

**WYROK**  
**z dnia 16 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący:       Anna Packo  
Protokolant:           Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Projekt – Bud Sp. z o.o. ul. Słomińskiego 19 lok. 518, 00-195 Warszawa oraz  
Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Maz.**

w postępowaniu prowadzonym przez

**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Projekt – Bud Sp. z o.o. ul. Słomińskiego 19 lok. 518, 00-195 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Maz. 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 Projekt – Bud Sp. z o.o. ul. Słomińskiego 19 lok. 518, 00-195 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Maz. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 dla Warszawy – Pragi w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Odbudowa i modernizacja linii kolejowej E-30 i C-30 odcinek Legnica – Wrocław – Opole – przebudowa stacji Czarnowąsy km 10,260 – 13,130 oraz szlaku Czarnowąsy – Borki Opolskie km 13,130 – 15,450 na linii kolejowej CE-30 Opole Proszowice – Wrocław Brochów wraz z robotami towarzyszącymi” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 20 kwietnia 2011 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

1 sierpnia 2011 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Projekt – Bud Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego bezpodstawne zastosowanie wyrażające się w bezpodstawnym odrzuceniu oferty i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę podając jako powód niewłaściwe wypełnienie załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) harmonogram rzeczowo – finansowy, gdyż wbrew wyjaśnieniom udzielonym przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 12 z 12 maja 2011 r. nie podał wartości robót w rozbiu na poszczególne miesiące realizacji inwestycji poprzestając na wskazaniu terminu realizacji dwóch etapów zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wypełnił on ww. załącznik w sposób zgodny z wymogiem opisanym w punkcie 13.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie był zobowiązany do uwzględnienia treści wyjaśnień, gdyż w wyjaśnieniach tych Zamawiający sformułował warunki odnośnie sposobu wypełnienia załącznika nr 2 nieprzewidziane w opisie zawartym w punkcie 13.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego nie mógł skutecznie uczynić bez dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozbieżność pomiędzy oczekiwanym przez Zamawiającego sposobem wypełnienia załącznika nr 2 oraz sposobem przyjętym przez Odwołującego można

uznać najwyżej za uchybienie o charakterze formalnym, które nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Zamawiający może dokonać stosownych modyfikacji w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jedynym postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszącym się do spornego harmonogramu jest punkt 13.4. specyfikacji, zgodnie z którym wykonawca musiał dostarczyć wypełniony załącznik nr 2 harmonogram rzeczowo – finansowy, a suma wartości poszczególnych pozycji powinna być umieszczona w polu „OGÓŁEM” i być zgodna z łączną wartością „Rozbicia ceny ofertowej”. Poza sporządzeniem wzoru tego załącznika Zamawiający nie sformułował innych warunków dotyczących stopnia szczegółowości i sposobu jego wypełnienia, zatem Odwołujący nie był zobowiązany do uszczegóławiania treści pozycji 2. poza zakres wskazany przez Zamawiającego we wzorze, jak również do wskazywania w rubrykach 5. i 6. (przeznaczonych do oznaczenia czasookresu realizacji poszczególnych części zamówienia) jakichkolwiek kwot, dla których przeznaczona jest wyłącznie rubryka 4. Wskazuje na to również treść § 2 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy, zgodnie z którym harmonogram rzeczowo – finansowy nie stanowi podstawy do rozliczeń za wykonane roboty, a jedynie określa orientacyjne terminy wykonania prac, stosownie do § 4 ust. 2 i 9 wzoru umowy, podstawą tych rozliczeń jest załącznik „Rozbicie ceny ofertowej”. Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy harmonogram rzeczowo – finansowy podlega modyfikacjom na etapie wykonywania umowy, przy czym zmiany dotyczyć mają wyłącznie terminów realizacji prac. Z tego względu oferta Odwołującego nie jest w powołanym zakresie niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W odpowiedzi na pytanie nr 12 Zamawiający wyjaśnił, iż w załączniku nr 2 należy podać wartość robót w rozbiu na poszczególne miesiące realizacji, zatem sformułował nowy wymóg dotyczący sposobu wypełnienia załącznika nieprzewidziany w opisie zawartym w punkcie 13.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dokonując następnie zmiany specyfikacji w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnienia treści specyfikacji stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w specyfikacji w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniami, natomiast nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści specyfikacji. Zatem Zamawiający nie mógł skutecznie nałożyć na wykonawcę dodatkowego wymogu w zakresie sposobu wypełnienia załącznika nr 2 bez dokonania zmiany punktu 13.4. specyfikacji. Zatem wyjaśnienie to nie doprowadziło do zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia i niezastosowanie się przez Odwołującego do treści odpowiedzi nie może zostać uznane za naruszenie specyfikacji.

Poza tym za niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być uznane prezentowanie treści w ofercie w sposób inny niż oczekiwany przez zamawiającego,

odmienną od żądanej kolejność informacji itp., gdyż są to wyłącznie różnice w formie oferty w stosunku do oczekiwań zamawiającego.

Zgodnie z orzecznictwem także postanowienia wstępnego harmonogramu rzeczowo – finansowego jako dokumentu pomocniczego, wstępnego, nie podlegającemu ocenie na etapie badania i oceny ofert nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. W niniejszym postępowaniu harmonogram ma charakter pomocniczy przy realizacji zadania, możliwość zmiany harmonogramu po zawarciu umowy oznacza, iż harmonogram ten nie stanowi w istocie treści oferty i nie może być podstawą do odrzucenia oferty. Poza tym poprawianie harmonogramu nie ingeruje w treść oferty, wobec czego jest dopuszczalne stosownie do postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami i wniósł o oddalenie odwołania argumentując, że Odwołujący nie wypełnił harmonogramu rzeczowo – finansowego w sposób przewidziany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uszczegółowiony w odpowiedzi na pytanie 12., podczas gdy wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są integralną częścią specyfikacji. Harmonogram jest istotny dla Zamawiającego, gdyż, ze względu na dofinansowanie z budżetu, rozlicza się on miesięcznie, zgodnie z wymogami Ministerstwa Infrastruktury i Ministerstwa Finansów. Harmonogram określa też tok postępowania w trakcie robót w przedziałach miesięcznych. Zgodnie z rozdziałem 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamówienie należy realizować zgodnie z harmonogramem. We wzorze umowy istotne są także inne postanowienia niż wskazane przez Odwołującego, np. § 2 ust. 6 zdanie 2, § 3 ust. 2 pkt 2, który mówi o uaktualnieniu harmonogramu ofertowego, a nie nowym harmonogramie. Gdyby w ramach poprawienia omyłki cenę rozbić na poszczególne miesiące po równo, jak proponuje Odwołujący, Zamawiający zmuszony byłby płacić za roboty niewykonane. Zamawiającemu nie jest obojętne, czy kwoty za wykonanie prac będą podzielone równo, czy zgodnie z zaawansowaniem prac.

Jego zdaniem błąd ma charakter merytoryczny i nie może być poprawiony zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż prowadziłoby to do zmiany oferty, jak wskazano np. w wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie sygn. akt V Ga 40/09.

Wielkość rubryk we wzorze harmonogramu nie ma znaczenia, wykonawca mógł je poszerzać w dowolny sposób.

W informacji o odrzuceniu oferty wskazał tylko brak rozbięcia kwot na poszczególne miesiące, a nie na brak rozbięcia wykonania dokumentacji i robót budowlanych na podpunkty, gdyż komisja skupiła się na rozbięciu cenowym, natomiast jeśli w specyfikacji wskazano, że harmonogram ma być wypełniony, należy go wypełnić i nawet jeśli w informacji o odrzuceniu oferty nie zostało to wskazane, wyraźnie dotyczy to całości niewypełnienia harmonogramu.

Harmonogram określa technologię i zasady prowadzenia prac – fazowania robót. Wymogiem Zamawiającego było, aby wszelkie prace były tak zorganizowane, by zapewnić ciągłość ruchu pociągów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Skanska S.A. i Skanska a.s. stwierdzając, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia w punkcie 13.4. wyraźnie stanowi o obowiązku dostarczenia przez wykonawcę wypełnionego załącznika nr 2 do IDW, czyli harmonogramu rzeczowo – finansowego. Zgodnie z punktem 15.1. lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia kompletna oferta musiała zawierać m.in. ten załącznik, wypełniony. Załącznik ten jest jasny i czytelny, a wymogi specyfikacji jednoznaczne. Ponieważ brak było innych wskazań dotyczących sposobu wypełnienia harmonogramu, należało uzupełnić wszystkie jego rubryki.

Odpowiedź na pytanie 12., wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie miała charakteru zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a była jedynie wyjaśnieniem, czy potwierdzeniem konieczności wypełnienia poszczególnych rubryk w załączonym wzorze harmonogramu. Wyjaśnienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert. Zgodnie z argumentacją Odwołującego należałoby przyjąć, że brak szczegółowej instrukcji dotyczącej sposobu wypełniania wzoru harmonogramu zwalnia wykonawcę z obowiązku wypełniania czegokolwiek.

W punkcie 15.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidział, iż harmonogram rzeczowo – finansowy jest dokumentem stanowiącym ofertę. Z postanowień punktu 15.1. i 13.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że harmonogram ten ma być wypełniony, brak przesłanek, by twierdzić, że ten wymóg będzie spełniony poprzez uzupełnienie tylko niektórych rubryk harmonogramu. Potwierdził to Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 12 wskazując, że w harmonogramie wykonawca ma podać wartość robót w rozbiciu na poszczególne miesiące realizacji. Zatem treść oferty Odwołującego w zakresie harmonogramu nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co musiało skutkować jej odrzuceniem. Zgodnie z zasadami zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, treść każdej oferty musi odzwierciedlać treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a wykonawcy nie są uprawnieni do samodzielnego pomijania w treści swych ofert okoliczności wymaganych przez Zamawiającego. Przy tym przedmiotowy harmonogram nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że dokument ten nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 25 ust. 1 i stanowi treść oferty. Z kolei charakter uchybienia nie pozwala Zamawiającemu

dokonać poprawy tego dokumentu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera on omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją powodujące istotne zmiany w treści oferty, gdyż dane zawarte w treści dokumentów składających się na ofertę Odwołującego oraz wynikające ze specyfikacji nie pozwalają Zamawiającemu na poprawienie omyłki bez uprzedniego uzyskania od oferenta dodatkowego oświadczenia woli odnośnie treści jego oferty, zmieniającego jej pierwotne brzmienie.

Konwalidowanie oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykraczałoby poza ramy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert i skutkowało zmianą jej pierwotnej treści.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych w pismach i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dokumentów) nie jest sporny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdziale 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) „Okres realizacji zamówienia” Zamawiający zawarł zastrzeżenie, że zamówienie należy realizować zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym opracowania prac projektowych i wykonania robót budowlanych zawierającym zakres prac i robót wraz z terminami ich wykonania, kosztami poszczególnych prac objętych przedmiotem zamówienia, będącym załącznikiem do formularza oferty i wzoru umowy.

W rozdziale 15. „Zawartość oferty”, pkt 15.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że kompletna oferta musi zawierać następujące dokumenty: a) formularz ofertowy – wypełniony załącznik nr 1 do IDW wraz z załącznikiem nr 2 do IDW – wypełnionym harmonogramem rzeczowo – finansowym i z załącznikami A i B oraz wypełnione „Rozbicie ceny ofertowej” – według tomu 3. IDW, b) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, itd.

Do harmonogramu rzeczowo – finansowego Zamawiający odniósł się również w rozdziale 13. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) „Opis sposobu obliczania ceny”, w którym w punkcie 13.2. wskazał, że wykonawca musi dostarczyć wypełnione „Rozbicie ceny ofertowej”, natomiast w punkcie 13.4., że wykonawca musi dostarczyć wypełniony załącznik nr 2 do IDW – harmonogram rzeczowo – finansowy; suma wartości netto poszczególnych pozycji powinna być umieszczona w polu „OGÓŁEM” i zgodna z łączną wartością netto „Rozbicia ceny ofertowej”. Do obu tych dokumentów Zamawiający przygotował wzory.

We wzorze harmonogramu Zamawiający wypełnił pozycje kolumny 1. „Numer pozycji” kolejno numerami 1., 1.1, 1..., 2., 2.1, 2.2, 2...; kolumny 2. „Opis pozycji”: w poz. nr 1.: „Dokumentacja projektowa wraz z uzyskaniem wymaganych uzgodnień i pozwoleń” (pozostałe wersy odpowiadające numerom pozycji 1.1., 1... pozostawił puste) oraz podsumowanie „OGÓŁEM”, a w poz. nr 2: „Roboty budowlane” (pozostałe wersy odpowiadające numerom 2.1, 2.2, 2... pozostawił puste) i podsumowanie „OGÓŁEM” oraz „OGÓŁEM 1+2”. Kolejne kolumny noszą nazwy: kolumna 3. „Termin realizacji w tygodniach”, kolumna 4. „Wartość pozycji netto w PLN (należy wypełnić wszystkie pola)”, kolumna 5. „Rozpoczęcie 2011 rok” oraz podział na podkolumny (oznaczające miesiące): IX, X, XI, XII, kolumna 6. zakończenie 2012 rok oraz podział na podkolumny: I, II, ..., XI, kolumna 7. „Uwagi”.

W odpowiedzi nr 12 z 12 maja 2011 r. na pytanie: „Dotyczy Załącznika nr 2 do IDW Harmonogram Rzeczowo – Finansowy. Czy w kolumnach nr 5 i 6 Wykonawca ma wpisać jedynie miesiąc rozpoczęcia i zakończenia danych robót (jak to sugerują nazwy kolumn), czy też ma rozbić cenę za daną robotę na każdy miesiąc, w którym przewiduje jej fakturowanie?” Zamawiający wskazał: „Wykonawca w Załączniku nr 2 do IDW Harmonogram Rzeczowo – Finansowy podaje wartość robót w rozbiću na poszczególne miesiące realizacji.”

W załączonym do oferty harmonogramie rzeczowo – finansowym Odwołujący nie wypełnił pozycji oznaczonych przez Zamawiającego jako 1.1., 2.1 itd., jedynie przy poz. 1. „Dokumentacja projektowa wraz z uzyskaniem wymaganych uzgodnień i pozwoleń” i poz. nr 2 „Roboty budowlane” podał w kolumnie 3. liczbę tygodni, a w kolumnach 5. i 6. zaznaczył linią wykonanie prac oraz wpisał kwoty w pozycjach „OGÓŁEM” i „OGÓŁEM 1 + 2”, nie podał jednocześnie wartości robót w rozbiću na poszczególne miesiące realizacji w żadnej z pozycji.

W odniesieniu do powyższego stanu faktycznego oraz argumentacji Stron Izba stwierdziła.:  
W kwestii dotyczącej związania Odwołującego odpowiedzią nr 12 z 12 maja 2011 r., Izba uznała, iż nie ma wątpliwości, że wszystkie odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezwzględnie



wiążące dla wykonawców. Odpowiedzi te ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację. Art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na uprawnienie zmiany przez zamawiającego treści specyfikacji po jej publicznym ogłoszeniu, a to, czy zmiana taka została dokonana, ocenia się nie poprzez oficjalne powołanie się na ten przepis, lecz ocenę faktyczną oświadczeń złożonych przez zamawiającego. Zatem możliwe jest, aby zamawiający dokonał zmiany specyfikacji, o której mowa w art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odpowiadając na pytania wykonawców – nie są to instytucje rozłączne i wyłączające się nawzajem.

W niniejszym postępowaniu niektóre odpowiedzi – jeśli zmieniały istniejące postanowienia specyfikacji na inne, Zamawiający wskazywał *expressis verbis* jako zmiany specyfikacji, innych nie, lecz nie zmienia to faktu, że wykonawca nie może tych odpowiedzi uznawać za niewiążące go.

Tym samym bezsporne jest, że Odwołujący powinien był wypełnić formularz harmonogramu rzeczowo – finansowego stosując się do wyraźnego w tym zakresie polecenia Zamawiającego wskazania wartości robót w rozbiciu na poszczególne miesiące realizacji, czego nie zrobił. Nie jest to zatem, jak wskazał Odwołujący, prezentowanie treści w ofercie w sposób inny niż oczekiwany przez zamawiającego, lecz brak tych informacji (w załączniku „Rozbicie ceny ofertowej” wskazano ceny za poszczególne elementy, bez odniesienia się do płatności w czasie).

Odwołujący nie dokonał też rozbicia dwóch głównych faz zamówienia – prac projektowych oraz robót budowlanych na poszczególne etapy lub działania, która to konieczność, zdaniem Izby, wynika jednoznacznie z wzoru formularza (wskazanie podziału na podpunkty 1.1. itd.), chociaż bez wskazań co do szczegółowości tego rozbicia. Jednak, jako że Zamawiający nie wskazał tej okoliczności w informacji o odrzuceniu oferty jako podstawy odrzucenia, zostaje ona przez Izbę pominięta.

Oceniając natomiast sporządzony przez Odwołującego dokument Izba stwierdza, że jest on kompletnie nieprzydatny z punktu widzenia celu, dla którego sporządza się harmonogram rzeczowo – finansowy, czyli jako opis kolejności i czasu trwania kolejnych etapów jakiegoś przedsięwzięcia wraz z ich kosztem.

Ze swojej istoty harmonogram jako pewna prognoza działań, zwłaszcza sporządzany na etapie składania ofert, może wymagać korekty i dostosowania do zmieniających się okoliczności faktycznych, zwłaszcza w odniesieniu do wskazanych w nim terminów realizacji. Jednak nie oznacza to, że harmonogram składany na tym etapie nie ma dla stron przyszłej umowy żadnego znaczenia – ma on służyć głównie określeniu i kontroli kolejności i terminowości wykonania oraz sprawności przebiegu prac w trakcie realizacji umowy, na co

wskazuje już rozdział 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też § 2 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 wzoru umowy. Natomiast w części finansowej – ze strony zamawiającego – odnosi się do planowania wydatkowania środków finansowych i ewentualnego zabezpieczenia terminowych płatności, jako że głównym świadczeniem Zamawiającego w ramach zawartej umowy będzie przecież zapłata wykonawcy wynagrodzenia za wykonane roboty i nie zmienia tego postanowienie, że płatności będą wykonywane nie w kwotach nominalnie wskazanych w harmonogramie, lecz jedynie za realnie wykonane prace. Niezrealizowanie robót zgodnie z umową, a więc i przyjętym harmonogramem, może być również podstawą do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, którą to okoliczność przewidział on w § 11 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy.

Argumentacja Odwołującego dotycząca braku znaczenia dla realizacji umowy harmonogramu załączonego do oferty nie znajduje również potwierdzenia w postanowieniach przyszłej umowy. Rzeczywiście, w § 2 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wskazał, że wykonawca ma opracować (po zawarciu umowy) harmonogram, jednak z treści umowy wynika, że jest to harmonogram odmienny od załączonego do oferty – jest on nazwany harmonogramem robót lub harmonogramem realizacji robót, dotyczy jedynie wykonania robót budowlanych (bez etapu projektowania) i jego celem jest ustalenie zamknięć torowych, dlatego ma on zawierać inne informacje niż zawarte w harmonogramie rzeczowo – finansowym – oprócz braku konieczności odniesienia do kwestii finansowych, ma wskazywać lokalizacje i dokładne miejsca prowadzonych prac (podstawa nasypu, międzytorze itd.).

Natomiast, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, złożony na etapie oferty harmonogram rzeczowo – finansowy ma być również załącznikiem do umowy i, jak wskazano w § 3 ust. 2 pkt 1, będzie jedynie zaktualizowany w ciągu 7 dni od zawarcia umowy – w domniemaniu – w razie wystąpienia takiej potrzeby. Zgodnie z § 9 ust. 2 wzoru umowy, będzie on także podstawą rozliczenia, w tym częściowego, a z § 6 ust. 2 prawdopodobnie wynika też, że realizacja prac niezgodnie z harmonogramem będzie podstawą naliczania kar umownych.

Aby przedmiotowy harmonogram spełniał wskazane powyżej cele, Odwołujący *de facto* musiałby sporządzić nowy dokument.

Izba podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko, na które powołał się Odwołujący, iż co do zasady nie ma przeszkód, by harmonogram uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – jeśli zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określi go jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli dokument potwierdzający spełnianie przez zamawiane usługi i roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – co się zdarza w

niektórych postępowaniach. W takim przypadku zmiana statusu tego dokumentu po złożeniu ofert, zdaniem izby, byłaby sprzeczna z zasadą przejrzystości postępowania.

Jednak w niniejszym postępowaniu nie miało to miejsca, a Zamawiający, w sposób dość niekonwencjonalny, usytuował ten dokument w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących sposobu obliczenia ceny – czy też w tym wypadku należałoby raczej stwierdzić, że – sposobu wskazania pewnych elementów ceny, czy też płatności. Taka kwalifikacja tego dokumentu była też prawdopodobnie przyczyną zadania pytania nr 12.

Tym samym nie wystąpiła tu przesłanka uzupełnienia dokumentu na powyższej podstawie.

Należy też zwrócić uwagę, że, skoro podstawą odrzucenia oferty jest jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kluczowe znaczenie ma treść tej specyfikacji i w różnych postępowaniach, w zależności od postanowień tych specyfikacji, czasem wręcz od niewielkich niuansów w sformułowaniu wymagań, oferty mogą być odrzucane lub nie.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wyłącza również możliwości poprawienia w harmonogramie omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (czy też jej wyjaśnieniami), a ze względu na to, że Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w ustaleniu terminów wykonania danych części prac i kwot za poszczególne miesiące, można uznać, że nie jest to z jego punktu widzenia istotne, zatem zmiana ta również nie byłaby istotną zmianą treści oferty.

Ponieważ, zdaniem Izby, wynikała niezgodność była raczej skutkiem przeoczenia przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie 12. niż celowego działania (zresztą powyższa okoliczność skutkowałą odrzuceniem nie tylko oferty Odwołującego), w tym zakresie można by uznać ten brak za omyłkę.

Jednak w tym wypadku Zamawiający nie mógłby zastosować prostego poprawienia zaistniałej „omyłki”, np. jak wskazywał Odwołujący, po równo pomiędzy miesiące, gdyż kwoty przypisane do poszczególnych miesięcy nie mogły być dowolne, lecz miały wynikać z przewidzianych w tym okresie prac i płatności („fakturowania”). Zatem zasadniczo Zamawiający musiałby opracować w tym zakresie harmonogram, co wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – i do czego zresztą nie ma wystarczających informacji.

Tym samym Izba uznała, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie jest niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

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 i § 3 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:** .....