

Sygn. akt: KIO 554/13

WYROK

z dnia 26 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2013 r. przez wykonawcę **Sanito sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Mińsk Mazowiecki w Mińsku Mazowieckim**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez skorygowanie w harmonogramie rzeczowo-finansowym dotyczących obiektu w miejscowości Zamienie omyłkowo wskazanego terminu wykonania instalacji elektrycznej oraz rozruchu i uruchomienia „lipiec 2013 r.” poprzez termin „czerwiec 2013 r.”, a także niezwłoczne zawiadomienie o poprawce odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Mińsk Mazowiecki** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sanito sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Mińsk Mazowiecki** na rzecz wykonawcy **Sanito sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Mińsk Mazowiecki prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa układów grzewczych opartych na pompach ciepła dla obiektów użyteczności publicznej w gminie Mińsk Mazowiecki wraz z odwodnieniem w miejscowości Zamienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 stycznia 2013 r., poz. 16572.

W dniu 5 marca 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy Sanito sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oferty.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty odwołujący wniósł w dniu 11 marca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomy brak w ofercie harmonogramu rzeczowo-finansowego uwzględniającego zapisy umowy, co oznacza w konsekwencji bezzasadność/bezprawność uznania zamawiającego, które zostało oparte wyłącznie na oświadczeniu zawartym w harmonogramie, z pominięciem obowiązujących reguł wykładni, w tym z pominięciem pozostałych zapisów oferty odwołującego oraz na skutek zaniechania zastosowania przepisów ustawy Pzp wskazanych w punktach poniżej,
- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) lub 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego, w tym zaniechanie poprawienia w ofercie oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (naruszenie alternatywne - w zależności od ostatecznych ustaleń i rozstrzygnięcia KIO),
- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów zawierających błędy lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (naruszenie alternatywne - w zależności od ostatecznych ustaleń i rozstrzygnięcia KIO);
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniami wskazanymi w powyższych punktach poprzez uznanie, że harmonogram rzeczowo-finansowy nie

uwzględnia zapisów umowy i tym samym, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;

- 5) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zarzucanych w niniejszym odwołaniu przepisów obowiązującego prawa;
- 6) oraz innych wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” sp. z o.o. w Olsztynie,
- 2) powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym wykonanie czynności określonych w art. 87 ust. 2 pkt 1) lub 3) ustawy Pzp lub wynikających z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie wyłącznie na oświadczeniu odwołującego zawartym w harmonogramie, z pominięciem obowiązujących reguł wykładni, w tym z pominięciem pozostałych zapisów oferty odwołującego. Wywodził, że złożył wraz z ofertą oświadczenie, iż akceptuje istotne postanowienia umowy oraz termin realizacji przedmiotu zamówienia podany przez zamawiającego (pkt 1 ppkt 6 formularza oferty). Ponadto zaakceptował i załączył do oferty projekt umowy przedstawiony przez zamawiającego, czym potwierdził, że akceptuje szczegółowe warunki realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym m.in. postanowienia dotyczące zakończenia robót w miejscowości Zamienie i osiągnięcie minimum 50% wykonania wartości całej umowy - do 30 czerwca 2013 r.

W tej sytuacji omyłkę w harmonogramie rzeczowo-finansowym zamawiający powinien zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), względnie jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Podnosił, że w świetle innych (poza zawartym w harmonogramie rzeczowo-finansowym) oświadczeń zawartych w treści oferty odwołującego zaistnienie omyłki pisarskiej jest oczywiste - jest to omyłka widoczna, tym niemniej nieistotna i niezamierzona (niedokładność), w oczywisty sposób wynikająca z porównania treści pozostałych dokumentów zawartych w ofercie. Nawet gdyby uznać, że oczywista omyłka pisarska nie wystąpiła to z pewnością zaistniały błąd nie dotyczy

elementów istotnych oferty i może być poprawiony na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wywodził, że całokształt okoliczności faktycznych wskazuje, że zaistniała omyłka nie była przez wykonawcę zamierzona.

Niezależnie od powyższego odwołujący zwracał uwagę, że harmonogram rzeczowo-finansowy został określony przez zamawiającego w SIWZ jako dokument wymieniony w Rozdziale 5 SIWZ składany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagań od wykonawców, tym samym jest dokumentem, do którego stosuje się również art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał.

W konsekwencji odwołujący wywiódł, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co w dalszej kolejności doprowadziło do dokonania wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, w dniu 11 stycznia 2013 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „Przem-Gri” sp. z o.o. w Olsztynie było nieskuteczne. Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem

elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. W ocenie Izby nie został zachowany termin do zgłoszenia przystąpienia. Jak wskazał sam zgłaszający przystąpienie, kopię odwołania otrzymał w dniu 13 marca 2013 r. Zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 16 marca 2013 r., tymczasem zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby dopiero 19 marca 2013 r. Zgłaszający przystąpienie nadał wprawdzie zgłoszenie przystąpienia w dniu 15 marca 2013 r. faksem oraz w placówce pocztowej operatora wyznaczonego. Podkreślenia wymaga jednak, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia koniecznym jest faktyczne doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych brak bowiem domniemania, że złożenie zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Termin na zgłoszenie przystąpienia ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest zgłoszenie przystąpienia. Podkreślić również należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie wiąże żadnych skutków prawnych z wniesieniem zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Zgodnie bowiem z art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Bezskuteczność wnoszenia zgłoszenia przystąpienia do Prezesa KIO w formie faksu wynika również z treści §7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), zgodnie z którym korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony do Izby może być przesyłana faksem, jednakże nie dotyczy to zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynierjno-Budowlane „Przem-Gri” sp. z o.o. w Olsztynie do analizowanego postępowania odwoławczego.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego była tańszą od oferty wybranej. Zarzucał on

zamawiającemu niezasadne odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa wewnętrznych instalacji grzewczych obiektów położonych w miejscowościach gminy Mińsk Mazowiecki: Janów, Brzoże, Marianka, Huta Mińska, Nowe Osiny, Stara Niedziałka oraz Zamienie (rozdział 2, pkt 2 SIWZ).

W rozdziale 5 SIWZ, zatytułowanym „wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w niniejszym postępowaniu wymaganych od Wykonawców”, w pkt 11 lit. d „inne dokumenty”, zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą *harmonogramu rzeczowo-finansowego wykonania zamówienia z podziałem na miesiące (uwzględniającego zapisy ze wzoru umowy)*.

Z kolei w załączniku nr 6 do SIWZ (wzór umowy), w §2, zamawiający określił następujące terminy realizacji zamówienia:

- 1) termin przekazania terenu budowy - nie później niż na 14 dni od dnia zawarcia umowy,
- 2) termin zakończenia robót w miejscowości Zamienie i osiągnięcie minimum 50 % wykonania wartości całej umowy - do 30 czerwca 2013 r.,
- 3) termin zakończenia przedmiotu umowy - do 30 września 2013 roku.

Zgodnie ze SIWZ harmonogram rzeczowo-finansowy przygotowywany przez wykonawców nie miał charakteru ostatecznego. Dopiero bowiem po jego zatwierdzeniu przez zamawiającego stanowić będzie załącznik do umowy o realizację zamówienia. (§ 6 pkt 8 wzoru umowy – *Harmonogram rzeczowo-finansowy stanowić będzie po zatwierdzeniu przez Zamawiającego załącznik o niniejszej umowy.*)

Odwołujący złożył wraz z ofertą harmonogram rzeczowo-finansowy. W harmonogramie tym, w przypadku obiektu w miejscowości Zamienie, wyszczególniono co następuje:

- a) wykonanie kolektora poziomego – 212.881,40 zł (maj 2013 r.),
- b) wykonanie odwodnienia – 54.809,86 zł (maj 2013 r.),
- c) wykonanie prac instalacyjnych w kotłowni wraz z dostawą i montażem pompy ciepła – 99.465,43 zł (czerwiec 2013 r.),
- d) wykonanie instalacji elektrycznej – 30.177,64 zł (lipiec 2013 r.),
- e) rozruch, uruchomienie – 2.000,00 zł (lipiec 2013 r.).

Ponadto odwołujący złożył oświadczenie, iż akceptuje istotne postanowienia umowy oraz termin realizacji przedmiotu zamówienia podany przez zamawiającego (pkt 1.6 formularza ofertowego). Dodatkowo zaparafował i złożył wraz z ofertą przygotowany przez zamawiającego wzór umowy.

Zamawiający w dniu 5 marca 2013 r. odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego. Wywiódł, że odwołujący nie uwzględnił w harmonogramie, iż zakończenie robót w miejscowości Zamienie powinno nastąpić do dnia 30 czerwca 2013 r., gdyż z harmonogramu złożonego przez odwołującego wynika, że prace te będą realizowane w okresie maj – lipiec 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając tak ustalony stan faktyczny stwierdziła, że nie było sporne pomiędzy stronami, iż złożony przez odwołującego harmonogram rzeczowo-finansowy nie uwzględniał częściowo postanowień wzoru umowy. Z §2 wzoru umowy wynikało bowiem jednoznacznie, że termin zakończenia robót w miejscowości Zamienie to 30 czerwca 2013 r. Tymczasem z przygotowanego przez odwołującego harmonogramu wynikało, że na miesiąc lipiec zaplanowano realizację w miejscowości Zamienie robót polegających na „wykonaniu instalacji elektrycznej” o wartości 30.177,64 zł, jak również zaplanowano „rozruch i uruchomienie” o wartości 2.000 zł.

Jednakże w ocenie Izby niezgodność ta nie skutkowałą koniecznością odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Norma prawna wynikająca z przywołanego przepisu jest jednoznaczna. Wynika z niej, że każdorazowo przed podjęciem decyzji co do odrzucenia oferty w ww. trybie zamawiający jest zobowiązany przeanalizować możliwość poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp. Stosownie zaś do tego ostatniego przepisu „zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Oceniając w aspekcie faktycznym i prawnym skutek poprawki Izba nie dopatrzyła się istotności zmiany w treści oferty wykonawcy. Izba oceniła zakres zmiany w stosunku do całości oferty, całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy, a także jej wpływ w ujęciu rzeczowo - finansowym na treść oferty.

Izba wzięła pod uwagę, że omyłka dotyczyła jednego z siedmiu obiektów. W przypadku pozostałych 6 obiektów termin wykonania i zakończenia robót nie był przez zamawiającego kwestionowany. Po drugie, w przypadku obiektu w miejscowości Zamienie, odwołujący prawidłowo zaplanował wykonanie znaczącej części robót. Do końca czerwca 2013 r. odwołujący zamierzał wykonać kolektor poziomy o wartości 212.881,4 zł (maj 2013 r.), odwodnienie – 54.809,86 zł (maj 2013 r.), prace instalacyjne w kotłowni wraz z dostawą i montażem pompy ciepła – 99.465,43 (czerwiec 2013 r.). Zatem do końca 2013 r. zaplanowano roboty budowlane w miejscowości Zamienie o ogólnej wartości ok. 367.156,00 zł. Omyłkowo przewidziano do wykonania w lipcu roboty budowlane o wartości 32.177,64 zł. Stanowi to jedynie 8,76 % wartości całości robót w miejscowości Zamienie i zarazem niewiele ponad 1,2% wartości wszystkich robót w siedmiu obiektach zamawiającego (32.177,64 zł wobec 2.072.804,16 zł). W ocenie Izby poprawienie w harmonogramie robót terminu wykonania niektórych robót o wartości zaledwie ok. 1,2 % wartości całej oferty nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia treści tej oferty.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że co najmniej niejednoznaczne jest znaczenie, jakie zamawiający nadał w SIWZ harmonogramowi rzeczowo – finansowemu. Jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący, w świetle § 6 pkt 8 wzoru umowy, harmonogram rzeczowo – finansowy nie miał charakteru ostatecznego. Z przywoływanego postanowienia SIWZ wynika bowiem, że będzie on dopiero „zatwierdzany przez zamawiającego”. Dopiero ustalony w wyniku zatwierdzenia ostateczny dokument ma stać się załącznikiem do umowy, którego nieprzestrzeganie będzie podstawą nakładania kar umownych, czy też rozliczania płatności przejściowych. Według Izby poprawienie dokumentu, który – jak wynika z założeń zamawiającego - ma charakter wstępny i nieostateczny, z pewnością nie może być uznane za istotną zmianę oferty.

Poza tym, co istotne, odwołujący złożył parafowany przez siebie wzór umowy, w którym zaakceptował m.in. wymagany przez zamawiającego termin wykonania robót w miejscowości Zamienie do końca czerwca 2013 r., co dodatkowo wskazywało na jego zamiar wykonania robót w terminie określonym w SIWZ.

Nie można podzielić stanowiska zamawiającego, który stwierdził w trakcie rozprawy, iż nie wiedziałby w jaki sposób poprawić ofertę odwołującego. W ocenie Izby podlega ona poprawieniu w taki sposób, aby była zgodna z SIWZ. W niniejszej sprawie omyłka polegała na wskazaniu w harmonogramie dotyczącym obiektu w miejscowości Zamienie wykonania instalacji elektrycznej – 30.177,64 zł oraz rozruchu i uruchomienie – 2.000,00 zł w lipcu 2013 r., podczas gdy roboty miały zakończyć się 30 czerwca 2013 r. Zatem oczywistym jest, że poprawa harmonogramu musi polegać na przywróceniu jego zgodności z SIWZ w ten sposób, że roboty te zostaną przeznaczone do wykonania najpóźniej w miesiącu czerwcu 2013 r.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mogą podlegać elementy oferty, które stanowią essentialia negotii przyszłej umowy. Z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wynika zakaz poprawiania tych elementów oferty, które mają taki charakter. Wręcz przeciwnie, jak wynika z praktyki i orzecznictwa Izby, najczęściej poprawianym elementem oferty w tym trybie jest cena oferty, którą z pewnością można zaliczyć do essentialia negotii umowy o roboty budowlane. W ocenie Izby dla zaistnienia przesłanki nieistotności w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp koniecznym jest tylko, aby poprawa omyłki nie zniekształcała oświadczenia woli wykonawcy w sposób istotny, co we wskazanych wyżej powodach z pewnością nie będzie miało miejsca. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dotyczących harmonogramu rzeczowo-finansowego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołane przez odwołującego przepisy dotyczą wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Harmonogram rzeczowo-finansowy nie należy zaś do tej kategorii dokumentów, gdyż nie jest ani dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), ani dokumentem potwierdzającym, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). W ocenie Izby jest to dokument odnoszący się do treści oferty, zaś jego niezgodności z SIWZ mogą być usuwane jedynie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a nie z wykorzystaniem instytucji z art. 26 ust. 3 czy ust. 4 ustawy Pzp. Stanowisko takie wyraził m.in. Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt V GA 40/09 (dostępny na stronie internetowej www.uzp.gov.pl). *Harmonogram rzeczowo-finansowy nie jest dokumentem, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako*

dokument przedmiotowy. Na przeszkodzie takiemu uznaniu stoi bowiem treść art. 25 ust. 1 p.z.p. oraz przepisy rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Harmonogram rzeczowo-finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy mają być rozliczane sukcesywnie, zaś zamawiający ma właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący: