

Sygn. akt: KIO/UZP 1326/09

WYROK

z dnia 29 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Barbara Bettman
Członkowie:	Dagmara Gałczewska-Romek Magdalena Grabarczyk
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ryszarda Drabika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik, 64-920 Piła, ul. Kossaka 123** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Zbąszynek, 66-210 Zbąszynek, ul. Rynek 1** protestu z dnia 24 sierpnia 2009 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty HYDRO – FRYZ Z. Friedrich, nakazuje przeprowadzenie ponownej oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzonej wezwaniem odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących harmonogramu rzeczowo - finansowego załączonego do oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zbąszynek, 66-210 Zbąszynek, ul. Rynek 1 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 **Ryszarda Drabika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik, 64-920 Piła, ul. Kossaka 123,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: **osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy**) przez **Gminę Zbąszynek, 66-210 Zbąszynek, ul. Rynek 1** na rzecz **Ryszarda Drabika, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik, 64-920 Piła, ul. Kossaka 123,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przez pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: **pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ryszarda Drabika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik, 64-920 Piła, ul. Kossaka 123.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uporządkowanie gospodarki wodno - ściekowej na terenie gminy Zbąszynek - projekt wsparcia, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP Nr 1 poz. 117236 z 7.07.2009 r.), w dniu 24 sierpnia 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez wykonawcę Ryszarda Drabika, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno – Budowlanych „HYDRAD” inż. Ryszard Drabik z siedzibą w Pile.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 19 sierpnia 2009 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i wybraniu do realizacji zamówienia oferty wykonawcy „HYDRO-FRIZ” Z. Friedrich z Nowego Tomysła.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Zbąszynek naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655, Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742), dalej zwaną ustawą Pzp, to jest:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu bez dokonania oceny według kryterium;
2. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryterium ceny;
3. art. 7, przez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji;
4. art. 26 ust. 3-4 ustawy, przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oferty;
5. art. 87 ustawy, przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz zaniechanie dokonania poprawek w harmonogramie robót;
6. art. 92 ustawy, przez nie poddanie oferty odwołującego ocenie w ustalonym kryterium;
7. odwołujący zarzucił także naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) oraz przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.), w zakresie art. 35 ust. 3 pkt. 1 tej ustawy.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że harmonogram wykonania zadania przedstawiony w ofercie, świadczy o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i stanowi to uzasadnioną przyczynę dla podjętej czynności odrzucenia oferty z powołaniem się na postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący stwierdził, iż spełnia całkowicie warunki danego postępowania, oferta jest ważna, gdyż zawiera wszystkie załączniki wskazane w ogłoszeniu, zwłaszcza w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zarzuty zamawiającego dotyczące nieodpowiedniości treści oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a szczególności w zakresie zmiany opisu harmonogramu robót, odwołujący uznał za pozbawione usprawiedliwionych podstaw.

Przyznał, że popełnił nieistotną omyłkę w treści harmonogramu przy pozyskaniu specyfikacji na przetarg ze strony internetowej zamawiającego. Wyjaśnił, iż „ściągnął” SIWZ do przetargu, który tydzień później został odwołany i dzień później na nowo ogłoszony na przedmiotowe zadanie. Odwołujący tłumaczył, iż nie zauważył wprowadzonych zmian wzoru harmonogramu robót. Stąd wkradły się drobne rozbieżności pomiędzy wzorem załączonym do SIWZ, a harmonogramem złożonym przez odwołującego. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z ustawą Pzp, harmonogram mieści się w kategorii dokumentów określonych w art.

25 ust.1 pkt. 2 Pzp i podlega uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 tej ustawy. Zamawiający nie umożliwił odwołującemu skorygowania przedstawionego harmonogramu. Zdaniem odwołującego, zaoferowany został cały zakres wymaganych robót oraz poprawnie wyceniony, zgodnie z wymogami SIWZ. Odwołujący powołał się na swoje oświadczenie w formularzu ofertowym, iż wykona kompleksowo całe zadanie zgodnie z dokumentacją projektową, STWiOR, prawem budowlanym i sztuką budowlaną w wymaganych terminach. Przytoczone okoliczności świadczą o braku podstaw faktycznych do odrzucenia oferty. W przekonaniu odwołującego, jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 Pzp, zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia i skorygować oczywiste omyłki pisarskie, zamiast odrzucać rzeczoną ofertę. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją T. Czajkowskiego z 2006 r., które stwierdza iż "treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Nie pozostaje w takiej niezgodności oferta wariantowa w zakresie, w jakim przedstawia odpowiadający istocie tej oferty, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia (patrz komentarz do art. 82). Zważywszy, że rozważany przepis dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a *contrario* należy przyjąć, że nie może on stanowić podstawy odrzucenia oferty w razie niezgodności formy oferty z postanowieniami specyfikacji." Zdaniem odwołującego, ustawodawca, dopuszcza alternatywną formę opisu treści oferty. Odwołujący uznał za znaczący fakt wprowadzenia nowego brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 Pzp, stanowiącego - zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, która to regulacja powinna znaleźć zastosowanie w zaistniałej sytuacji. Zarzucił, iż zamawiający zaniechał czynności stosownych do dyspozycji wymienionej normy. Dalej, odwołujący na poparcie swojej argumentacji, przytoczył tezy z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 265/08; wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 246/09; wyrok KIO z 16 listopada 2008 r., sygn. akt. KIO 1326/08; wyrok z dnia 1 grudnia 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 1305/08; wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2009 r., sygn. akt 59/09; wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIOIUZP 21/09, 38/09, 41/09; wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2009 r., sygn. akt 59/09; wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 38/09, 41/09; potwierdzające dopuszczalność korygowania omyłek w kosztorysach ofertowych.

Przytoczone argumenty skłoniły odwołującego do wniosku, iż jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz niesłusznie została pominięta przy ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty. Wybrana została oferta o kwotę 12.108,96 zł. droższa, co w przekonaniu

odwołującego, doprowadziło do wadliwego wyniku postępowania oraz marnotrawienia środków publicznych. Odwołujący podnosił, iż czynności zamawiającego naruszyły zasadę (wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy), równego traktowania wykonawców, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z wymogami SIWZ oraz naruszyły zasadę obiektywizmu i bezstronności. Odwołujący powołał się na szerokie rozumienie interesu prawnego, wynikające z prawa unijnego.

Wniósł o:

1. powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie, której winno nastąpić przywrócenie jego oferty do postępowania;
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do wszystkich ważnych ofert;
3. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2009 r., doręczonym w tym samym terminie, zamawiający oddalił protest w całości stwierdzając, iż odrzuca protest. W uzasadnieniu swego stanowiska przytoczył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazał, iż w rozdziale II pkt. 15 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarte jest następujące postanowienie - "wykonawcy powinni przedstawić oferty zgodne z wymaganiami określonymi w niniejszym dokumencie. Alternatywy zostaną odrzucone." W pkt. 16 SIWZ widnieje dyspozycja - "oferta oraz dokumenty, które należy dołączyć do oferty powinny być przygotowane zgodnie z treścią niniejszej SIWZ i formularzy załączonych do SIWZ." Zaznaczył, iż harmonogram był jednym z załączników dołączonych do SIWZ i nie mógł podlegać żadnym zmianom. Należało wypełnić tylko ściśle określone pola. Odwołujący wprowadził jednak zmiany, modyfikując treść wymienionego załącznika. W wyniku przedstawienia harmonogramu o zmienionej treści w zakresie terminów realizacji poszczególnych etapów zadania, harmonogram nie jest zgodny z założeniami zamawiającego i z tych przyczyn oferta została odrzucona. Wprowadzona przez odwołującego zmiana realizacji robót uniemożliwia terminowe skoordynowanie projektu. Przyjęcie oferty odwołującego, spowodowałoby wstrzymanie prac projektu bezpośrednio powiązanego, realizowanego równolegle przez innego wykonawcę, wyłonionego w wyniku postępowania o udzielenie innego zamówienia, narażając zamawiającego na poważne konsekwencje finansowe i utratę środków do pozyskania z zewnątrz, co skutkować może niemożliwością zrealizowania całości zadania, z tych przyczyn uznano ofertę odwołującego za podlegającą odrzuceniu. Zdaniem zamawiającego art. 87 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do poprawienia załączonego dokumentu - harmonogramu robót, ponieważ może to zostać poczytane za prowadzenie negocjacji z oferentem, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż kwestionowania oferta nie spełniała przesłanek,

umożliwiających dokonanie jej poprawy. Zamawiający powołał się na postanowienia rozdziału X SIWZ "kryteria oceny ofert. „Oferty nieodrzucone będą poddane ocenie według następujących kryteriów: cena brutto - 100%." Skoro oferta Przedsiębiorstwa "HYDRAD" inż. Ryszard Drabik po zbadaniu treści została odrzucona, związku z tym zgodnie z cytowanym postanowieniem SIWZ nie podlegała ocenie. Oferta wybrana spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jest więc ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający nie uwzględnił argumentacji protestu, wskazującej na okoliczność omyłki w pozyskaniu ze strony internetowej zamawiającego wzoru harmonogramu z innego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, które zostało unieważnione w dniu 6.07.2009 r., ponieważ w dokumentacji tych postępowań nie występuje wzór harmonogramu, zgodny z harmonogramem oferenta. W związku z powyższym zamawiający uznał swoje stanowisko za zasadne i oddalił protest.

W odwołaniu wniesionym w dniu 4 września 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty protestu wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie przywrócenia oferty odwołującego do postępowania;
2. powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do wszystkich ważnych ofert;
3. równego traktowania wszystkich wykonawców, ubiegających się o to zamówienie publiczne, w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.
4. unieważnienia wadliwego wyniku postępowania.

Odwołujący podniósł również, że jego protest nie podlegał odrzuceniu, gdyż nie zaszyły przesłanki wymienione w art. 180 ust. 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił w całości argumentację przedstawioną w proteście. A odnosząc się do sposobu jego rozstrzygnięcia, stwierdził, iż uzasadnienie merytoryczne oddalenia protestu nie zawiera żadnych istotnych dla sprawy elementów. Nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, iż nie jest dopuszczalne zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ harmonogram robót zawiera merytoryczną treść oferty. Odwołujący wyraził przekonanie, iż dany dokument, tj. harmonogram stanowi oświadczenie woli, w którym opisane są informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, z czego wynika, iż harmonogram przynależy do katalogu dokumentów określonych art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jeżeli zamawiający nie podziela takiego stanowiska i miał wątpliwości, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 Pzp - wystąpić do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, a następnie skorzystać z instytucji poprawek, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 Pzp,

zamiast odrzucać ofertę jako nie odpowiadającą treści SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślił, iż to jego oferta jest najkorzystniejsza w danym postępowaniu. Z tych też względów wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże dotyczy odrzucenia oferty wykonawcy, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wykazał też interes prawny niezbędny do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro złożył ofertę, zawierającą najniższą cenę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą w oparciu o ustalone w SIWZ kryterium oceny, a odwołujący utrzymuje, iż jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Według zgodnego stanowiska stron, termin związania ofertą jeszcze nie upłynął, a oferta odwołującego pozostaje nadal zabezpieczona wadium.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, wzoru umowy, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty odwołującego, kosztorysu ofertowego odwołującego, zastosowanych wzorów harmonogramów prowadzenia robót, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno odwoławczym. Ponadto izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przestawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła co następuje.

SIWZ opisuje przedmiot zamówienia jako uporządkowanie gospodarko wodno – ściekowej na terenie Gminy Zbąszynek przez budowę kanalizacji sanitarnej:

- 1) we wsi Rogoziniec (rurociągi grawitacyjne Ø 160 mm - dł. 692 m; rurociągi tłoczne Ø 125 mm, dł. 3174 m, Ø 90 mm dł. 86 m);
- 2) we wsi Dąbrówka Wkp. (rurociągi tłoczne Ø 160 mm dł. 2506m, Ø 125 mm, dł. 411 m, Ø 90 mm, dł. 1826 m);
- 3) we wsi Kręcko (rurociągi grawitacyjne Ø 160 mm,, dł. 303 m, rurociągi tłoczne Ø 160 mm, dł. 3394m).

Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, nie dopuścił ofert wariantowych. W rozdziale II – Informacje proceduralne, zamawiający w punkcie 15 podał – „wykonawca powinien przedstawić ofertę zgodnie z wymaganiami, alternatywy zostaną odrzucone.”

Punkt 16 rozdziału II SIWZ stanowi, iż oferty powinny być przygotowane zgodnie z treścią SIWZ i załączonymi formularzami. W punkcie 34 rozdziału II SIWZ, zamawiający zobowiązał się do poprawienia w treści oferty omyłek oraz podał dokładny sposób korygowania omyłek w kosztorysach ofertowych.

W rozdziale IV SIWZ – Dokumenty, które należy dołączyć do oferty, zamawiający nie wymienił harmonogramu robót.

W rozdziale XV SIWZ – załączniki do SIWZ, zamawiający wymienił między innymi harmonogram robót.

Odpowiedzią z dnia 20 lipca 2009 r. na pytanie 3 o treści „ czy wypełniając harmonogram rzeczowo – finansowy należy ująć wspólne koszty np. robót ziemnych, wykopów rurociągów, studni, armatury itd. dla zadań związanych z wykonywaniem kanalizacji i wodociągu dla projektu zasadniczego? Analogicznie projekt wsparcia. Zamawiający poinformował, że wypełniając harmonogram rzeczowo – finansowy należy wszystkie prace związane z wodociągiem ująć w jednej pozycji, natomiast prace związane z kanalizacją ująć w pozycjach harmonogramu. Na pytanie nr 3, o treści „czy termin realizacji zamówienia 45 miesięcy podany w SIWZ jest prawidłowy? Czy zamawiający przewiduje możliwość wcześniejszego zakończenia i rozliczenia zadania? Zamawiający potwierdził prawidłowość ww. terminu. Podał, że nie przewiduje wcześniejszego zakończenia zadania, gdyż projekt ten jest ściśle związany z projektem zasadniczym i wykonanie poszczególnych elementów projektu wsparcia wiąże się z wykonaniem elementów projektu zasadniczego.

W załączniku nr 4 do SIWZ – „Istotnych postanowieniach umowy,” zamawiający podał w § 1 ust. 2, że na przedmiot umowy składa się wykonanie robót budowlanych, zgodnie z harmonogramem robót, stanowiącym załącznik nr 3 do wzoru umowy. W § 2 ust. 1 przewidziano rozpoczęcie robót w ciągu 5 dni od daty przekazania terenu budowy, zakończenie w ciągu 45 miesięcy od daty podpisania umowy. W § 8 ust 1 wzoru umowy, zamawiający zobowiązał się do przekazania wykonawcy terenu budowy w terminie do 7 dni od daty okazania przez wykonawcę oryginału i przekazania kopii polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej kontraktowej, zawartej w ciągu 7 dni od podpisania umowy. W § 4 ust. 14 i w § 8 ust. 2a wykonawca zobowiązywał się wykonać i oddać zamawiającemu kompleksowo wykonany przedmiot umowy, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami techniczno prawnymi oraz normami. W § 2 ust. 3 wzoru umowy, zamawiający dopuścił zmianę terminu zakończenia realizacji umowy w przypadku:

- a) działania siły wyższej;
- b) konieczności wykonania robót dodatkowych;
- c) wprowadzenia zmian projektowych;
- d) opóźnienia wykonania prac przez zamawiającego, niezbędnych do realizacji zamówienia.

W § 8 pkt 9 wzoru umowy „warunki płatności,” zawarte jest zastrzeżenie, że bez uprzedniej zgody zamawiającego, wykonywane mogą być jedynie prace niezbędne ze względu na bezpieczeństwo lub konieczność zapobieżenia awarii.

W § 3 ust. 4 wzoru umowy „warunki płatności” - zamawiający postanowił, że rozliczenie za przedmiot umowy będzie się odbywało nie częściej niż raz na trzy miesiące w formie faktur częściowych, za wykonane elementy robót, z zastrzeżeniem, że zapłata może być dokonana tylko za te roboty, które były przewidziane do wykonania w danym okresie w harmonogramie robót. Pierwsza płatność nie wcześniej niż po upływie miesiąca od daty rozpoczęcia robót budowlanych. Suma faktur częściowych nie może przekroczyć 85 % wartości umowy.

W § 10 wzoru umowy zamawiający zastrzegł sobie prawo do odstąpienia od umowy, gdy wykonawca przerwał realizację robót, a przerwa ta trwa dłużej niż trzy dni.

Paragraf 9 ust. 8 wzoru umowy stwierdza – przedmiot niniejszej umowy stanowi całość inwestycyjną z przedmiotem umowy realizowanym w ramach procedury na wykonanie „Uporządkowania gospodarki wodościekowej na terenie Gminy Zbąszynek – projekt zasadniczy.” W związku z tym wszystkie sprawy, dotyczące połączenia i koordynacji przedmiotu niniejszej umowy z przedmiotem umowy „według projektu zasadniczego,” wykonawca niniejszej umowy jest zobowiązany uzgadniać i koordynować z wykonawcą umowy o wykonanie „Uporządkowania gospodarki wodościekowej na terenie Gminy Zbąszynek – projektu zasadniczego.” Wykonawca niniejszej umowy i wykonawca umowy na roboty według projektu zasadniczego, muszą wzajemnie uczestniczyć we wskazanych przez Inżyniera kontraktu, inspektora nadzoru odbiorach realizowanych przez siebie zadań i podpisać protokoły odbioru tych zadań.

W załączniku nr 9 do SIWZ, zamawiający zamieścił uwagę – STWiOR są specyfikacjami zawierającymi zbiorcze wymagania dotyczące dwóch projektów, tzw. projektu zasadniczego projektu wsparcia. Do celów niniejszego postępowania należy wziąć pod uwagę tą część STWiOR, która dotyczy projektu zasadniczego. Szczegółowe zakresy są określone w projekcie budowlanym i przedmiarach robót.

W rozdziale X SIWZ, jako jedyne kryterium oceny ofert została ustanowiona zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa. Z druku ZP-12 – załącznika do protokołu, wynika, że oferty złożyło 18 wykonawców. W oparciu o ustalone kryterium oceny, oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem podaje cenę brutto 2 188 000,00 zł. Oferta wybranego wykonawcy – HYDRO – FRIZ Z. Fridrich z Nowego Tomyśla zawiera cenę brutto 2 200 108,96 zł. W tych okolicznościach Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes prawny we wniesieniu i popieraniu w trakcie rozprawy środków ochrony prawnej, przysługujących wykonawcy zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych na podjęte czynności zamawiającego, które

wykonawca poczytuje za bezprawne i pozbawiające możliwości uzyskania zamówienia, w oparciu o ustalone kryteria oceny.

Zamawiający przyznał, że wzór harmonogramu rzeczowo – finansowego, jaki przekazał wykonawcom do wypełnienia oznaczonych pól, pochodzi z dokumentacji wniosku o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej w ramach Lubuskiego Regionalnego Programu Operacyjnego 2007 -2013; priorytet III ochrona i zarządzanie zasobami środowiska przyrodniczego, działanie – infrastruktura.” Uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej na terenie gminy Zbąszynek – projekt zasadniczy,” współfinansowane jest ze środków unijnych. Natomiast projekt – „Uporządkowanie gospodarki wodno – ściekowej na terenie tej gminy – projekt wsparcia,” finansowany jest ze środków krajowych (pożyczki) z Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej.

Zamawiający potwierdził, iż projekt zasadniczy oraz projekt wsparcia stanowi całość inwestycyjną, wymagającą ścisłej koordynacji prowadzonych robót. Zamawiający oszacował łączną wartość robót na kwotę około 19 000 000,00 zł., w tym wartość szacunkową projektu wsparcia na kwotę 3 069 342,28 zł. Na otwarciu ofert podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia, w kwocie 2 600 000,00 zł. Do protokołu rozprawy pełnomocnik zamawiającego oświadczył, że zamówienie zostało podzielone ze względu na odmienny sposób finansowania obydwu części projektu. Zamawiający przyznał również, iż realizacja projektu wsparcia, stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania, uzależniona jest od wykonania robót objętych projektem zasadniczym.

Wzór harmonogramu rzeczowo – finansowego zawiera następujące dane.

W kolumnie 2, w pozycjach od 1 do 7 widnieje kategoria wydatku:

- 1) Kręcko - roboty ziemne wykopy; 2) Kręcko – rurociągi, studnie, armatura; do wykonania w IV kwartale 2009 r. III i IV kwartale 2010 r.;
- 3) Dąbrówka Wlkp. – roboty ziemne wykopy; 4) Dąbrówka Wlkp. - rurociągi, studnie armatura; 5) Dąbrówka Wlkp. - nawierzchnie; do wykonania w IV kwartale roku 2011 oraz w I kwartale roku 2012;
- 6) Rogoziniec - roboty ziemne wykopy; 7) Rogoziniec - rurociągi studnie armatura; do wykonania w I oraz II kwartale 2013 r.

Pod tabelą widnieje uwaga. „Planowane roboty według harmonogramu: wypełnić pola białe i sumy pola zielone.”

Z porównania wzoru harmonogramu rzeczowo – finansowego, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ z harmonogramem zawartym w dokumentacji oferty odwołującego, wynika, że wykonanie robót, objętych przedmiotem zamówienia podał on w innych terminach, mianowicie:

- 1) w miejscowości Kręcko - w III i IV kwartale roku 2010 oraz w II i III kwartale 2011 r.;

- 2) w miejscowości Dąbrówka Wlkp. w I, II i III kwartale 2012 roku;
- 3) w miejscowości Rogoziniec w IV kwartale 2012 roku oraz w I i II kwartale 2013 roku.

Izba zważyła co następuje.

Okoliczność przyznaną stanowi, że jako wzór harmonogramu, zamawiający wykorzystał formularz z wniosku o dofinansowanie projektu, którego nie dostosowywał do konkretnych potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia na przedmiotowe roboty budowlane. Skoro istniejący sposób finansowania inwestycji, wymaga zarówno wykazania się przez zamawiającego określonym zaangażowaniem środków własnych, dla uruchomienia finansowania z innych źródeł oraz dla zabezpieczenia finansowania płatności bieżących, to zamawiający w ocenie Izby, mógł wymagać złożenia przez wykonawców harmonogramu rzeczowo - finansowego, zawierającego takie dane, jakie w tym celu były mu niezbędne. Jednakże nie zwalniało to zamawiającego od podania wzoru harmonogramu, spójnego z innymi wymaganiami zawartymi w SIWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Technologiczna kolejność prowadzenia robót składających się na przedmiot zamówienia, wynika ze STWiOR, zasad prowadzenia robót budowlanych zgodnie ze sztuką oraz odpowiednimi normami, których przestrzegania wymagał zamawiający i do czego zobowiązał się wykonawca. Harmonogram przewiduje prowadzenie robót przy zadaniu Kręcko w IV kwartale 2009 r., które biorąc pod uwagę realną datę zawarcia umowy, przekazania placu budowy, mogły by się rozpocząć nie wcześniej niż w połowie listopada 2009 r., następnie wymaga przerwania robót na 6 miesięcy i kontynuowania ich w III i IV kwartale 2010 r. W odniesieniu do zadania Dąbrówka Wlkp. wymaga prowadzenia robót ziemnych, kładzenia rurociągów, wykonywania studni i nawierzchni w IV kwartale roku 2011 i w I kwartale 2012 r. Z kosztorysu ofertowego odwołującego wynika, że w skład robót, objętych zamówieniem wchodzi między innymi: wykopy liniowe wykonywane ręczne i mechanicznie z przemieszczaniem gruntu, zasypywaniem, zagęszczaniem, głębokości do 3 m, odwodnienia, umocnienia pionowe niektórych wykopów szalunkami, przewiertki poziome, układanie zaprawy cementowej do gruntowania, wykonywanie łąw betonowych, podbudowy asfaltowe, stosowanie plastycznych kitów uszczelniających. Ze względu na uwarunkowania techniczno – technologiczne, realizowanie faktycznie tych robót w wymaganym w harmonogramie czasokresie, może okazać się niemożliwe i sprzeczne z dokumentacją projektową, sztuką budowlaną i odnośnymi normami. Zamawiający przyznał, iż prowadzenie robót w okresach zimowych będzie możliwe jedynie przy sprzyjającej aurze. Izba zatem uznaje, że dyspozycje zamawiającego co do sporządzenia harmonogramu i dyspozycje wynikające z dokumentacji projektowej nie pozostają w pełnej zgodności i będą powodowały

konieczność korygowania harmonogramu na etapie realizacji robót. Zamawiający wymagając harmonogramu robót, jak w podanym wzorze, z góry musi się liczyć z tym, iż w okresach niskich temperatur, normalnie występujących w warunkach zimowych, wykonawca nie będzie w stanie realizować robót w terminach zgodnych z harmonogramem.

Zamawiający przyznał również, iż projekt zasadniczy obejmuje sieci wodociągowe i kanalizacyjne, natomiast wykonawca wybrany w przedmiotowym postępowaniu będzie wykonywał przyłącza. Zatem aby można było oddać inwestycję do użytku, musi być kompleksowo wykonana tak magistrala jak i przyłącza. Zamawiający potwierdził, iż powiązanie prowadzonych robót w ramach projektu zasadniczego i projektu wsparcia, polega na uzależnieniu wykonania przyłączy od dostępu do wcześniej wybudowanej magistrali wodociągowej i kanalizacyjnej, zatem jest uzależnione od tego, czy na czas zostaną wykonane rurociągi magistralne przez innego wykonawcę.

Powyższe okoliczności świadczą, że harmonogram nie ma charakteru niezmiennego i będzie podlegał korektom, stosownie do zaistniałych okoliczności w trakcie realizacji inwestycji.

Z porównania wzoru harmonogramu na ten sam przedmiot zamówienia, w pierwszym ogłoszonym postępowaniu, które zostało unieważnione wynika, iż wzór ten uległ pewnym zmianom, czym odwołujący tłumaczy popełnione omyłki w swoim harmonogramie. Roboty w miejscowości Kręcko pierwotnie miały być prowadzone w III oraz IV kwartale roku 2010.

Zdaniem Izby, wykonawca sporządzający harmonogram rzeczowo – finansowy, obejmujący pozycje zagregowanych robót, był zobowiązany ująć w harmonogramie kwoty wynikające z planowanego do wykonania w oznaczonym czasie zakresu robót. Brak jest zarzutu, iż ogólna kwota wynikająca z podsumowania pozycji harmonogramu, odbiega od ceny ofertowej brutto, czy netto, podanej przez odwołującego w formularzu oferty. Brak również zarzutu, iż została pominięta jakakolwiek pozycja zakresu rzeczowego. Zgodnie z cytowanymi wyżej postanowieniami SIWZ, harmonogram robót może ulegać zmianom, ze względu na nieprzewidziane okoliczności, wynikłe w trakcie realizacji inwestycji.

Istotą zobowiązania umownego wykonawcy, przekładającego się na treść oferty, jest dotrzymanie końcowego terminu zakończenia całości inwestycji, a nie dotrzymanie terminu oddania częściowego robót budowlanych. Oznaczony został termin zakończenia robót w ciągu 45 miesięcy od daty zawarcia umowy, gdyż takiej treści oświadczenie zawiera formularz ofertowy. Mając na uwadze możliwy termin zawarcia umowy o realizację przedmiotowego zamówienia, zamawiający domagając się dotrzymania harmonogramu z zakończeniem robót w II kwartale 2013 r., skraca umowny termin wykonania całości zadania inwestycyjnego do około 44 miesięcy, zamiast 45 miesięcy. Nie może znaleźć aprobaty stanowisko zamawiającego, że ustalił harmonogram prowadzenia robót, koordynując go z projektem zasadniczym, realizowanym jednocześnie przez innego wykonawcę P.P.H.U W.

Niewiadomski z Międzyrzecza, gdyż przedmiot niniejszego zamówienia składa się na całość inwestycyjną z przedmiotem umowy realizowanym w ramach procedury na wykonanie „Uporządkowania gospodarki wodościekowej na terenie Gminy Zbąszynek – projekt zasadniczy” i wyłącznie z tych względów zamawiający uznaje za treść oferty dotrzymanie terminów pośrednich, niewskazanych wprost we wzorze umowy i w formularzu ofertowym jako obowiązujące.

W ocenie Izby, za istotną treść oferty należy przyjąć te zobowiązania wykonawcy, przyjęte w ofercie, które są określone w sposób skonkretyzowany i niezmienny, takiego charakteru nie mają terminy wykonania poszczególnych etapów robót składających się na przedmiot niniejszego zamówienia, gdyż są one zależne od warunków pogodowych, współdziałania zamawiającego w udostępnieniu placu budowy i wywiązania się z realizacji prac przez innego wykonawcę części tej samej inwestycji, warunkujących prowadzenie robót. Jeżeli zamawiający zamierzał nadać charakter wiążący terminom wykonania wyznaczonych etapów robót, winien to przewidzieć wprost w formularzu oferty oraz we wzorze umowy.

Izba podziela pogląd, iż harmonogram robót ma charakter pomocniczy, służący kontrolowaniu postępu prac i rozliczeń, ewentualnie ich koordynacji, jak również umożliwiający zabezpieczenie środków na płatności faktur wykonawcy, pozyskaniu środków zewnętrznych, co jakkolwiek ważne z punktu widzenia interesów zamawiającego, nie kwalifikuje oferty odwołującego do odrzucenia, z uzasadnieniem jej niezgodności z treścią SIWZ, ze względu na stwierdzone odstępstwa od przekazanego wzoru harmonogramu. Stanowisko takie wynika z wcześniejszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zawartego między innymi w niżej wymienionych wyrokach:

- z dnia 27 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 1059, gdzie Izba stwierdza: „W ocenie Izby przedstawiony do oferty harmonogram ma charakter wstępny. Możliwość wprowadzenia ewentualnych zmian i przesunięć w realizacji robót i przypadających płatnościach w przedstawionych w ofertach harmonogramach rzeczowo – finansowych, jest uzasadniona z uwagi na fakt, że w momencie sporządzania tego dokumentu, nie jest znany wykonawcom bliższy termin rozpoczęcia robót (podpisania umowy i przekazania placu budowy). Biorąc pod uwagę aktualny stan sprawy (.....) konieczne są przesunięcia terminów rozpoczęcia robót (...), co uzasadnia twierdzenie, że złożone w ofertach harmonogramy (...) mają jedynie charakter wstępny i poglądowy”;
- z dnia 10 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 978/09 i KIO/UZP 1005/09, gdzie „Izba uznała, że nieścisłości w harmonogramie spowodowane zmianami wprowadzonymi przez Zamawiającego, przed złożeniem ofert, nie stanowią o treści oferty i harmonogram robót mógł być poprawiony w trybie art. 87 ust. 3 Pzp”;

- z dnia 13 maja 2009 r. KIO/UZP 549/09, gdzie „Izba uznała za skuteczną czynność Odwołującego uzupełnienia harmonogramu rzeczowo – finansowego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, pomimo, że wezwanie nastąpiło w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu harmonogram rzeczowo – finansowy nie stanowi treści oferty i dokonanie zmian w harmonogramie (...) nie stanowi dokonania zmian treści oferty, czym nie zostanie naruszony przepis art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy, o zakazie dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty.”

Izba stoi na stanowisku, że zasadniczą funkcją wymaganego harmonogramu jest w świetle postanowień SIWZ oraz załączonego do specyfikacji projektu umowy, wyznaczenie kolejnych etapów realizacji i rozliczania inwestycji. Skorygowanie więc harmonogramu nie ingeruje w istotę zobowiązania wykonawcy, sprowadzającego się do zrealizowania całości robót przewidzianych dokumentacją za podaną w ofercie cenę, w zgodności z tą dokumentacją, przepisami techniczno - budowlanymi i normami - gwarantującymi należytą jakość wykonanych robót, w przewidzianym czasie 45 miesięcy od zawarcia umowy. Zamawiający nie dopuścił wcześniejszego zakończenia robót przez wykonawcę i wyraźnie zastrzegł, iż płatności faktur będzie realizował ściśle według wyznaczonego przez siebie harmonogramu. Niezależnie zatem od innych wymagań, które zostały ustanowione w odniesieniu do technicznych aspektów realizacji robót, zamawiający główny cel harmonogramu wiąże z terminami płatności faktur wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, iż jest w stanie zrealizować zamówienie w terminach wyznaczonych przez zamawiającego i wnosil o nakazanie zamawiającemu dokonania poprawek, w pozycjach, gdzie omyłkowo określił inne terminy realizacji etapów robót, niż wymagał zamawiający.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że harmonogram odwołującego zawiera błędy, których nie można poprawić. Na etapie składania ofert dokładny termin rozpoczęcia robót, w oparciu o zawartą umowę nie jest przewidywalny i harmonogram może ulec zmianie. Sytuacje faktyczne prowadzące do konieczności korygowania harmonogramu, zarówno w trakcie procedury przetargowej jak i prowadzonych robót, prowadzą do wniosku, iż nie stanowi on treści oferty jako stałego i niezmiennego zobowiązania. Z tych względów poprawianie harmonogramu nie ingeruje w treść oferty, wobec czego jest dopuszczalne stosownie do postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem Izby, nie zachodzą więc żadne przeszkody aby zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do kwestionowanych pozycji harmonogramu, gdyż żadną miarą nie doprowadzi to do zmiany treści oferty. Następnie stosownie do udzielonych wyjaśnień, zamawiający winien zastosować dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w celu wyeliminowania

niezgodności w harmonogramie przedstawionym przez odwołującego, tak w odniesieniu do terminów realizacji robót, jak i wiążących się z tym nakładów.

Ponadto zaistniała obiektywnie sytuacja, wymagająca przesunięcia w czasie terminu rozpoczęcia robót, dla dochowania umownego 45 miesięcznego terminu zakończenia inwestycji, obliguje wręcz zamawiającego do dokonania stosownych korekt i zmian w harmonogramie wykonawcy, którego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, w oparciu o ustalone kryteria.

Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp powoduje po stronie zamawiającego obowiązek jej poprawienia.

Materiał dowodowy sprawy potwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dokonania poprawek w harmonogramie robót wykonawcy. Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty firmy HYDRO –FRYZ Z. Friedrich, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryteria.

W następstwie, swoim działaniem, zamawiający uchybił zasadzie równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadzie prowadzenia postępowania zgodnie ze wskazaniem ustawy, określonym w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp i orzekła jak w sentencji, gdyż stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego - zastępstwa przez pełnomocnika oraz wpisu od odwołania, Izba orzekła od zamawiającego kwotę łączną 8 062,00 zł. na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 b oraz ust. 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. Nr 1238, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*