

WYROK

z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez wykonawcę **Segi-Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie Górnym** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Związek Międzygminny „Czysty Region” z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. K. oraz A. K. Firma Handlowa „Euro-Standard” s.c. z siedzibą w Opolu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Związek Międzygminny „Czysty Region” z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Segi-Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie Górnym, tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Związku Międzygminnego „Czysty Region” z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu na rzecz wykonawcy Segi-Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie Górnym kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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:

Uzasadnienie

Związek Międzygminny „Czysty Region” z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na terenie Gminy Kolonowskie zrzeszonej w Związku z Międzygminnym „Czysty Region”*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 września 2020 r. pod numerem 584239-N-2020.

W dniu 26 października 2020 r. wykonawca Segi-Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie Górnym, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sprzeczne z prawem dokonanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień na skutek czego doszło do zmiany treści oferty w zakresie informacji zawartych w harmonogramie rzeczowo-finansowym zarówno co do wartości, jak i terminów wykonania poszczególnych robót, a także do uzupełnienia harmonogramu pomimo, że stanowi on treść oferty i nie podlega uzupełnieniu ani jakiegokolwiek korekcie,

3. a poprzez to naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, którego treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. K. oraz A. K. Firma Handlowa „Euro-Standard” s.c. z siedzibą w Opolu, dalej „Euro-Standard”, jako sprzecznej z treścią SIWZ oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca Euro-Standard dokonywał dwukrotnie zmian w harmonogramie, stanowiącym treść oferty, zarówno co do wartości w nim wskazanych, jak i terminów realizacji, zmieniając w ten sposób treść oferty. Wykonawca Euro-Standard do oferty załączył harmonogram rzeczowo-finansowy, dalej „HRF”, w którym podane wartości są różne, a załączony do oferty HRF zawiera tak wiele omyłek, że nie ma możliwości

dokonania ich poprawy bez ingerencji w treść oferty przez wykonawcę. Dodatkowo, wykonawca Euro-Standard, wbrew obowiązkowi wynikającemu z pkt 5.2 SIWZ, nie w jednym, ale wielu punktach pierwotnie złożonego, a więc jedynego ważnego HRF, podzielił należności w poszczególnych pozycjach, nie przyporządkowując ich do jednej konkretnej płatności, ale do obu, co stanowi kolejną sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ niemożliwą do poprawienia, a więc skutkującą odrzuceniem oferty.

Zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wykonawca wykorzystał to wezwanie, nie do złożenia wyjaśnień, tylko do zmiany treści oferty w zakresie wartości i terminów wskazanych w pierwotnym HRF. Zdaniem Odwołującego jedyną okolicznością podlegającą wyjaśnieniu była ewentualnie kwestia poz. 8.1 i 8.2, 9.1 i 9.2 oraz 10.1 i 10.2. W wyniku tak złożonych wyjaśnień Zamawiający co do zasady powinien poprawić ewentualne omyłki, gdyby taka poprawa była możliwa. Zamawiający jednak dopuścił do zmiany treści oferty i przyjął nowe HRF. Analizując treść zmienionych dokumentów należy wskazać na zmianę w poz. 1.5, zmianę sumy wartości kolumn 5 i 6, co wynika ze zmian wartości za poszczególne roboty, zmian w poz. 3, gdzie wynagrodzenie zmienia się z kwoty 126.075,00 zł na kwotę 137.075,00 zł, a w trzecim HRF znów pojawia się wynagrodzenie na poziomie 126.075,00 zł. Ponadto HRF zawiera kolejną wadę - wykonawca w 1 i 3 HRF wskazuje na poz. 7, która zgodnie z modyfikacją SIWZ z 29 września 2020 r. nie stanowi zakresu przedmiotu zamówienia i nie powinna być wyceniana. Tym samym pierwszy oraz trzeci HRF, jest również sprzeczny z wymogami SIWZ w tym zakresie.

Wykonawca poza zmianami wartości poszczególnych robót zmienił również terminy realizacji, co mając na uwadze postanowienia umowy, że wykonawca jest zobowiązany do realizacji poszczególnych robót zgodnie z HRF jest zmianą istotną. W ten sposób wykonawca przedłużył sobie realizację niektórych robót. W konsekwencji wszystkie trzy HRF są wadliwe i niezgodne z SIWZ, tym samym oferta wybranego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Pismem z dnia 29 października 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości i wskazując, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania - jego oferta nie była najkorzystniejsza, a cena przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający dokonywał oceny ofert w oparciu o dwa kryteria, tj. cenę i długość okresu gwarancji. Oferta Odwołującego uplasowała się w rankingu ofert na trzecim miejscu.

Niezależnie od powyższego, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że stawiane w nim zarzuty, zdaniem Zamawiającego, są niesłuszne. Odwołujący przyjął błędnie, jakoby załączony do ofert wykonawców harmonogram rzeczowo-finansowy miał należeć do istotnych postanowień oferty; uznał też że wykonawca Euro-Standard dokonał

zmian w ofercie. Niemniej harmonogram nie dotyczy żadnego z istotnych postanowień umowy. Dodatkowo w harmonogramie nie ma żadnych informacji mających wpływ na ocenę ofert. Ponadto, Zamawiający nie dokonywał modyfikacji SIWZ dnia 29.9.2020 r., wbrew temu, co twierdzi Odwołujący. Zamawiający udzielił jedynie wyjaśnień co do sposobu wypełniania załącznika zawierającego harmonogram. Siłą rzeczy Zamawiający nie mógł dyskwalifikować ofert z powodu innego, niż sugerowany wówczas, sposobu wypełnienia załącznika, jeśli te oferty wpłynęły przed 29.9.2020 r. Oferta wspólników spółki cywilnej Euro-Standard wpłynęła przed ową datą, a więc nie można było uznać jej za niezgodną z SIWZ.

Zamawiający przyznał, że harmonogram istotnie stanowi część oferty, ale nie wyklucza to dokonywania zmian w jego treści. Wszak usuwanie omyłek pisarskich i rachunkowych oraz innych także stanowi modyfikację treści oferty, a podstawą prawną wezwań kierowanych do wykonawcy był art. 87 ust.1 ustawy Pzp, a więc przepis dotyczący wyjaśniania treści oferty. Wykonawca udzielił wyjaśnień co do wysokości poszczególnych części wynagrodzenia opisanego w ofercie (przy niezmiennej sumie końcowej) oraz wyjaśnień co do terminów częściowych wykonania prac — usuwając wewnętrzną sprzeczność w treści oferty. Dokonał tego poprzez przedłożenie harmonogramu bez błędów rachunkowych i z datami odpowiadającymi temu, co wynika z treści oferty, tym samym nie naruszono art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi do postanowień SIWZ, oferty złożonej przez wykonawcę Euro-Standard, odpowiedzi składanych przez wykonawcę Euro-Standard na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 listopada 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych na terenie Gminy Kolonowskie zrzeszonej w Związku z Międzygminnym „Czysty Region”.

Zgodnie z pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”:

5.1. Wybrany w postępowaniu wykonawca zobowiązany będzie realizować zamówienie w terminach zgodnych z harmonogramem rzeczowo-finansowym, przy czym termin zakończenia zamówienia, rozumiany tak jak to określono w załączniku Istotne dla stron postanowienia umowy, nie może być dłuższy niż 31 grudnia 2020 roku.

5.2. Wzór harmonogramu został przedstawiony w załączniku do niniejszej SIWZ i musi zawierać terminy realizacji wskazanych we wzorze części zamówienia, ich wartości brutto oraz przyporządkowanie danej części do jednej z dwóch płatności jak również informację czy dane części będą wykonywane przy udziale podwykonawcy.

5.3. Harmonogram rzeczowo-finansowy, o którym mowa, powinien zostać przygotowany z uwzględnieniem rezerwy czasowej, w szczególności w związku z możliwością zaistnienia niekorzystnych warunków pogodowych i gruntowych, mogących ograniczyć postęp robót w okresie jesienno-zimowym.

Zgodnie z pkt 8.4. SIWZ Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w punkcie tym nie ma mowy o harmonogramie.

Stosownie do pkt 15.5.6 SIWZ Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta”, przy czym musi ona zawierać harmonogram rzeczowo-finansowy, o którym mowa w pkt 5.2 SIWZ.

Harmonogram zawierał 7 kolumn: 1 – lp.; 2 – zakres rzeczowy; 3 – kwota brutto (zł); 4 termin realizacji (do dnia); 5 podwykonawstwo tak/nie; I płatność (kwota brutto); II płatność (kwota brutto). Wykonawcy zobowiązani byli wycenić następujące pozycje: 1. Roboty drogowe; 1.1 Nawierzchnie; 1.2 Krawężniki; 1.3 Wjazd; 1.4 Ogrodzenie terenu; 1.5 Trawniki i zieleń; 1.6 Ścieżka ekologiczna EDU; 2. Kontener socjalno-biurowy; 2.1 Wyposażenie; 3. Wyposażenie (kontenery, pojemniki); 4. Kontenery magazynowe; 4.1 Wyposażenie; 5. Waga samochodowa; 6. Wiata magazynowa; 7. Boksy; 8. Kanalizacja sanitarna w tym: 8.1 Roboty ziemne; 8.2 Roboty montażowe; 9. Kanalizacja deszczowa w tym: 9.1 Roboty ziemne 9.2 Roboty montażowe; 10. Przyłącze wodociągowe w tym: 10.1 Roboty ziemne; 10.2 Roboty montażowe; 11. Roboty elektryczne; 11.1 Oświetlenie terenu i monitoring. W harmonogramie należało również podać sumę ww. pozycji, a także sumę I i II płatności oraz planowany termin wystawienia faktury w odniesieniu do pierwszej i drugiej płatności.

Zgodnie z §4 ust. 2 Istotnych postanowień umowy, dalej „IPU”, Wykonawca jest zobowiązany wykonywać roboty zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, stanowiącym część oferty Wykonawcy.

Zgodnie z §4 ust. 3. IPU Harmonogram wskazany w ust. 2 stanowi załącznik do niniejszej Umowy.

Zgodnie z §11 ust. 4 IPU *Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 będzie wypłacone w dwóch częściach, zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym.*

Zgodnie z §11 ust. 5 IPU *Podstawą dla wystawienia faktur VAT w każdym przypadku, będą podpisane przez branżowego inspektora nadzoru oraz inspektora koordynującego protokoły odbioru wraz z tabelą elementów rozliczeniowych, za wykonanie poszczególnych części robót (odpowiednio: częściowe i końcowy), zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, stwierdzające bezusterkowe ich wykonanie.*

Zgodnie z §12 ust. 2 IPU *Strony ustalają odbiory częściowe elementów robót, stanowiących odrębną całość, stosownie do części w jakich ma być płatne wynagrodzenie zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym.*

Zgodnie z §15 ust. 1 pkt 7 IPU *Zamawiający może odstąpić od Umowy w terminie do 90 dni, licząc od dnia, w którym dowiedział się o zaistnieniu następujących okoliczności: pozostawania przez Wykonawcę w zwłoce z realizacją przedmiotu Umowy tak dalece, że wątpliwe jest dochowanie określonego w § 4 ust 1 Umowy terminu zakończenia robót oraz po mimo przedstawienia Zamawiającemu uaktualnionego harmonogramu rzeczowo finansowego i programu naprawczego.*

Zgodnie z §16 ust. 1 pkt 1 IPU *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: za każdy dzień zwłoki w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 lub innego terminu ustalonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym – w wysokości odpowiednio 0,1 % wynagrodzenia całkowitego brutto wskazanego w § 9 ust. 1 lub w pozycji harmonogramu której dotyczy zwłoka.*

§17 ust. 2 IPU przewiduje możliwość dokonania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w zakresie m.in. przedłużenia terminów wykonania zamówienia lub jego części wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Pismem z dnia 22 września 2020 r. Zamawiający zmodyfikował pkt 5.1 SIWZ w zakresie terminu zakończenia zamówienia poprzez wskazanie, że *5.1. Wybrany w postępowaniu wykonawca zobowiązany będzie realizować zamówienie w terminach zgodnych z harmonogramem rzeczowo-finansowym, przy czym termin zakończenia zamówienia, rozumiany tak jak to określono w załączniku Istotne dla stron postanowienia umowy, nie może być dłuższy niż 28 luty 2021 roku.*

Pismem z dnia 29 września 2020 r. Zamawiający odpowiadając na pytanie wykonawcy czy wymaga realizacji boksów (takowych obiektów nie ma w dokumentacji) i tym

samym wypełnienia poz. 7 harmonogramu, wskazał, że zapis jest dotknięty omyłką pisarską - poz. 7 załącznika nie powinno być. Zamawiający nie wymaga realizacji boksów, a w wierszu nr 7 załącznika, w polach 3-6 wykonawcy winni wstawić cyfry „0” lub zakreślać ten wiersz tabeli.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do 30 września 2020 r., oferty złożył m.in. Odwołujący oraz wykonawca Euro-Standard, który załączył do oferty harmonogram, podając następujące kwoty i termin realizacji: 1. Roboty drogowe - 150.622; 15.12.2020 r.; 1.1 Nawierzchnie – 50.799; 15.01.2021 r.; 1.2 Krawężniki – 15.621; 15.01.2021 r.; 1.3 Wjazd – 97.293; 15.01.2021 r.; 1.4 Ogrodzenie terenu – 39.360; 15.01.2021 r.; 1.5 Trawniki i zieleń – 62150; 31.01.2021 r.; 1.6 Ścieżka ekologiczna EDU – 23.124; 31.01.2021 r.; 2. Kontener socjalno-biurowy – 54.120; 15.01.2021 r.; 2.1 Wyposażenie – 21.217,5; 15.02.2021 r.; 3. Wyposażenie (kontenery, pojemniki) – 126.075; 15.02.2021 r.; 4. Kontenery magazynowe – 86.100; 15.01.2021 r.; 4.1 Wyposażenie – 21.894; 15.02.2021 r.; 5. Waga samochodowa – 87.822; 31.01.2021 r.; 6. Wiata magazynowa – 132.471; 31.02.2021 r.; 7. Boksy – 11.000; 31.01.2021 r.; 8. Kanalizacja sanitarna w tym: - 24.600; 31.12.2020 r.; 8.1 Roboty ziemne 8.600; 8.2 Roboty montażowe – 16.000; 9. Kanalizacja deszczowa w tym: - 36.900; 31.12.2020 r.; 9.1 Roboty ziemne – 16.900; 9.2 Roboty montażowe – 20.000; 10. Przyłącze wodociągowe w tym: - 14.760; 31.12.2020 r.; 10.1 Roboty ziemne – 6.760; 10.2 Roboty montażowe – 8.000; 11. Roboty elektryczne – 15.522; 15.02.2021 r.; 11.1 Oświetlenie terenu i monitoring – 60 000; 15.02.2021 r. Równocześnie wskazał kwotę 1.075.450,50 jako sumę ww. pozycji oraz kwotę 488.572 jako sumę pierwszej płatności z planowanym terminem wystawienia faktury na 31.12.2020 r. oraz kwotę 586.878,50 zł jako sumę drugiej płatności z planowanym terminem wystawienia faktury na 28.02.2021 r. W przypadku wielu pozycji wykonawca podzielił płatności w taki sposób, że przyporządkował je zarówno dla I, jak i II płatności (dotyczy to pozycji 1, 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 5, 6, 8, 9, 10).

Zamawiający pismem z dnia 6 października 2020 r. zwrócił się do wykonawcy Euro-Standard o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp treści oferty wskazując, że Harmonogram miał obejmować ogółem 11 sumarycznych pozycji, oznaczonych kolejnymi cyframi arabskimi — przy czym pozycje nr 1, 2, 4, 8, 9, 10 i 11 obejmują także pozycje składowe, oznaczone odnośną cyfrą oraz kropką i kolejną cyfrą arabską (np. 1.1, 10.1). Pozycje składowe obejmują roboty wchodzące w skład pozycji zasadniczej — a więc suma wynagrodzenia za ich wykonanie winna ściśle odpowiadać wynagrodzeniu za pozycję zasadniczą (kwoty za pozycje 1.1 — 1.6 muszą sumarycznie równać się kwocie za pozycję 1 itp.). Tymczasem w harmonogramie złożonym przez Wykonawcę, zgodność pozycji zasadniczej z sumą pozycji składowych zachodzi jedynie w przypadku pozycji 8 i 9 — nie ma jej zaś w pozycjach 1, 2, 4, 10 i 11. Wzywa się więc Wykonawcę do oświadczenia, czy

powyższa rozbieżność jest zabiegiem celowym, czy też stanowi omyłkę; w tym drugim przypadku wzywa się do przedłożenia harmonogramu, w którym pozycje składowe wchodzące w skład punktów, czyli wartości z wierszy 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6; 2.1; 4.1; 8.1, 8.2; 9.1, 9.2; 10.1, 10.2 będą odpowiadały co do sumy wynagrodzenia odpowiednio kwotom wskazanym w punktach 1, 2, 4, 10 i 11.

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca Euro-Standard wyjaśnił, że zaistniała rozbieżność w harmonogramie stanowi omyłkę i przedłożył poprawiony harmonogram, gdzie zmienił kwoty brutto w odniesieniu do pozycji: 1, 1.1, 1.5, 2, 3, 4, 11. Pozycję 7 zostawił niewypełnioną. Kwota końcowa pozostała bez zmian. Wykonawca zmienił też termin realizacji w odniesieniu niemalże do każdej pozycji, prócz poz. 1.1-1.4 oraz przyporządkował pozycje do jednej z dwóch płatności.

Pismem z dnia 12 października 2020 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do wykonawcy Euro-Standard w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie sprzeczności i złożenie ewentualnie skorygowanych dokumentów, podnosząc, że *w odniesieniu do drugiego uzupełnionego harmonogramu w kolumnie 4 - Termin realizacji do dnia wykonawca podał wyłącznie daty z roku 2020, a więc terminy, które już upłynęły; w porównaniu z pierwotną treścią załącznika, w której w wierszu 7. („Boksy”) widniała kwota 11.000 zł, co było zgodne z SIWZ w dacie składania oferty, obecnie w tej pozycji nie widnieje żadna kwota.*

W odpowiedzi na powyższe, wykonawca Euro-Standard wyjaśnił, że *podanie dat z roku 2020, które już upłynęły nastąpiło wyłącznie przez pomyłkę. Oczywiście przy każdej z tych dat powinien widnieć rok 2021 zamiast 2020. W poprzedniej poprawce harmonogramu wykreśliliśmy pozycję kwotową z wiersza 7 „Boksy” w związku z Państwa odpowiedzią na zapytanie innego Wykonawcy czy powinny one istnieć w harmonogramie. Nasza firma złożyła ofertę zanim pojawiło się owo pytanie i Państwa odpowiedź. Wtedy ujęliśmy kwotę za boksy w harmonogramie. Natomiast po pierwszym wezwaniu nas do poprawienia harmonogramu zasugerowaliśmy się Państwa odpowiedzią, że nie powinno ich być. Stąd ta sprzeczność. W związku z powyższym przedstawiamy poprawiony harmonogram rzeczowo-finansowy.*

W dniu 21 października 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty jako najkorzystniejszej wykonawcy Euro-Standard.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca. Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 27 października 2020 r. (w dokumentacji postępowania znajduje się stosowne pismo oraz potwierdzenia wysłania do wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu). Izba ustaliła dalej, że do Zamawiającego drogą elektroniczną wpłynęło pismo wykonawcy Euro-Standard tego samego dnia, tj. 27 października 2020 r., informujące, że wykonawca przystępuje do postępowania odwoławczego (ww. pismo zostało również załączone przez Zamawiającego do odpisu odpowiedzi na odwołanie przekazanego Odwołującemu). Następnie, Izba ustaliła, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne pismo od wykonawcy Euro-Standard. Nadto, Odwołujący oświadczył, że nie otrzymał od wykonawcy Euro-Standard kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Euro-Standard. Dodatkowo, pismo z dnia 27 października 2020 r. adresowane jest i przesłane tylko do Zamawiającego, a z jego treści nie wynika do której strony wykonawca Euro-Standard przystąpił. Wykonawca Euro-Standard nie wskazał też interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Stąd też należy uznać, że przystąpienie niespełniające wymogów co do formy wniesienia (zgłoszenie przystąpienia nie zostało doręczone Prezesowi KIO, ani w formie pisemnej w postaci papierowej ani elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym) czy też braków formalnych w postaci braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także z uwagi na oświadczenie Odwołującego, iż nie została mu przekazana przez wykonawcę kopia przystąpienia, nie może być uznane za skuteczne, zatem Izba była zobligowana nie dopuścić wykonawcy Euro-Standard do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego co do braku interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Zamawiający podnosił, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, zatem nie wykazał on interesu we wniesieniu odwołania oraz wskazywał, że oferta innego wykonawcy otrzymała wyższą liczbę punktów niż oferta Odwołującego.

Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, art. 179 ust.1 ustawy Pzp mówi o interesie w uzyskaniu danego zamówienia, a nie o interesie prawnym we wniesieniu odwołania. Następnie Izba wskazuje, że interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć (zresztą Zamawiający nie złożył nawet oświadczenia na rozprawie, że powyższej kwoty nie może zwiększyć), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku gdy oferta Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego, prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania.

Odnosząc się zaś do argumentacji Zamawiającego, że oferta Odwołującego otrzymała w kryterium oceny ofert mniejszą liczbę punktów od drugiego w kolejności wykonawcy, należy wskazać, że skoro oferta Odwołującego nie jest odrzucona, to Odwołujący cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą Pzp decyzji zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu sprowadzała się do roli przedłożonego wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo-finansowego i uznania czy na podstawie postanowień SIWZ stanowi dokument mający status treści oferty. Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 16 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2558/14 *W orzecznictwie i piśmiennictwie wypracowane zostały reguły, których przeanalizowanie pozwala na odpowiedź czy na gruncie danej SIWZ wymagany przez zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi treść oferty. Wskazuje się m.in. na następujące cechy: a) zakwalifikowanie dokumentu jako załącznika do umowy (integralnej*

części umowy), który ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy, b) powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót, określonych i wyszczególnionych w harmonogramie, c) zastrzeżenie kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie.

W ocenie składu orzekającego każdy z powyższych elementów został spełniony w niniejszym postępowaniu, co oznacza, że harmonogram finansowo-rzeczowy, który wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą stanowił treści oferty, tj. zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych (określonych) etapów robót w zadeklarowanych czasookresach (terminach) a także wymagany w SIWZ sposób fakturowania robót i ich rozliczania. Harmonogram nie tylko był powiązany ze wzorem umowy (we wzorze umowy zostały zastrzeżone kary umowne za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do terminu ustalonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym), i stanowił do niej załącznik, ale co więcej zawierał termin realizacji prac i płatności w podziale na dwa etapy, które miały być rozliczane w odpowiednim czasie. Nie sposób więc przypisać mu waloru orientacyjnego. Harmonogram i terminy w nim wskazane wykonania zamówienia były wiążące dla wykonawcy, nie mogły ulec zmianie (ich zmiana mogła być dokonywana tylko w określonych w umowie okolicznościach, zgodnie z §17 IPU). Jeśli więc wykonawcy zobowiązani byli podawać w harmonogramie dane dotyczące wartości i terminu realizacji poszczególnych etapów robót, to informacje te stanowią zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych etapów robót o określonej wartości w tych terminach. Zobowiązanie to stanowi treść oferty i nie podlega zmianom po terminie składania ofert.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że błędy w harmonogramie, załączonym do oferty wykonawcy Euro-Standard, winny skutkować odrzuceniem tejże oferty. Po pierwsze wykonawca, niezgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 5.2 SIWZ) w wielu pozycjach podzielił należności, nie przyporządkowując ich do jednej konkretnej płatności, ale do obu (pierwszej i drugiej), co stanowi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ niemożliwą do poprawienia, a więc skutkującą odrzuceniem oferty.

Po drugie, wykonawca Euro-Standard w harmonogramie, załączonym do oferty wycenił pozycję nr 7, która zgodnie z modyfikacją SIWZ z 29 września 2020 r., nie stanowi zakresu przedmiotu zamówienia i nie powinna być wyceniana. Tym samym harmonogram jest sprzeczny z wymogami SIWZ. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że ww. modyfikacja stanowiła jedynie sugestię co do sposobu wypełnienia harmonogramu. Ww. wyjaśnienie, udzielone przez Zamawiającego, zostało zamieszczone na stronie internetowej i stało się integralną częścią SIWZ oraz na równi z jej pozostałymi postanowieniami obowiązywało wszystkich wykonawców. Odpowiedzi na pytania wykonawców są uznawane

za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2412/15). Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, winien przestrzegać zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przejawia się ona również w tym, że wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie obowiązują wyjaśnienia opublikowane przez zamawiającego i winni się do nich stosować, a nie tylko sugerować, jak tłumaczył Zamawiający.

Zamawiający nadał wymaganemu w ofercie dokumentowi rangę istotnej treści oświadczenia woli wykonawcy stanowiącego zakres świadczenia objętego niniejszym zamówieniem, a z treści harmonogramu załączonego do oferty wykonawcy można stwierdzić niegodności z treścią SIWZ. Nie są to wady, jakie można rozpatrywać w kategorii omyłek, o których mowa w art. 87 ust 2 ustawy Pzp. Jedynymi omyłkami mogłyby być omyłki rachunkowe, dotyczące zsumowania poszczególnych pozycji, aczkolwiek harmonogram zawiera wiele omyłek, których nie sposób poprawić bez ingerencji w treść oferty przez wykonawcę. Jak słusznie zauważył Odwołujący kwota brutto (kolumna nr 3 po zsumowaniu podanych wartości poszczególnych robót) wynosi faktycznie 1.207.952,50 zł brutto, a w treści wykonawca wpisał 1.075.450,50 zł. brutto. Nawet gdyby uznać, że w poz. 1.5 jest omyłka i zamiast 62 150,00 zł powinno być 6 250,00 zł, to co najwyżej Zamawiający winien poprawić omyłkę rachunkową, bowiem suma wskazanych tam kwot z uwzględnieniem tej omyłki to: 1.151.810,00 zł. Suma kolumny 5 to 488.672, 00 zł, a nie jak wskazano - 488.572,00 zł. Zaś suma kolumny 5 i 6 to 1.075.550,50 zł, czyli również odmiennie niż to wskazano w podsumowania kolumny 3. Tym samym, nie jest możliwe dokonanie poprawy omyłek rachunkowych, bowiem błędy we wpisywaniu kwot za poszczególne roboty uniemożliwiają samodzielne poprawienie ich przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba doszła do przekonania, że w przedmiotowym postępowaniu harmonogram rzeczowo-finansowy stanowił treść oferty, więc nie podlegał uzupełnieniu czy też zmianie. Izba stwierdziła, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Euro-Standard i dopuścił się naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Równocześnie Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień, na skutek czego doszło do zmiany treści oferty w zakresie informacji zawartych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, zarówno co do wartości, jak i terminów wykonania poszczególnych robót, a także do uzupełnienia harmonogramu pomimo, że stanowi on treść oferty i nie podlega uzupełnieniu. Wykonawca w odpowiedzi na wezwania

Zamawiającego zmienił nie tylko wartości poszczególnych robót, lecz również terminy realizacji, co niewątpliwie stanowi istotną zmianę treści oferty.

W konsekwencji zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w efekcie również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się zasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....