

**WYROK**  
**z dnia 27 marca 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2014 roku przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „HOŁYSZKO” Sp. z o. o., ul. Batorego 55A,** **37-700 Przemyśl** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Orły,** **ul. Przemyska 3, 37-716 Orły,**

przy udziale wykonawcy **K&B Development E. B....., Ł. K..... Spółka Jawna, ul. Piotra Skargi 9, 36-060 Głogów Małopolski,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2 unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
  - 1.3 dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Orły, ul. Przemyska 3, 37-716 Orły,**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „HOŁYSZKO” Sp. z o. o., ul. Batorego 55A, 37-700 Przemyśl** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego **Gminy Orły, ul. Przemyska 3, 37-716 Orły** na rzecz odwołującego **Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego „HOŁYSZKO” Sp. z o. o., ul. Batorego 55A, 37-700 Przemyśl** , kwotę 13 600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Przemyślu.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Gmina Orły [zwana dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej na terenie Gminy Orły.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 lutego 2014 roku pod numerem 25235 - 2014.

W dniu 6 marca 2014 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez „K&B Development” E. B....., Ł. K..... Spółka Jawna oraz o odrzuceniu ofert 10 wykonawców, w tym o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Budowlanego „HOŁYSZKO” Sp. z o. o. [zwanego dalej: „Odwołującym”] oraz o wykluczeniu z postępowania jednego z wykonawców.

W dniu 11 marca 2014 roku Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako nie odpowiadającej *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia* [dalej zwanej: „SIWZ”], mimo braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, przy czym w piśmie procesowym z dnia 24 marca 2014 roku sprecyzował żądanie odwołania wnosząc o:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, że Zamawiający odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie wskazał konkretnego postanowienia SIWZ, z którym jego oferta (a w zasadzie harmonogram prac będący załącznikiem do oferty) jest niezgodna. Wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający powoływał się jedynie na fakt, iż przedłożony przez Odwołującego harmonogram prac „został wypełniony w sposób odmienny od wymagań Zamawiającego w szczególności w zakresie płatności związanych z odmienną realizacją poszczególnych zakresów prac określonych dla kwartału pierwszego i drugiego 2014 r.”.

Odwołujący wskazał, że formularz harmonogramu prac zawierał pola puste oraz oznaczone literą X, przy czym Zamawiający ani w SIWZ, ani w formularzu harmonogramu prac Zamawiający nie zawarł instrukcji w jaki sposób harmonogram prac powinien być wypełniony, w szczególności, że w harmonogramie nie należy wypełniać rubryk pustych, tylko te oznaczone literą X. Wobec powyższego dla Odwołującego było oczywiste, że skoro z treści SIWZ nie wynikał sposób wypełnienia harmonogramu, należało wypełnić pola puste, a te oznaczone literą X (przekreślone) pozostawić nie wypełnione.

Podkreślił, że należy mieć także na uwadze fakt, że w przedmiotowym postępowaniu zdecydowana większość wykonawców wypełniła harmonogram prac w ten sam sposób, co Odwołujący, przy czym spośród dwunastu wykonawców, tylko jeden wypełnił harmonogram zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, a dziesięć ofert odrzucono właśnie z powodu niewłaściwego wypełnienia harmonogramu prac.

Odwołujący dodał także, że Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia jego oferty nie podaje, że przyczyną odrzucenia oferty było wypełnienie harmonogramu niezgodnie z SIWZ, lecz to, że harmonogram został wypełniony „w sposób odmienny od wymagań Zamawiającego”, gdy z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że oferta podlega odrzuceniu jeśli nie odpowiada treści SIWZ, a nie wówczas, gdy jest niezgodna z oczekiwaniami Zamawiającego.

Ponadto, w piśmie procesowym datowanym na dzień 24 marca 2014 roku, a złożonym w toku posiedzenia, Odwołujący wskazał, że harmonogram prac nie miał istotnego znaczenia dla Zamawiającego. Powołał się przy tym na treść postanowień projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, w tym m.in. na zapis, że Zamawiający dopuścił możliwość dokonania odbiorów częściowych po wykonaniu co najmniej pełnego zakresu robót wyszczególnionych w harmonogramie prac. Sformułowanie, iż „Zamawiający dopuszcza możliwość”, prowadzi zdaniem Odwołującego, do wniosku, że postanowienie to nie ma charakteru wiążącego.

Dodatkowo, Odwołujący argumentował, że niewykonalne jest oczekiwanie Zamawiającego, że harmonogram w kształcie niezmienionym, będzie stanowił załącznik do

umowy, z tego względu, że zgodnie z harmonogramem część prac należy wykonać w pierwszym kwartale bieżącego roku.

W dniu 17 marca 2014 roku „K&B Development” E. B....., Ł. K..... Spółka Jawna zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba zważyła i ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

**Izba uznała podniesiony przez Odwołującego zarzut za uzasadniony i uwzględniła odwołanie.**

Izba ustaliła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że: *„Zgodnie z dyspozycją Rozdziału 11. Opis sposobu przygotowania ofert pkt 11.7 ppkt 9 SIWZ Wykonawca wraz z ofertą był zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu harmonogram prac, który został określony Załącznikiem nr 3 do projektu umowy. Z treści złożonych dokumentów przez Wykonawcę wynika, że przedłożony wraz z ofertą harmonogram prac*

*został wypełniony w sposób odmienny od wymagań Zamawiającego w szczególności w zakresie płatności związanych z odmienną realizacją poszczególnych zakresów prac określonych dla kwartału pierwszego i drugiego 2014 r. W tym miejscu należy podkreślić, że Zamawiający w projekcie umowy dopuścił płatności częściowe w oparciu o przedłożony przez Wykonawcę (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego) harmonogram prac, co ma istotne znaczenie dla Zamawiającego ze względu na konieczność zabezpieczenia niezbędnych środków finansowych na realizację płatności w poszczególnych kwartałach oraz prawidłowego rozliczania umowy dotacji udzielonej ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego. Ponadto Zamawiający w treści SIWZ nie przewidział po wyborze najkorzystniejszej oferty ustalania z wykonawcą poszczególnych zakresów oraz terminów prac ( w tym płatności), a tym samym przedłożony wraz z ofertą harmonogram prac w kształcie niezmiennym stanowi załącznik do umowy”.*

Przede wszystkim Izba wskazuje, że nie sposób nie przyznać racji Odwołującemu, że zarówno z treści SIWZ, jak i z formularza harmonogramu prac, nie wynika, w jaki sposób powinien być wypełniony formularz harmonogramu prac.

Z zasad logiki i doświadczenia życiowego wynika, że zazwyczaj wymagane jest, aby zostały wypełnione pola puste, natomiast pola przekreślone, zazwyczaj nie wymagają jakichkolwiek uzupełnień. Zamawiający, jak i Przystępujący wprawdzie w toku rozprawy podnosili, że w tego typu postępowaniach występują formularze, gdzie wypełnia się pola oznaczone znakiem „X” jednak, nie przedstawili żadnych dowodów na potwierdzenie tej tezy. W ocenie Izby dopuszczalne byłoby przyjęcie, że formularz winien być wypełniony w polach oznaczonych znakiem „X” , a w polach pustych bez jakiegokolwiek adnotacji ze strony wykonawców, gdyby Zamawiający przedstawił instrukcję wypełnienia takiego formularza, czy to w treści SIWZ, czy to w samym formularzu.

Podkreślić należy, że zarówno SIWZ, jak i formularz oferty, czy inne dokumenty wymagane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie powinny być skonstruowane w ten sposób by wprowadzać wykonawców w błąd.

Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Dokumenty składane w toku postępowania w zasadzie mają ułatwić przeprowadzenie tego postępowania, umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty. Zadaniem Zamawiającego jest skonstruowanie wymagań w ten

sposób, by były one czytelne i jasne dla wykonawców. Wprawdzie Zamawiający, powoływał się, że można sposób wypełnienia harmonogramu prac, odczytać poprzez odniesienie do zasad sztuki budowlanej, w tym do właściwej kolejności wykonywania poszczególnych prac budowlanych, niemniej w ocenie Izby, nie zwalnia to Zamawiającego z kreowania jasnych i precyzyjnych zasad obowiązujących wykonawców przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia, w tym także w zakresie wypełnienia wymaganych dokumentów.

Znamiennym jest, że spośród 12 ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, 10 ofert zostało odrzuconych na tej samej podstawie, co oferta złożona przez Odwołującego, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na załączenie do oferty harmonogramu prac wypełnionego sposób odmienny od wymagań Zamawiającego w szczególności w zakresie płatności związanych z odmienną realizacją poszczególnych zakresów prac określonych dla kwartału pierwszego i drugiego 2014 r., bądź też z uwagi na przedłożenie niewypełnionego harmonogramu prac.

Po drugie, podkreślić należy, że z treści SIWZ nie wynika, jaki charakter nadał Zamawiający harmonogramowi prac. Jedyne postanowienia SIWZ dotyczące harmonogramu prac zawarte są w rozdziale 11 pkt. 11.7 i 11.8, gdzie wskazano, że oferta winna zawierać taki harmonogram prac. Ponadto, z treści załącznika Nr 8 do SIWZ, tj. projektu umowy wynika, że *Zamawiający dopuszcza również możliwość dokonania odbiorów częściowych po wykonaniu co najmniej pełnego zakresu robót wyszczególnionych w **harmonogramie prac** stanowiącym załącznik do niniejszej umowy. Z odbiorów częściowych zostaną sporządzone protokoły podpisane przez obie strony [§ 7 ust. 3 projektu umowy].* Jednocześnie z § 1 ust. 2 projektu umowy wynikało, że *Szczegółowy zakres robót określa załącznik Nr 1 do umowy, tj. dokumentacja przetargowa (specyfikacja istotnych warunków zamówienia, projekt budowlany oraz specyfikacja techniczna z przedmiarami robót).* Zgodnie zaś z § 1 ust. 3 projektu umowy wykonawca miał być zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy *zgodnie z postanowieniami umowy, dokumentacją projektową, obowiązującymi normami i przepisami oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy.*

Co istotne, w treści SIWZ został oznaczony jedynie termin rozpoczęcia realizacji zamówienia, tj. od daty przekazania placu budowy oraz termin zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia na dzień 16 czerwca 2014 roku. Ponadto, w § 13 ust. 1 projektu umowy Zamawiający dopuścił możliwość zmian postanowień umownych, w tym także w zakresie terminu wykonania umowy.

Podkreślenia wymaga to, że skutki złożenia nieprawidłowego harmonogramu prac zależą od roli, jaką przypisano temu dokumentowi w świetle postanowień SIWZ. Spotykane są bowiem dokumenty stanowiące treść oferty, czyli zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych etapów robót w zadeklarowanych terminach. Żądane są jednak również przez zamawiających takie dokumenty, które nie mają statusu treści oferty, posiadając jedynie charakter pomocniczy czy wstępny.

Po trzecie wskazać należy, iż biorąc pod uwagę czasookres, w którym Zamawiający zaplanował i przeprowadził postępowanie, można było założyć, że harmonogramy prac załączone przez poszczególnych wykonawców do ofert, będą wymagały zmian już na wstępnym etapie realizacji zamówienia, co wynika z poniżej wskazanych okoliczności.

Z wzoru harmonogramu prac, stanowiącego załącznik do umowy, wynika, że prace wykonywane w ramach realizacji zamówienia miały być podzielone pomiędzy I i II kwartał 2014 roku. W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert upływał w dniu 24 lutego 2014 roku, zaś informację o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazano wykonawcom w dniu 6 marca 2014 roku. Umowa o udzielenie zamówienia publicznego według zamierzeń Zamawiającego miała być zawarta po dniu 17 marca 2014 r. Natomiast, z uwagi na wniesienie odwołania zawarcie umowy, nastąpi już w drugim kwartale 2014 roku. Zatem, nie będzie możliwe wykonanie jakichkolwiek prac w ramach przedmiotowego zamówienia w I kwartale 2014 roku. A nawet, gdyby przyjąć, że ziściłoby się zamierzenie Zamawiającego, co do zawarcia umowy w I kwartale 2014 roku, w połowie ostatniego miesiąca tego kwartału, to w ocenie Izby, także wątpliwe byłoby dotrzymanie terminów określonych w harmonogramie prac. Zatem, nie sposób uznać, że harmonogram prac, w rzeczywistości stanowiłby załącznik do umowy, w kształcie niezmienionym, nadanym przez wykonawców już na etapie sporządzania ofert.

W toku rozprawy Zamawiający przyznał, że w obecnej sytuacji zachodzi konieczność aktualizowania harmonogramu, a to z uwagi na złożenie odwołania. Na marginesie należy wskazać, że fakt złożenia odwołania nie jest niczym nadzwyczajnym i Zamawiający mógł, i nawet powinien przewidzieć taką sytuację.

Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, że harmonogram prac miał charakter pomocniczy i nie stanowił treści oferty.

Dodatkowo wskazać, należy, że o pomocniczym charakterze harmonogramu prac świadczy również to, że z treści projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, wynika,



że termin wykonania zadania może zostać zmieniony, jak i to, że nie przewidziano kar umownych za dotrzymanie poszczególnych etapów prac, a jedynie za przekroczenie terminu końcowego zamówienia.

Zamawiający powinien zatem rozważyć, czy harmonogram prac nie powinien podlegać aktualizacji na etapie podpisywania umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy także wskazać, że Zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatry się w swoim działaniu nieprawidłowości.

W wyroku z dnia 12 października 2012 roku [sygn. akt KIO 2037/14, 2047/14] Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO*

*2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11).*

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła 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 § 1 ust. 2 pkt 1, § 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....