

Sygn. akt: KIO 1435/12

WYROK

z dnia 17 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lipca 2012 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 lipca 2012 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe PIOMAR Soroka Marek, Soroka Ernesta Sp.j. ul. Jagiełły 13/1, 49-306 Brzeg**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Dobrzeń Wielki, ul. Namysłowska 44, 46-081 Dobrzeń Wielki**,

przy udziale wykonawcy: **Ryszarda Adaszyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo ADREL Ryszard Adaszyński, ul. Cegielniana 3, 49-300 Brzeg**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Ryszarda Adaszyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstw ADREL Ryszard Adaszyński, ul. Cegielniana 3, 49-300 Brzeg**,

- 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego PIOMAR Soroka Marek, Soroka Ernesta Sp.j. ul. Jagiełły 13/1, 49-306 Brzeg,**
- 1.3. nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzone wezwaniem odwołującego do uzupełnienia dokumentu harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Dobrzeń Wielki, ul. Namysłowska 44, 46-081 Dobrzeń Wielki,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe PIOMAR Soroka Marek, Soroka Ernesta Sp.j. ul. Jagiełły 13/1, 49-306 Brzeg,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Dobrzeń Wielki, ul. Namysłowska 44, 46-081 Dobrzeń Wielki,** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego PIOMAR Soroka Marek, Soroka Ernesta Sp.j. ul. Jagiełły 13/1, 49-306 Brzeg,** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 **Opolu.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1435/12

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę oświetlenia ulicznego dla dróg w gminie Dobrzeń Wielki o łącznej długości około 2030 mb”, (ogłoszonym w dniu 29 maja 2012 r. w Biuletynie zamówień Publicznych, poz. 118679, 128077), w dniu 7 lipca 2012 r. zostało wniesione odwołanie w formie elektronicznej z podpisem weryfikowanym przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe PIOMAR Soroka Marek, Soroka Ernesta Sp.j. z siedzibą w Brzegu, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, tj. 7 lipca 2012 r. faksem.

Podstawą wniesienia odwołania było powiadomienie w dniu 4 lipca 2012 r. za pośrednictwem faksu o wyborze najkorzystniejszej oferty – Ryszarda Adaszyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo ADREL Ryszard Adaszyński, (dalej zwany także ADREL) oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł odwołanie na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. odrzucenie złożonej oferty, pomimo że oferta odwołującego jest zgodna z treścią odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ),
2. zaniechaniu wyjaśnienia oferty odwołującego, pomimo że zamawiający powziął wątpliwości, w jaki sposób należy interpretować oświadczenia odwołującego, dotyczące harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego,
3. zaniechaniu równego traktowania wykonawców, oraz zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności zarzucił zamawiającemu Gminie Dobrzeń Wielki naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomy brak w tej ofercie harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego,

2. art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, pomimo że zamawiający posiadał wątpliwości w zakresie złożonego harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego,

3. art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez niedochowanie należytej staranności przy badaniu ofert, oraz poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności jego prowadzenia.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. uwzględnienie wyjaśnień odwołującego, zawartych w uzasadnieniu do niniejszego odwołania, jako rozwiewających wszelkie wątpliwości zamawiającego w zakresie harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,
5. zaprzestania dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powołał się na postanowieniu punktu 8 SIWZ, gdzie zamawiający wymagał aby wykonawcy złożyli:

- a) Harmonogram rzeczowo - terminowo - finansowy, zawierający wszystkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne rodzaje robót. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą zobowiązany jest w terminie do 14 dni po podpisaniu umowy sporządzić szczegółowy harmonogram zawierający etapy (elementy), które mogą stanowić osobny element odbioru częściowego, z uwzględnieniem terminów realizacji każdego z tych elementów. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany przez wykonawcę przedstawionego w ofercie harmonogramu rzeczowo - terminowo - finansowego w zależności od wysokości posiadanych środków finansowych, b) (...),
- c) Kosztorysy ofertowe oraz wykaz stawek i narzutów opracowane metodą kalkulacji szczegółowej lub uproszczonej zgodnie z założeniami określonymi w punkcie 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający nie załączył do SIWZ wzoru harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego zatem, każdy wykonawca zobowiązany był samodzielnie sformułować swoje oświadczenie w zakresie harmonogramu rzeczowego, czasowego oraz finansowego. Z uwagi na fakt, że zamawiający udostępnił wykonawcom plik Excel, zawierający zestawienie rzeczowe przedmiotu zamówienia, z oddzielną rubryką na

wypełnienie kosztów. Dokument ten, zdaniem odwołującego spełnia podwójną funkcję - stanowi zarówno kosztorys ofertowy jak i harmonogram rzeczowo-finansowy. Niezasadne, zdaniem odwołującego, byłoby dwukrotne składanie w ofercie tego samego dokumentu, celem spełnienia warunku dotyczącego jednym razem harmonogramu rzeczowo-finansowego, a drugim razem kosztorysu ofertowego.

Odwołujący wyjaśniał, że zamieścił w ofercie, na stronach 8-27, szczegółowe zestawienie rzeczowo-finansowe, stanowiące zarówno kosztorys ofertowy jak i harmonogram rzeczowo-finansowy. W odniesieniu do harmonogramu czasowego, odwołujący również i w tym zakresie złożył odnośne oświadczenie, wskazując w formularzu ofertowym, że zamówienie wykona jednoetapowo, a po zakończeniu tego etapu wystawi jedną fakturę, z terminem płatności 30 dni.

Z uwagi na powyższe, odwołujący utrzymywał, że zamawiający otrzymał wraz z ofertą oświadczenie, wyczerpujące warunek złożenia harmonogramu rzeczowo-czasowo-finansowego. Zdaniem odwołującego, powyższe twierdzenia są tym bardziej zasadne, że zamawiający nie przedstawił oddzielnego wzoru tego harmonogramu, lecz oczekiwał na złożenie oświadczenia w dowolnej formie, które uzewnętrzniałoby wolę odwołującego w zakresie oferowanych pozycji rzeczowych, kosztów, na podstawie których dokonano wyliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, oraz w zakresie oferowanego harmonogramu czasowego. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przytoczył wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07, iż *„formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy”* a także powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO/UZP 318/08, KIO/UZP 1421/09, KIO 2441/10, KIO 664/11, KIO 832/11, KIO 665/12).

Odwołujący przekonywał, że zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że nie otrzymał odrębnego oświadczenia, które obejmowałoby swym zakresem wszystkie trzy elementy na raz. Skoro bowiem odnośne oświadczenia o harmonogramie rzeczowym, finansowym i czasowym zostały w ofercie złożone, został spełniony cel ustawy, a mianowicie odwołujący złożył ofertę zawierającą wszystkie żądane przez zamawiającego elementy (tj. ofertę zgodną z SIWZ).

Jako szczególną okoliczność wskazywał odwołujący, iż harmonogram rzeczowo-czasowo-finansowy nie jest ostatecznym dokumentem, zgodnie z którym realizowane będzie zamówienie. Przywołał ustęp 1-y cytowanego powyżej warunku, gdzie zamawiający wskazał,

że szczegółowy harmonogram rzeczowo-czasowo-finansowy zostanie przez wybranego wykonawcę złożony w terminie 14 dni od podpisania umowy. Jednakże i ten harmonogram może nie być harmonogramem ostatecznym, gdyż to zamawiający finalnie decyduje - w terminie 7 dni od przedstawienia szczegółowego harmonogramu, czy akceptuje propozycję wykonawcy. Sam zamawiający wskazuje, że ostatecznie, to wysokość posiadanych środków finansowych będzie decydowała o tym w jaki sposób i w jakich terminach zamówienie będzie realizowane. Zatem, nawet jeżeli zamawiający nie akceptuje złożonego wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo-czasowo-finansowego, to po podpisaniu z odwołującym umowy i po otrzymaniu od odwołującego szczegółowego harmonogramu, będzie on uprawniony do wprowadzenia własnych korekt do harmonogramu. Dopiero zatwierdzony lub skorygowany przez zamawiającego harmonogram szczegółowy, będzie podstawą do przyjęcia przez strony sposobu realizacji zamówienia w zakresie zaoferowanych robót, kosztów i terminów.

Odwołujący podkreślał, że prezentowana przez niego argumentacja w pełni polega na przepisach ustawy Pzp oraz wykładni tych przepisów dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą. Przykładowo, w wyroku z dnia 6 czerwca 2012r., sygn. akt KIO 1058/12, Izba orzekła, iż: *„Izba nie dostrzega również podstaw do odrzucenia odwołania z powodu rzekomej wadliwości harmonogramu rzeczowo- finansowego. W ocenie Izby, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak podkreśla się w orzecznictwie, można mówić w sytuacji, w której przedmiot świadczenia nie spełnia wymagań Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu, zakres zamówienia, jak i termin jego realizacji, został przez Odwołującego zaoferowany zgodnie z wymogami Zamawiającego. Nadto, jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, zakres robót do wykonania w poszczególnych latach nie został przez Zamawiającego określony. Tym samym, nie sposób w ofercie Odwołującego doszukać się niezgodności w przedmiocie planowania w okresie zakreślonym na realizację zamówienia”*. W odniesieniu do harmonogramu czasowo - finansowego za szczególnie adekwatny uznał odwołujący wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2009, sygn. akt: KIO/UZP 211/09. W wyroku tym Izba w sposób wyczerpujący przeanalizowała analogiczną do zaistniałej w niniejszym postępowaniu sytuację i orzekła: *„odwołujący się zaoferował w złożonym harmonogramie realizację wszystkich prac wskazanych w złożonych kosztorysach, w terminie przewidzianym na realizację zamówienia. Zamawiający nie określił w siwz, że wymaga wystawiania faktur częściowych, w szczególności miesięcznych lub realizacji prac we wskazanych terminach. Zamawiający nie wskazał ponadto, ani w rozstrzygnięciu protestu, ani też na rozprawie, na czym polega niezgodność oferty odwołującego się z treścią siwz. Zamawiający ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego się, zatem na nim spoczywa ciężar dowodu (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp.) Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie*

przedstawił żadnego dowodu na poparcie swego stanowiska, nie wskazał naruszonych postanowień siwz. Odwołujący się nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zamawiający, na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania, nie wskazał, choćby w sposób ogólny swoich wymagań. Brak należytej staranności zamawiającego nie może obciążać wykonawców, którzy działając w zaufaniu do wymagań siwz, złożyli ofertę zgodną z jej literalną treścią.” Powyższy pogląd znajduje oparcie w ugruntowanej linii orzeczniczej wcześniej Zespołów Arbitrów, a obecnie Krajowej Izby Odwoławczej. Izba nie dopatrzyła się również zagrożenia interesów zamawiającego, przez jednorazowe rozliczenie wykonanych prac, po wykonaniu całego przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, przez takie ustalenie sposobu płatności wykonawca ponosi ciężar finansowy wykonania zamówienia przez cały czas jego realizacji, co jest dla zamawiającego niewątpliwie korzystne. Wbrew twierdzeniom zamawiającego nie sposób uznać powyższego za sprzeczne z zasadami wydatkowania środków publicznych. Jednorazowe rozliczenie wykonanych prac, po wykonaniu całego przedmiotu zamówienia, nie uniemożliwia też zamawiającemu kontroli nad wydatkowaniem środków publicznych, gdyż niezależnie od przyjętego sposobu rozliczenia zamówienia, środki zostaną wydatkowane w wymaganym przez zamawiającego i wskazanym w siwz terminie. Złożone na rozprawie oświadczenie, że ze względu na strukturę wpływów do budżetu gminy zamawiający preferuje rozliczenie wykonywanych prac w okresach miesięcznych, potwierdza, że zamawiający na etapie badania i oceny ofert zmienił swoje wymagania w stosunku do treści harmonogramu rzeczowo - finansowego, w stosunku do postanowień siwz. Zamawiający swoje wymagania i preferencje powinien zapisać w siwz, a stawianie wykonawcom, którzy złożyli oferty, innych wymagań, uszczegóławianie postanowień siwz po otwarciu ofert, jest niedopuszczalne i narusza zasadę uczciwej konkurencji i uczciwego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Brak wyraźnego wskazania wymagań zamawiającego obarcza nie tylko postanowienia siwz. Również w piśmie z 22.01.2009 r., w którym zamawiający wymagał złożenia nowego harmonogramu, wymagania zamawiającego nie zostały skonkretyzowane. Osobiste, w trybie kontaktów z upoważnionym pracownikiem, uzyskiwanie przez wykonawców wiadomości, co do merytorycznych wymagań zamawiającego, powoduje nietransparentność postępowania, godzi w zasadę pisemności określoną w art. 9 ust. 1 Pzp i skutkować może również naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp. Harmonogram rzeczowo - finansowy złożony przez odwołującego się, wobec brzmienia siwz, winien zostać uznany przez zamawiającego za prawidłowy”.

Nadto, według odwołującego - Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, że brak harmonogramu (co jednak nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu, gdyż odwołujący złożył w treści oferty oświadczenie o harmonogramie rzeczowym, czasowym i finansowym) -

można uznać za wymóg merytoryczny, jedynie wówczas, gdy dokument taki stanowi załącznik do przyszłej umowy o realizację zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 8 marca 2011r., sygn. akt KIO 361/11: „Izba uznała, że w tym przypadku wymóg dołączenia do ofert w postępowaniu Wstępnego Harmonogramu Prac stanowił wymóg merytoryczny, a więc stanowił treść oferty, zatem jego niespełnienie wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ów dokument stanowił będzie, zgodnie z przywołanymi zapisami SIWZ, załącznik do wykonywanej umowy w sprawie zamówienia publicznego”. W niniejszym postępowaniu taka okoliczność nie zachodzi. Składany wraz z ofertą harmonogram rzeczowo-czasowo-finansowy - jest jedynie poglądowym dokumentem, natomiast ostatecznym harmonogramem - będzie dokument składany już po podpisaniu umowy, zatwierdzony lub zmodyfikowany przez zamawiającego.

Podsumowując powyższe, odwołujący stwierdził, iż złożył wraz z ofertą żądany harmonogram rzeczowo-czasowo-finansowy. Złożył bowiem oświadczenie w zakresie rzeczowo-finansowym przedkładając wraz z ofertą kosztorys ofertowy. Zaś oświadczenie w zakresie terminów realizacji zamówienia, które zostało złożone w formularzu oferty, wskazuje na jednoetapową realizację zamówienia oraz na zapewnienie realizacji zamówienia w terminie żądanym przez zamawiającego. Oferta odwołującego – według jego oceny - jest więc w pełni zgodna z treścią SIWZ. Brak oddzielnego dokumentu, zawierającego raz jeszcze zbiorczo wszystkie trzy informacje, nie może stanowić o niezgodności merytorycznej z treścią SIWZ, gdyż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie. Również z uwagi na charakter dokumentu, jakim jest harmonogram składany wraz z ofertą, stwierdził, że dokument ten, nie stanowi podstawy do egzekwowania od odwołującego sposobu realizacji zamówienia, gdyż zamawiający zastrzegł sobie możliwość ingerencji i to nawet nie w harmonogram składanym wraz z ofertą, lecz w szczegółowy harmonogram składany już po podpisaniu umowy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 lipca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w formie elektronicznej z podpisem weryfikowanym w dniu 10 lipca 2012r. zgłosił przystąpienie wykonawca wybrany prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo ADREL Ryszard Adaszyński, z siedzibą w Brzegu, który wnosił o oddalenie odwołania, popierając stanowisko zamawiającego, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo ADREL Ryszard Adaszyński, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, do protokołu rozprawy podtrzymał swoje zdanie, przedstawione w zawiadomieniu z dnia 4 lipca 2012 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty odwołującego, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania. W odpowiedzi z dnia 16 lipca 2012 r. zajął następujące stanowisko. Zdaniem zamawiającego, był zobowiązany odrzucić ofertę odwołującego z powodu braku przedstawienia przez niego harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego. W związku z powyższym, zaistniała przesłanka określona w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuci ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z pkt 8a SIWZ, wykonawca zobowiązany był złożyć razem z ofertą harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, zawierający wszystkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne rodzaje robót. Bezspornym jest, iż dokument taki nie został przedłożony przez odwołującego, zatem nie ulega wątpliwości, iż dyspozycja wskazanego wyżej przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazującego zamawiającemu odrzucenie takiej oferty nie została naruszona. Odwołujący wskazał w odwołaniu, iż zamawiający nie załączył do SIWZ wzoru harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego, tudzież dał swobodę wykonawcom składającym oferty w zakresie formy tego dokumentu – co zamawiający przyznał, podkreślając jednocześnie, iż wspomniany harmonogram powinien spełniać wszystkie wymagania określone w SIWZ - tj. zawierać wszystkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne rodzaje robót. Zatem, nieokreślenie wzoru tego dokumentu nie może dawać podstaw do jego całkowitego pominięcia przy składaniu oferty. W ocenie zamawiającego, wymagania dotyczące składanych dokumentów były precyzyjnie określone w SIWZ, dlatego też niedopuszczalne jest domniemanie, jakoby inne dokumenty wymagane przez zamawiającego – tj. kosztorysy ofertowe - spełniały podwójną funkcję, mając między innymi charakter harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego. Bezsporne jest, iż odwołujący nie złożył dokumentu wymaganego - w postaci harmonogramu - zatem nie dochował wszystkich warunków zakreślonych w SIWZ, Samodzielną interpretację odwołującego odnośnie charakteru poszczególnych dokumentów wymaganych przez zamawiającego i określonych w SIWZ uznał za niedopuszczalną. Na potwierdzenie przedstawionych powyżej twierdzeń przytoczył treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2010 r., (Sygn. akt: K1O 2249/10), gdzie wskazano iż *wymóg sporządzenia harmonogramu zawierającego określone informacje oznacza obowiązek wykonawcy do przedstawienia wszystkich wymaganych informacji w jednym, skondensowanym dokumencie. Wymogu tego nie spełnia przedstawienie informacji w sposób rozproszony, poprzez umieszczenie wymaganych informacji w różnych częściach oferty. Takie przedstawienie informacji zaprzecza istocie i celom przedstawienia*

harmonogramów i nie spełnia wymogów SIWZ. (LEX nr 707964) Reasumując, harmonogram wskazany był jako osobny dokument wymagany przez zamawiającego, a zatem powinien stanowić odrębny dokument złożony przez wykonawcę. Nie zgodził się również zamawiający z argumentacją odwołującego wskazującego na jedynie pogładowy charakter przedmiotowego harmonogramu, gdyż jego ostateczna wersja powinna zostać sporządzona w terminie 14 dni po wybraniu najkorzystniejszej oferty. Poza wszelkimi wątpliwościami jest fakt, że określonym w SIWZ wymogiem oferty było złożenie takiego harmonogramu, choćby miał on charakter jedynie pogładowy, lecz jednak istotny dla zamawiającego. Zgodnie z pkt 8a SIWZ, harmonogram, powinien zawierać min. dokładne wyszczególnienie rodzajów wykonywanych robót wraz z ich kosztami, czego odwołujący nie przedstawił w żadnym dokumencie, a co było istotne dla zamawiającego już na etapie składania ofert, jak również ujęte w SIWZ jako jedno z wymagań. Przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2010 r. (Sygn. akt: KIO/UZP 1185/10) *„podstawową treścią oferty jest zakres prac przedmiotu zamówienia. Jeśli rozliczenie zakresu wykonanych robót następować ma częściowo, w ramach postępu prac, na podstawie, zakresu robót i terminu ich wykonania określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym to harmonogram jest dokumentem, zgodnie z którym przeprowadzone mają być odbiory częściowe robót i ma istotne dla Zamawiającego znaczenie już na etapie wykonania zamówienia. Nieuwzględnienie w treści oferty pełnego zakresu prac oznacza, iż oferta sprzeczna jest z SIWZ.* (LEX nr 59002) Na poparcie powyższego, przytoczył również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2011 r. (Sygn. akt: KIO 1393/11), który stanowi, iż *„Skoro zamawiający wymagał określenia zakresu, terminowości realizacji zadania oraz dokonania ich wyceny w zakresie poszczególnych etapów i elementów zamówienia, to właśnie z treści harmonogramu rzeczowo-finansowego wynika zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania poszczególnych elementów i etapów zamówienia w określonych, terminach, składa się on zatem na treść oferty”* (LEX nr 863612). Nie można również uznać, co także wskazano w niniejszym wyroku, iż brak podania daty realizacji poszczególnych elementów w harmonogramie jest omyłką, gdyż to wykonawca określa poszczególne wartości finansowe oraz terminy realizacji zamówienia, a w tym zakresie był to element oświadczenia woli wykonawcy. Odnosząc się do kolejnego zarzutu, zaznaczył, iż załączony do oferty przez odwołującego kosztorys ofertowy nie może być uznany za harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy. Odwołujący znał wszystkie warunki określone w SIWZ, w której wyraźnie zaznaczono jakie dokumenty i oświadczenia winny składać się na treść oferty. Ponadto, sprecyzowano dokładnie jakie informacje i dane powinny się zawierać zarówno w harmonogramie jak i kosztorysie ofertowym, które *de facto* stanowią dwa odrębne dokumenty. Odwołujący dokonał w tym zakresie samodzielnej i całkowicie dowolnej interpretacji, nie stosując się do zapisów i wymagań określonych w SIWZ, jakoby

niezasadne było składanie harmonogramu, gdyż jego funkcje spełniają inne wymagane przez SIWZ dokumenty. Odwołujący uznał więc, co jest zdaniem zamawiającego niedopuszczalne, iż kosztorysy ofertowe stanowią jednocześnie harmonogram rzeczowo-finansowy, natomiast harmonogram terminowy zawarty został w formularzu ofertowym. Podkreślił, iż nie do przyjęcia jest samodzielne dokonywanie interpretacji zapisów określonych w SIWZ, a w przypadku powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do formy harmonogramu, zamawiający powinien zwrócić się w tej sprawie w celu uzyskania informacji. Zamawiający, wbrew temu co wskazano w odwołaniu, nie miał żadnych wątpliwości co do dokumentów przedstawionych przez odwołującego. Bezsprzeczne bowiem jest, iż dokumenty złożone przez odwołującego nie odpowiadały treści SIWZ, skutkiem, czego złożona oferta podlegała odrzuceniu. Zamawiający przywołał przepis art. 25 ust. 1 oraz 26 ust. 3 i 4 Pzp, że nie ma obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień, dotyczących oświadczeń i dokumentów przez nich złożonych. Ponadto, przytaczany przez odwołującego przepis art. 26 ust 4 Pzp odnosi się do sytuacji, gdy uzupełnieniu lub wyjaśnieniu podlegają dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań określonych przez zamawiającego. Harmonogram terminowo-finansowy nie jest takim dokumentem, zatem zamawiający nie ma obowiązku wzywania do jego uzupełnienia lub wyjaśnienia. Przytoczył kolejny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2011 r. (Sygn. akt: KIO 1393/11), który w swej treści wskazuje, że *„nie można uznać, iż powyższy harmonogram jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jest oświadczeniem woli wykonawcy, bowiem to do wykonawcy należało określenie poszczególnych wartości określonych prac zaś dołączanie takich dokumentów po terminie składania ofert jest niedopuszczalne.*

Zdaniem zamawiającego, również i zarzut nierównego traktowania wykonawców jest nietrafny, gdyż zamawiający dochował należytej staranności przy badaniu i ocenie złożonych ofert, kierując się obowiązującymi przepisami prawa oraz zapisami w SIWZ. Wymagania były precyzyjnie i jasno sformułowanej czego dowodzą m.in. kompletne (tj. zgodne z wymaganiami SIWZ) oferty złożone przez pozostałych wykonawców biorących udział w przetargu. Za nieuzasadniony uznał zatem zarzut odwołującego, wedle którego zaniechano równego traktowania wykonawców oraz wykazano brak zachowania warunków uczciwej konkurencji. Zamawiający przekonywał, że trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy niekompletne złożenie oferty nie odnosiłoby negatywnych skutków, a tym samym było jednakowo traktowane jak oferty złożone zgodnie z wymaganiami SIWZ. Na koniec nadmienił, iż w dniu 10 lipca 2012 r. do postępowania toczącego się w wyniku odwołania zgłoszono przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępującym jest Przedsiębiorstwo ADREL Ryszard Adaszyński z siedzibą w Brzegu.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości przedmiotu zamówienia poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże dotyczy czynności odrzucenia oferty odwołującego jest więc dopuszczalne przepisem art. 180 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załączonymi dokumentami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, oferty przystępującego.

Nadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Budowy oświetlenia ulicznego dla dróg w gminie Dobrzeń Wielki o łącznej długości około 2030 mb.”

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) podaje:

Punkt 3 Opis przedmiotu zamówienia: zamawiający zastrzega sobie prawo ograniczania ilości robót i asortymentu w zależności od uzyskanych środków finansowych. Szczegółowy zakres robót objętych przedmiotem zamówienia określono w dokumentacji projektowej (...) oraz w przedmiarach robót stanowiących załącznik do niniejszej dokumentacji przetargowej. Wykonanie oświetlenia dróg gminnych w gminie Dobrzeń Wielki składa się z następujących elementów:

1. linia kablowa oświetlenia (ok.420 mb) wraz z latarniami w m. Dobrzeń Wielki ul. Kościuszki wjazd od ul. Dworcowej (mapa nr 3); moc przyłączeniowa 1,05 kW,
2. linia kablowa oświetlenia boiska i zaplecza sportowego w miejscowości Świerkle (mapa 12); moc przyłączeniowa 1,65 kW,
3. linia kablowa oświetlenia (ok. 100 mb) wraz z latarniami w m. Czarnowąsy ul. Warsztatowa (mapa 13); moc przyłączeniowa 0,3 kW,
4. linia kablowa oświetlenia (ok. 100 mb) wraz z latarniami w m. Dobrzeń Wielki ul. Świerkowa (mapa nr 1); moc przyłączeniowa 0, 3 kW,
5. linia kablowa oświetlenia (ok.420 mb) wraz z latarniami w Dobrzeń Wielki ul. Jańskiego/Chopina (mapa nr 2); moc przyłączeniowa 1,05 kW,
6. linia kablowa oświetlenia (ok.400 mb) wraz z latarniami w m. Dobrzeń Wielki ul. Mehla (mapa nr 4), moc przyłączeniowa 1,05 kW,

7. linia kablowa oświetlenia (ok.200 mb) wraz z latarniami w m. Dobrzeń Wielki ul. Ks. Poziemny/Ks. Scheitzy (mapa nr 5); miejsce przyłączenia to zaciski prądowe linii napowietrznej oświetlenia ulic na słupie 725,
8. linia kablowa oświetlenia (ok. 130 mb) wraz z latarniami w m. Dobrzeń Wielki ul. Słoneczna (mapa nr 6): miejsce przyłączenia to zaciski prądowe linii napowietrznej oświetlenia ulic na słupie nr 207,
9. linia kablowa oświetlenia (ok. 100 mb) wraz z latarniami w m. Dobrzeń Wielki ul. Mickiewicza (mapa nr 7); moc przyłączeniowa 0,45 kW; miejsce przyłączenia zaciski prądowe linii napowietrznej oświetlenia ulic na słupie nr 1725, Moc przyłączeniowa 0,45 kW,
10. linia kablowa oświetlenia (ok. 180 mb) wraz z latarniami w m. Chróścice ul. Słodka (mapa nr 9), całkowita moc przyłączeniowa 0,9kW,
11. linia kablowa oświetlenia (ok.100 mb) wraz z latarniami w m. Świerkle ul. Miła (mapa 11); moc przyłączeniowa 0,45kW.

Punkt 5. Termin wykonania zamówienia; zamówienie musi zostać zrealizowane w terminie 120 dni od daty udzielenia zamówienia.

Punkt 8. Inne dokumenty wymagane przez zamawiającego:

- a) Harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, zawierający wszystkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne rodzaje robót. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą zobowiązany jest w terminie do 14 dni po podpisaniu umowy sporządzić szczegółowy harmonogram zawierający etapy (elementy), które mogą stanowić osobny element odbioru częściowego, z uwzględnieniem terminów realizacji każdego z tych elementów. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany przez wykonawcę przedstawionego w ofercie harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego w zależności od wysokości posiadanych środków finansowych,
- b) Wypełniony formularz oferta,
- c) Kosztorysy ofertowe oraz wykaz stawek i narzutów opracowane metodą kalkulacji szczegółowej lub uproszczonej zgodnie z założeniami określonymi w punkcie 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Punkt 12. Opis sposobu przygotowania oferty. Ppkt 12.4. oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez wykonawcę ściśle według postanowień niniejszej SIWZ.

Punkt 14. Opis sposobu obliczenia ceny.

Cenę należy obliczyć metodą kalkulacji szczegółowej lub uproszczonej (...), przy uwzględnieniu założeń:

- a) zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny, musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach,
- b) cena musi zawierać wszystkie koszty (...) wynikające z przedmiaru, jak również następujące koszty: robót przygotowawczych, porządkowych, projektu organizacji i likwidacji placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy, obsługi geodezyjnej, związane z odbiorami robót, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty wynikające z umowy, której projekt stanowi zał. nr 1 do SIWZ (...).

- f) w przypadku gdy wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą złoży kosztorys w postaci uproszczonej, będzie on zobowiązany (...) w terminie 30 dni od podpisania umowy do przedłożenia kosztorysów opracowanych metodą szczegółową – z zachowaniem tych samych składników cenotwórczych (R,Ko,Z,M,S).

Punkt. 15. Kryteria oceny ofert. Cena – waga 100%.

Wzór umowy - § 1 ust. 2 – opis przedmiotu zamówienia określa załączona do niniejszej umowy dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB). Przedmiotem umowy jest wykonanie robót budowlanych (...), zgodnie z następującymi dokumentami (...),

Ust. 3. Zamawiający dopuszcza możliwość wystąpienia robót zamiennych (...),

Ust. 4. Przewiduje się także możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, jeżeli wykonanie danych robót będzie zbędne (...). Roboty takie w dalszej części umowy nazywane są robotami zaniechanymi.

Wzór umowy - § 2 ust. 2 wynagrodzenie (...) odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach robót, zamieszczonych w SIWZ i jest wynagrodzeniem kosztorysowym.

Ust. 3. Rozliczenie robót będzie odbywało się w okresach nie krótszych niż miesięcznych. Wartość wykonanych w tym okresie robót będzie obliczana następująco: a) ceny jednostkowe robót będą przyjmowane z kosztorysów ofertowych, a ilości wykonanych w tym okresie robót z – z książki obmiaru. (...).

Wzór umowy - § 3 ust. 1. Rozliczenie robót będzie się odbywało fakturami, o których mowa w § 2 niniejszej umowy (częściowymi) oraz fakturą końcową.

Ust. 2. Ostateczne rozliczenie za wykonany przedmiot zamówienia nastąpi w oparciu o fakturę końcową, wystawioną na podstawie protokołu odbioru końcowego. Faktura końcowa będzie płatna w terminie 30 dni od daty jej otrzymania przez zamawiającego. Wartość faktury końcowej nie może być niższa niż 5% wartości umowy.

Wzór umowy - § 4 ust. 2. Za termin zakończenia przedmiotu umowy uważa się datę podpisania protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej umowy.

Ust. 3. Terminy wykonania poszczególnych elementów przedmiotu umowy, które mogą stanowić osobny element odbioru częściowego z uwzględnieniem terminów realizacji każdego z tych elementów określa harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, który wykonawca jest zobowiązany opracować w terminie 14 dni od daty podpisania umowy na podstawie harmonogramu złożonego przez wykonawcę w ofercie przetargowej. Zamawiający w ciągu 7 dni od daty otrzymania ww. harmonogramu może wnieść do niego uwagi, które wykonawca winien uwzględnić.

Ust. 4. Wykonawca będzie wykonywał roboty budowlane w sposób zapewniający pełne wykorzystanie środków finansowych, jakimi w danym roku kalendarzowym będzie dysponował zamawiający.

Ust. 5. Termin ustalony w ust. 1 ulegnie przesunięciu, w przypadku nw. okoliczności: (...).

Ust. 7. W przedstawionych w ust. 7 przypadkach opóźnień, strony ustalą nowe terminy, z tym, że maksymalny okres przesunięcia terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy równy będzie okresowi przestoju (...). W odniesieniu do robót dodatkowych okres przesunięcia będzie musiał być szczegółowo uzasadniony i zaakceptowany przez (...) zamawiającego.

Wzór umowy - § 7 ust. 1. Strony ustalają, że data podpisania odbioru końcowego przez inspektora nadzoru jest datą zakończenia realizacji przedmiotu umowy. Protokół odbioru końcowego stanowić będzie podstawę do ostatecznego rozliczenia.

Ust. 2. Osobnym odbiorom muszą podlegać roboty zanikające lub podlegające zakryciu. (...). Przy odbiorze robót zanikających wymagających pomiarów geodezyjnych należy zapewnić udział służb geodezyjnych.

Ust. 3. Dostawy oraz roboty budowlane i montażowe, dla których strony ustaliły w harmonogramie odbiory częściowe, wykonawca każdorazowo zgłosi wpisem do dziennika budowy. (...).

Wzór umowy - § 9 ust. 1 zamawiający ma prawo odstąpić od umowy, jeżeli wykonawca nie rozpoczął realizacji robót (...) oraz nie kontynuuje ich pomimo wezwania zamawiającego. Wykonawca przerwał roboty z innych przyczyn niż określone w § 4 ust. 7 (...) niniejszej umowy, a przerwa ta trwa dłużej niż 15 dni.

W załączniku nr 2 do SIWZ Formularzu oferty, wykonawca zobowiązany był zaoferować realizację przedmiotu umowy w okresie 120 dni od daty jej zawarcia. Podać warunki płatności w dniach kalendarzowych.

Zamawiający udostępnił wykonawcom dokumentację projektową, w tym:

projekty techniczne,

przedmiar robót,

formularz zbiorczego zestawienia kosztów w tabeli elementów rozliczeniowych, w których wykonawca zobowiązany był podać wartość robót w rozbiu na 11 elementów, wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia.

specyfikacje techniczne wykonania o odbioru robót budowlanych.

Do wyznaczonego terminu 27 czerwca 2012 r. zostało złożonych 6 ofert.

PUH ELMAX – cena brutto – 314 687,28 zł,

OMEGA ELEKTRO Inż. J. Osipiak – cena brutto – 319 204,99 zł,

Ryszard Adaszyński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo ADREL – cena brutto – 317 132,20 zł,

Zakład Elektrotechniczny ALFA – cena brutto – 336 095,40 zł,

PPHU PIOMAR Sp. j. – cena brutto – 294 490,29 zł,

PPHU PETER – cena brutto – 711 619,83 zł.

Z protokołu postępowania wynika, że zamawiający odrzucił oferty wykonawców:

PUH ELMAX – cena brutto – 314 687,28 zł,

Zakład Elektrotechniczny ALFA – cena brutto – 336 095,40 zł,

PPHU PIOMAR Sp. j. – cena brutto – 294 490,29 zł.

W zawiadomieniu z dnia 3 lipca 2012 r., doręczonym 4 lipca 2012 r. zamawiający powiadomił odwołującego, że „zobowiązany był odrzucić Państwa ofertę z następującego powodu: Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wykonawca złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadnienie: Brak harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego. Zgodnie z pkt 8a SIWZ nie złożono dokumentu: harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy. Zawierający wszystkie koszty, składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne rodzaje robót.”

W tym samym terminie 4 lipca 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Ryszarda Adaszyńskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo ADREL.

Odwołujący w dokumentacji swojej ofert zawarł kosztorys ofertowy, opracowany metodą uproszczoną wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów w tabeli elementów rozliczeniowych w kwocie 239 423,00 zł, będącą ceną netto oferty. Określił wartość robót w rozbiu na 11

elementów, wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia. W formularzu oferty podał, że termin wykonania wynosi 120 dni od daty udzielenia zamówienia.

W formularzu oferty oznaczył również termin płatności – 30 dni.

Okoliczność bezsporną stanowi, że odwołujący nie przedstawił w dokumentach oferty osobnego dokumentu, który nosił nazwę harmonogramu rzeczowo-finansowo-terminowego robót.

Przystępujący Ryszard Adaszyński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo ADREL w dokumentach swojej ofert złożył kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną, bez zbiorczego zestawienia kosztów w tabeli elementów rozliczeniowych. Złożył natomiast dokument nazwany harmonogramem rzeczowo-terminowo-finansowym z wyspecyfikowaniem 11 pozycji robót składających się na przedmiot zamówienia, opisany przez zamawiającego jako zbiorcze zestawienie kosztów w tabeli elementów rozliczeniowych oraz z określeniem w tym dokumencie, że termin wykonania wynosi 120 dni od daty udzielenia zamówienia. Przy wyszczególnieniu robót przystępujący nie podał ich poszczególnych wartości.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania skoro jego oferta, jako zawierająca najkorzystniejszą cenę została odrzucona. Zatem był uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp, czynności i zaniechania zamawiającego w trakcie oceny złożonej oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, narażając go na poniesienie szkody.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który to przepis obliguje zamawiającego do podjęcia wymienionej czynności jeżeli treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie zapewnia realizacji zamówienia zgodnie z takimi wymogami zamawiającego, którym nadał on rangę przedmiotowo istotnych. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego spełnienia zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie zamówień publicznych, przyjmuje się powszechnie, że treść oferty wykonawcy to jego jednostronne zobowiązanie do

realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy, jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Powinnością zamawiającego było zatem wykazanie, że oferta odwołującego, którą zdecydował się odrzucić, zawiera niezgodność z SIWZ o charakterze istotnym, w myśl ciężaru dowodu spoczywającego na stronie wywodzącej z faktów skutki prawne (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 6 K.c. w zw. z art. 14 Pzp.). W przekonaniu Izby, zamawiający takiego dowodu nie przeprowadził.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia sprawy, przy dokonanych wyżej ustaleniach dowodowych, w tym dotyczących przedmiotowo istotnych postanowień SIWZ, należało zważyć, że stosownie do art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. W skład dokumentacji projektowej, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072) – wchodzi, jak stanowi § 4 ust. 1 wymienionego rozporządzenia:

- 1) projekt budowlany,
- 2) projekty wykonawcze,
- 3) przedmiar robót,
- 4) informacja BIOZ.

Przepisy powołanego rozporządzenia nie zaliczają wprost harmonogramu rzeczowo-finansowego do zakresu dokumentacji, służącej do opisu przedmiotu zamówienia.

Każdorazowo, w oparciu o art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest określić w SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na tej podstawie, zamawiający był władny, aby walor istotnych - nadać tym postanowieniom SIWZ, które w jego ocenie tego wymagały, włącznie z odnoszącymi się do harmonogramu.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę brzmienie przytaczanych wyżej postanowień SIWZ oraz wzoru umowy, zamawiający nie nadał rangi istotnych postanowień SIWZ tym wymaganiom, które dotyczyły sposobu wykonania zamówienia, w zakresie terminów realizacji poszczególnych elementów prac składających się na przedmiot zamówienia, określonych wstępnym harmonogramem robót. Nie wyznaczył bowiem wiążących wykonawcę terminów etapów zakończenia robót, nie narzucił też wielkości przerobów w

oznaczonym czasie, które stanowiły by *essentia negotii* w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. - umowy o realizację zamówienia publicznego.

Nie przekonała równocześnie Izby, argumentacja odwołującego, że w każdej sytuacji, harmonogram rzeczowo-finansowy robót ma charakter dokumentu informacyjnego, poglądowego. Zdaniem Izby, wykonawca składając ofertę, nie może pomijać żadnego z wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ. Różnica jest taka, że w przypadku, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej normy. W innych przypadkach, gdy brak nie dotyczy treści oferty, oferta może podlegać uzupełnieniu, np. w odniesieniu do dokumentów przedmiotowych, czy informacji niemieszczących się w pojęciu „treść oferty.”

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę brzmienie przytaczanych wyżej postanowień SIWZ jak również wzoru umowy, zamawiający nie podniósł do rangi istotnych postanowień SIWZ wymagania złożenia wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowo-terminowego, ani danych w nim zawartych. W ujęciu SIWZ opracowanej przez zamawiającego - dokument harmonogramu robót, składany wraz z ofertą ma charakter informacyjny – może też być jednostronnie korygowany przez zamawiającego i wymaga również zatwierdzenia przez zamawiającego, po ponownym jego złożeniu przez wykonawcę wybranego do realizacji zamówienia. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do zmiany przez wykonawcę przedstawionego w ofercie harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowego w zależności od wysokości posiadanych środków finansowych. Terminy wykonania poszczególnych elementów przedmiotu umowy, które mogą stanowić osobny element odbioru częściowego z uwzględnieniem terminów realizacji każdego z tych elementów określać będzie harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, który wykonawca jest zobowiązany opracować w terminie 14 dni od daty podpisania umowy na podstawie harmonogramu złożonego przez wykonawcę w ofercie przetargowej. Zamawiający w ciągu 7 dni od daty otrzymania ww. harmonogramu może wnieść do niego uwagi, które wykonawca winien uwzględnić. Powyższe wskazuje na orientacyjny charakter harmonogramu robót, wymaganego w dokumentach oferty. A więc dopiero zatwierdzony lub skorygowany przez zamawiającego harmonogram szczegółowy, będzie podstawą do przyjęcia przez strony sposobu realizacji zamówienia w zakresie zaoferowanych elementów robót podlegających odbiorom częściowym, ich kosztów i terminów realizacji, oznaczonych tym harmonogramem.

Wiążące natomiast jest dochowanie umownego terminu całkowitego zakończenia robót w okresie 120 dni od daty udzielenia zamówienia, określonego w formularzu oferty.

Zamawiający przyznał, że harmonogram złożony w ofercie wykonawcy - traktował jako wstępny, z czego wynikało, że doprecyzowanie tego harmonogramu zastrzegł sobie na etapie po zawarciu umowy. Zamawiający wymagając złożenia harmonogramu, standardowo określił jego funkcje kontroli bieżącej postępu prac i ich fakturowania - w oparciu o odbiory częściowe i odbiór końcowy robót, a także wydatkowania środków zgodnie z planowanymi nakładami rzeczowymi. Izba uznała za udowodnione, a ponadto przyznane przez zamawiającego, że zakres całkowity świadczenia i jego wycena (kompletność) w złożonym kosztorysie ofertowym, jako istotnego elementu umowy, jak również zadeklarowany termin wykonania zamówienia w ofercie odwołującego – jest odpowiedni, zgodny z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy, pozostało rozpatrzenie przez Izbę innych okoliczności spornych między stronami, tj. dotyczących spełnienia przesłanek ustawowych pozwalających na uzupełnienie oferty odwołującego o dokument harmonogramu rzeczowo – finansowo - terminowego, czy też dopuszczenie wyjaśnień w odniesieniu do harmonogramu.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że aczkolwiek nie złożył on osobnego dokumentu – nazwanego harmonogramem, to informacje które ów harmonogram winien zawierać przedstawił w swojej ofercie w sposób pełny. Odwołujący nie musiał się nawet powoływać na kosztorys ofertowy złożony w dokumentach oferty, opracowany na bazie przedmiaru robót, opisującego roboty w technologicznej kolejności ich wykonania. Odwołujący zgodnie z wymaganiami SIWZ – w odniesieniu do kosztorysu ofertowego w oparciu o udostępniony przedmiar - złożył bowiem zbiorcze zestawienie kosztów w tabeli elementów rozliczeniowych, stanowiącej składową przedmiaru - w kwocie zbiorczej 239 423,00 zł., odpowiadającej cenie netto jego oferty. Określił wartość robót w rozbiciu na 11 elementów, wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia. W formularzu oferty podał, że termin wykonania wynosi 120 dni od daty udzielenia zamówienia. Płatność wynagrodzenia określił w terminie 30 dni po odbiorze końcowym. W ocenie Izby, są to informacje, które według wymagań zamawiającego miały znaleźć się w harmonogramie rzeczowo-finansowo- terminowym, składanym w dokumentach oferty - wstępnym.

Porównując zawartość dokumentów oferty wykonawcy wybranego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo ADREL nie można było nie zauważyć, iż tabelę zbiorczego zestawienia kosztów elementów rozliczeniowych nazwał on harmonogramem rzeczowo-finansowo-terminowym, powtarzając samo wyspecyfikowanie zakresów robót – bez określenia ich wartości, z zaznaczeniem terminu wykonania robót na 120 dni. Zamawiający wymagał aby harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, zawierał wszystkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do

zrealizowania przedmiotu zamówienia z ich podziałem na poszczególne rodzaje robót. Tabela elementów scalonych oparta jest na kosztorysie ofertowym, i podsumowuje dane z tego kosztorysu. W przekonaniu Izby, to właśnie odwołujący zawarł w swojej ofercie pełniejsze dane niż przystępujący, biorąc pod uwagę sposób wypełnienia rzeczono harmonogramu przez przystępującego, nie zawierającego wymaganych w SIWZ danych finansowych. Mimo tego, zamawiający przyjął harmonogram przystępującego za właściwy i po odrzuceniu najkorzystniejszej cenowo oferty odwołującego – dokonał wyboru oferty przystępującego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, jedynie wówczas, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego, było zatem ustalenie, czy stwierdzone niezgodności w dokumentach oferty odwołującego nadają się do uzupełnienia, nie naruszając pierwotnej treści oferty, bez składania odmiennych w swoim znaczeniu oświadczeń woli - czego nie dozwala art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, oraz czy dokonane uzupełnienie dokumentu harmonogramu nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopiero w okolicznościach, gdy oferta wykonawcy nie poddaje się uzupełnieniu, z zachowaniem wyżej przytoczonych reguł, zamawiający władny jest ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mimo, że zamawiający opisał harmonogram złożony w dokumentacji oferty jako wstępny, doprecyzowanie tego harmonogramu w ofercie wybranego wykonawcy i swoją akceptację, zastrzegł przed zawarciem umowy, to harmonogramy przedstawione przez wszystkich wykonawców na etapie złożenia oferty, musiały być sporządzone zgodnie z wymaganiami SIWZ i w sposób porównywalny. Zamawiający będzie zatem zobowiązany doprowadzić oferty do stanu poprawnego, stosując procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wezwać odwołującego do złożenia harmonogramu robót. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu byli związani opisem żądanych dokumentów zamieszczonym w SIWZ i odwołujący ma obowiązek uzupełnić wymieniony harmonogram, bez względu na jego charakter – jako dokumentu wymaganego w SIWZ i potrzebnego zamawiającemu do podanych celów. Skoro zamawiający życzył sobie przedstawienia określonego dokumentu, nawet mającego charakter wstępny, pomocniczy, informacyjny, którego nie można odnosić do treści oferty – to nie oznacza, iż wymóg ten może zostać dowolnie zignorowany, czy też zastąpiony zbiorem danych, możliwych do ustalenia w oparciu o inne dokumenty oferty. Kosztorys ofertowy pełni w ofercie wykonawcy inną funkcję niż harmonogram robót.

Postępowanie dowodowe w sprawie, potwierdziło zasadność czynionych zamawiającemu przez odwołującego zarzutów naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo, że jej treść pozostawała zgodna z treścią SIWZ. Naruszenie wskazanych przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania, skoro oferta odwołującego, która była najkorzystniejsza w oparciu o kryterium ceny - bez poprzedzenia obligacyjną procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - została odrzucona. W ocenie Izby, brakującego dokumentu harmonogramu – jako nieistniejącego, a dotyczącego w ogólnosc potwierdzenia przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego - nie można jednak uzupełniać w drodze wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – jak postulował odwołujący. Ponadto przepis ten odnosi się do wyjaśnienia treści oferty, a nie do usuwania niezgodności oferty o charakterze formalnym, do jakich Izba zaliczyła nieprzedstawienie harmonogramu robót, w okolicznościach danej sprawy.

Przeprowadzone w sprawie dowody, potwierdziły, że wybór do realizacji zamówienia oferty przystępującego naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie była to oferta najkorzystniejsza w ustalonym kryterium ceny.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp, miały istotny wpływ na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, skoro najkorzystniejsza cenowo oferta odwołującego została odrzucona bez dokonania jej możliwego uzupełnienia.

W następstwie stwierdzonych nieprawidłowych czynności oraz zaniechań wobec oferty odwołującego, zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji – co szczególnie dotyczy odstąpienia od wymagań SIWZ w odniesieniu do harmonogramu przystępującego, który nie określił w nim wymaganych kosztów poszczególnych rodzajów robót składających się na przedmiot zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione, kosztami postępowania należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie § 3

pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....