególnych miesiącach, to informacje te zawarte są również w złożonym przez Odwołującego harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że wykonawca zobowiązany był złożyć jedynie wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy, co wynika z klauzuli 8.3 warunków umowy. Wobec wstępnego i poglądowego charakteru ww. harmonogramu ewentualne wątpliwości Zamawiającego odnośnie treści ww. dokumentu nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści harmonogramu, to powinien skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, choć, w ocenie Odwołującego, taka konieczność nie zaistniała.

Odwołujący oświadczył, że zaoferował wykonanie zamówienia tj. realizację robót budowlanych w sposób umożliwiający uzyskanie pozwolenia na użytkowanie do dnia 28 lutego 2011 r. Stwierdził, że zakres robót przewidzianych we wstępnym harmonogramie na luty 2011 r. nie uniemożliwia uzyskania pozwolenia na użytkowanie do dnia 28 lutego 2011 r. Wskazał, że prawnie dopuszczalnym jest prowadzenie robót budowlanych nawet po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie w rozumieniu art. 55 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zgodności złożonych przez Odwołującego kosztorysów z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Odwołujący wskazał na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia, z czego wywiódł, że jakiegokolwiek ewentualne rozbieżności kosztorysu ofertowego złożonego wraz z ofertą z egzemplarzem stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozostają bez wpływu na ocenę zgodności oferty z treścią Specyfikacji. Odwołujący wskazał na treść pkt VIII.4-VIII.6, VIII.10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz pkt 4 wzoru umowy. Wobec powyższego, w opinii Odwołującego, zarzuty Zamawiającego odnoszące się do rozbieżności kosztorysu ofertowego z treścią Specyfikacji niezależnie od tego, czy są błędne i nieuzasadnione merytorycznie, czy też nie, nie mogą i nie wpływają na ocenę zgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący stwierdził, że istotnym jest, że wykonawca w ofercie złożył oświadczenie, iż przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, PFU, projektem oraz wszystkimi innymi

wymaganiami Zamawiającego. Powyższe zostało również potwierdzone w wyniku zapytania otrzymanego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wykonawca potwierdził, zaoferowana cena uwzględnia wymagania Zamawiającego tj. obejmuje cały przedmiot zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nawet gdyby wykonawca popełnił błędy w wyliczeniu potrzebnej ilości poszczególnych elementów do realizacji zadania, to i tak będzie on zobowiązany wykonać nieprzewidziane przez siebie roboty, zamontować nieuwzględnione materiały lub urządzenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, w trakcie realizacji inwestycji może się okazać, że przygotowany przez Zamawiającego przedmiar nie odpowiada faktycznej ilości robót do wykonania (przewiduje mniejszą ilość), co nie zmieni jednak faktu, że na mocy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawca będzie zobligowany do wykonania wszystkich robót w ramach uprzednio zaoferowanej przez siebie ceny ryczałtowej.

Odwołujący wniósł o:

- równe traktowanie wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji,
- ponowne przeprowadzenie czynności badania oferty Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. oraz dopuszczenie przedmiotowej oferty do oceny ofert,
- wybór oferty Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili w dniu 5 listopada 2009 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. - POL-AQUA S.A. Oddział Generalnego Wykonawstwa, VECTRA S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe Megaron Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 9 listopada 2009 r. przez jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego harmonogramu rzeczowo-finansowego Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko zawarte w informacji z dnia 23 października 2009 r. stwierdzając, że dokument złożony przez Odwołującego nie spełnia wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Zamawiającego, złożony przez Odwołującego harmonogram jest sprzeczny z postanowieniami dotyczącymi procedury płatności (wnioski o Przejściowe Świadectwa Płatności, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, część II - wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, klauzula 14.3), jak też z postanowieniami

dotyczącymi Przejściowych Świadectw Płatności (klauzula 14.6). Zamawiający stwierdził również, że nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie do dokonania poprawienia omyłek w harmonogramie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż niezgodności harmonogramu z treścią Specyfikacji nie można zaliczyć do omyłki. Zamawiający dodał, że harmonogram rzeczowo-finansowy nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zatem nie może zostać uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł także, że harmonogram stanowi istotny, merytoryczny element oferty, gdyż zawiera informacje odnośnie czynności/etapów wykonywanych przez wykonawcę we wskazanym czasie oraz ich wartość, a przede wszystkim pozwala Zamawiającemu sprawdzić, czy wykonawca planując realizację przedmiotu zamówienia oferuje jego wykonanie w terminach określonych w Specyfikacji. Zamawiający podkreślił, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wyraźnie wskazał, że wykonawca zobowiązany jest prowadzić roboty w sposób umożliwiający uzyskanie pozwolenia na użytkowanie budowanego obiektu przed upływem terminu na ukończenie prac (28 lutego 2011 r.), a w odpowiedziach na pytania wykonawców jednoznacznie to potwierdził. Wykonawcy w przedkładanym do oferty harmonogramie rzeczowo-finansowym zobowiązani więc byli uwzględnić to żądanie Zamawiającego i opracować harmonogram z uwzględnieniem co najmniej minimalnego czasu określonego w przepisach ustawy Prawo budowlane na wystąpienie przez Zamawiającego do właściwego organu nadzoru budowlanego z wnioskiem o udzielenie pozwolenia na użytkowanie wzniesionego obiektu budowlanego, jak też minimalnego czasu określonego w art. 56 ustawy Prawo budowlane na zawiadomienie wymienionych w tym artykule organów o zakończeniu budowy obiektu objętego przedmiotem zamówienia i zamiarze przystąpienia do użytkowania. Opracowanie harmonogramu bez uwzględnienia tych przepisów w sposób jednoznaczny przekreśla możliwość zgłoszenia przez Zamawiającego wniosku o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przedmiotu zamówienia, gdyż z harmonogramu wynika, że roboty budowlane prowadzone będą co najmniej do 28 lutego 2011 r., a wartość prac wykonywanych w ostatnim miesiącu realizacji kontraktu wynosi 856 518,96 PLN (netto), co stanowi ponad 5% wartości przedmiotu zamówienia (przy przyjęciu, że kwota pokazana przez Odwołującego w marcu 2011 r. dotyczy ostatniego miesiąca realizacji prac). Zamawiający dodatkowo zwrócił uwagę, że wartość prac zaplanowana na ostatni miesiąc jednoznacznie wskazuje, że nie mogą być to tylko prace porządkowe (co wprost wynika z wartości poszczególnych prac ujętych w harmonogramie w porównaniu z ich cenami w kosztorysie ofertowym).



Zamawiający podkreślił, że w takiej sytuacji nie będzie możliwe wystąpienie przez Zamawiającego z wnioskiem o udzielenie pozwolenia na użytkowanie w terminie pozwalającym na uzyskanie tego pozwolenia na koniec lutego 2011 r. - do wniosku zawiadamiającego o zakończeniu budowy Zamawiający zobowiązany jest dołączyć oryginał dziennika budowy, oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym, dokumentację powykonawczą w zakresie określonym w art. 57 ustawy Prawo budowlane i inne dokumenty potwierdzające, że zakończone zostały roboty budowlane, a teren przyległy został uporządkowany. Wobec zakończenia robót budowlanych z dniem 28 lutego 2011 r. (jak w treści harmonogramu rzeczowego wskazał Odwołujący), ww. zgłoszenie będzie niemożliwe.

W zakresie zarzutów dotyczących błędów w kosztorysach ofertowych Zamawiający stwierdził, że nieuprawnione jest wnioskowanie, że skoro w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia przyjęto ryczałtowy charakter wynagrodzenia, to rozbieżności kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozostają bez wpływu na ocenę zgodności oferty ze Specyfikacją. Ustawodawca nie rozróżnia, jak wskazał Zamawiający, w zakresie zgodności oferty ze Specyfikacją sytuacji, w której ustalono wynagrodzenie ryczałtowe od sytuacji, gdy wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, bądź mieszany. Zamawiający zaznaczył, że w toku postępowania podkreślał, że kosztorysy są ważne i stanowią treść oferty.

Zamawiający zwrócił również uwagę na fakt, że nie tylko w treści oferty, ale również udzielając wyjaśnień Odwołujący potwierdził fakt zaoferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia dokonany w Specyfikacji. Zamawiający wskazuje, że nie mógł poprawić w ofercie Odwołującego oczywistych omyłek rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustaw Pzp), jak również innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), gdyż stwierdzone wady w ofercie Odwołującego nie stanowiły omyłek, lecz celowe działanie. Nawet gdyby jednak Zamawiający uznał, że zarzuty Odwołującego są słuszne co do oceny kosztorysu w zakresie zawartych w nim ilości, oferta ta i tak podlegałaby odrzuceniu, z uwagi na zaoferowanie przez Odwołującego wykonania pali Wolfsholtza (kosztorys ofertowy w branży budowlanej, pozycja nr 51) zamiast wymaganych w dokumentacji projektowej oraz przedmiarach kolumn betonowych. Brak możliwości zmiany kolumn betonowych na pale Wolfsholtza potwierdził, jak wskazał Zamawiający, autor dokumentacji projektowej.

Zamawiający uznał, że prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie może być zatem w jego ocenie mowy o dokonaniu przez Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Stwierdził, że jego działań nie można uznać za przypadek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności nie można ich zakwalifikować do żadnego z czynów opisanych w art. 15 przywołanej wyżej ustawy. Wykonawca podnosząc zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji powinien precyzyjnie wskazywać czyny i przesłanki uznania ich za czyn nieuczciwej konkurencji oraz wykazać istniejący i normalny ciąg przyczynowo-skutkowy.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 19 listopada 2009 r. odwołanie podtrzymując zarzuty podniesione w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. - POL-AQUA S.A. Oddział Generalnego Wykonawstwa, VECTRA S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano -Remontowe Megaron Sp. z o.o.,
- dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego,
- równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili pismem z dnia 11 grudnia 2009 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. - POL-AQUA S.A. Oddział Generalnego Wykonawstwa, VECTRA S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe Megaron Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 32 777 354,81 PLN, co stanowi równowartość 8 454 090,64 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-1).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 9 wykonawców, dwóch z nich zostało wykluczonych z udziału w postępowaniu, odrzucono 4 oferty.

Ranking wszystkich złożonych ofert pod względem zaoferowanych cen kształtuje się następująco:

1. Allcon Budownictwo Sp. z o.o. S.K.A. – 19 764 564,93 PLN,
2. Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. – 19 839 359,61 PLN,
3. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. - POL-AQUA S.A. Oddział Generalnego Wykonawstwa, VECTRA S.A. i Przedsiębiorstwo Remontowo - Budowlane Megaron Sp. z o.o. – 19 989 446,66 PLN,
4. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. i MEGA S.A. – 21 465 147,36 PLN,
5. Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe i Rusztowaniowe BUDROS Sp. z o.o. – 21 733 331,41 PLN,
6. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. i Hydrobudowa S.A. – 21 801 443,77 PLN,
7. Budimex-Dromex S.A. – 21 904 489,61 PLN,
8. Hochtief Polska Sp. z o.o. – 21 911 223,56 PLN,
9. WARBUD S.A. – 22 670 691,37 PLN.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego do postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący, jako wykonawca, który zaoferował najniższą cenę za realizację zamówienia spośród wykonawców, którzy złożyli ważne oferty, posiada interes prawny w obronie złożonej oferty.

Izba na podstawie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stwierdziła, że jednym z obowiązkowych elementów oferty był wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy. Stawiając wymaganie złożenia tego dokumentu w pkt VI.1.5 Specyfikacji Zamawiający sprecyzował wymóg przez wyjaśnienie, że harmonogram ten powinien przedstawiać informacje o rodzajach planowanych robót do wykonania w poszczególnych miesiącach oraz o ich planowanej wartości w każdym miesiącu. Izba badając ofertę złożoną przez Odwołującego stwierdziła, że znajduje się w niej dokument zatytułowany „Wstępny harmonogram rzeczowo-finansowy” (strony 304 i 305 oferty), co przyznał również Zamawiający na rozprawie. Tym samym odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie braku takiego dokumentu było bezzasadne. Dla stwierdzenia obecności dokumentu nie ma znaczenia jego treść. Niewątpliwie, intencją wykonawcy było, aby dokument złożony na stronach 304 i 305 oferty został uznany za harmonogram rzeczowo – finansowy i wobec faktycznej jego obecności twierdzenie o jego braku nie znajduje uzasadnienia.

Jednocześnie analizując treść spornego dokumentu Izba uznała, że nie spełnia ona wymagań postawionych przez Zamawiającego. Harmonogram rzeczowo-finansowy opracowany przez Odwołującego przedstawia rodzaj prac planowanych do wykonania w poszczególnych miesiącach, jednak nie odzwierciedla drugiego wymogu tj. planowanej wartości prac w każdym miesiącu. Jak wyjaśnił Odwołujący, uwidocznił on w harmonogramie wartość robót, która będzie fakturowana w poszczególnych miesiącach, dotyczącą robót zrealizowanych w miesiącu poprzedzającym wykonanie płatności. Powyższe nie wypełnia postawionego przez Zamawiającego wymagania. Z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika jednoznacznie, że wolą Zamawiającego było, aby uzyskać wiedzę o wartości prac realizowanych w poszczególnych miesiącach. Bezzasadne jest przy tym, jak czyni to Odwołujący, poddawanie analizie celu harmonogramu, bowiem działania takie mogły by być podejmowane przy wątpliwościach co do treści wymagania. Jednak w przedmiotowym stanie faktycznym takich wątpliwości mieć nie można – mimo braku legalnej definicji harmonogramu wymaganie postawione przez Zamawiającego jest jasne. Argumentu nie może również stanowić fakt, że złożony harmonogram miał być wstępnym harmonogramem i będzie w przyszłości modyfikowany. Niewątpliwie treść harmonogramu będzie dostosowywana do sytuacji, jaka nastąpi na późniejszym etapie postępowania, jednak wykonawca zobowiązany był złożyć harmonogram odzwierciedlający stan na dzień składania ofert. Z kolei kwestionowanie zasadności postawionych przez Zamawiającego wymagań jest na obecnym etapie postępowania spóźnione.

Izba stwierdziła również, że nawet przyjmując kwoty wykazane na tronie 305 oferty jako odzwierciedlające wartość prac realizowanych w poszczególnych miesiącach nie sposób uznać wstępnego harmonogramu rzeczowo - finansowego za odpowiadający

wymaganiu Zamawiającego z uwagi na fakt, iż nie wykazano w nim wartości prac w miesiącach 2009 r., wskazano przy tym wartość prac w marcu 2011 r., co wykracza poza termin realizacji zadania.

Kolejnym powodem odrzucenia oferty Odwołującego było zaplanowanie realizacji zadania na marzec 2011 r., podczas gdy wymaganiem Zamawiającego było, aby zamówienie zostało zrealizowane do dnia 28 lutego 2011 r. Okres ten miał uwzględniać uzyskanie przez Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie budynku. Izba badając przedmiotowy zarzut dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego złożonym na rozprawie, który stwierdził, że wykres na stronie 304 oferty określa termin zakończenia prac przez użycie strzałki. Termin ten jest zgodny z wymaganiem Zamawiającego. Argumentu dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w tym zakresie nie może stanowić wymóg, aby realizacja prac umożliwiła Zamawiającemu uzyskanie pozwolenia na użytkowanie budynku, bowiem zgodnie z art. 59 ust. 3 ustawy Prawo budowlane pozwolenie na użytkowanie budynku może zostać wydane pomimo niewykonania części robót. Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z dyspozycją ww. przepisu prace niewykonane mogą mieć charakter nie tylko prac wykończeniowych, ale też innych robót budowlanych związanych z obiektem. Jednocześnie wskazać należy, że sam Zamawiający dopuszczał równoległe wykonywanie prac i ubieganie się o uzyskanie ww. pozwolenia określając jedną datę końcową dla obu ww. czynności. Wobec powyższego, odrzucenie oferty na podstawie przekroczenia terminu realizacji wskazanego przez Zamawiającego jest niezasadne.

W ocenie Izby, nie znajduje uzasadnienia zarzut dotyczący błędów w kosztorysie przygotowanym przez Odwołującego. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego w zakresie twierdzenia, że wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, co stanowi okoliczność bezsporną, bez znaczenia pozostaje treść oferty. Odwołujący w przygotowanych kosztorysach, w pozycjach wskazanych przez Zamawiającego złożył oświadczenie o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego, a następnie wolę wykonania zamówienia niezgodnie z treścią dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego jednoznacznie potwierdził w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2009 r. Wobec powyższego, mimo ryczałtowego charakteru ceny, brak jest podstaw do uznania oferty Odwołującego za zgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wobec treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego brak jest również podstaw do poprawienia treści kosztorysu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący zobowiązany na podstawie art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) do wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1

ustawy Pzp, które może zostać stwierdzone w przypadku nierównego traktowania przez zamawiającego wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji, czego Izba w przedmiotowym stanie faktycznym nie stwierdziła. Podobnie, Odwołujący nie udowodnił również zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 15 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez ograniczenie dostępu do rynku.

Uwzględnienie zarzutu dotyczącego braku harmonogramu oraz terminu realizacji przedmiotu zamówienia pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem zgodnie z ww. rozstrzygnięciem, zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886) Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na niezłożenie przez pełnomocnika stosownego rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....