

Sygn. akt KIO/UZP 211 /09

**WYROK**  
**z dnia 6 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Magdalena Grabarczyk

**Członkowie:** Sylwester Kuchnio

Ewa Jankowska

**Protokolant:** Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rafała Wichłacza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe "Euro-Dach" Rafał Wichłacz ul. Kilińskiego 5, 63-100 Śrem** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Kórnik Plac Niepodległości 1, 62-035 Kórnik** protestu z dnia **31 stycznia 2009 r.**

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

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności rozstrzygnięcia protestu,**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Kórnik Plac Niepodległości 1, 62-035 Kórnik** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Rafała Wichłacza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Uslugowe "Euro-Dach" Rafał Wichłacz ul. Kilińskiego 5, 63-100 Śrem;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 014 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy czternaście złotych zero groszy) przez **Gminę Kórnik Plac Niepodległości 1, 62-035 Kórnik** na rzecz **Rafała Wichłacza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Uslugowe "Euro-Dach" Rafał Wichłacz ul. Kilińskiego 5, 63-100 Śrem** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Rafała Wichłacza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Uslugowe "Euro-Dach" Rafał Wichłacz ul. Kilińskiego 5, 63-100 Śrem.**

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

Zamawiający - gmina Kórnik prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na wykonanie modernizacji budynku Ratusza w Kórniku – Bninie.

Zamawiający pismem z dnia 27.01.2008 r. powiadomił o wynikach postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „EURO-DACH” Rafał Wichłacz z siedzibą w Śremie (PPHU „EURO-DACH”).

Czynność ta stała się przedmiotem protestu wniesionego w dniu 2.02.2009 r. za pośrednictwem faksu (pismo z dnia 31.01.2009r.) przez Firmę Architektoniczno - Budowlaną Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link Sp. j. z siedzibą w Głogowie. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art.89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz 1655, ze zm. – dalej zwaną również Pzp). W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający niezasadnie skorzystał z art. 26 ust. 3 Pzp wzywając PPHU „EURO-DACH” do uzupełnienia harmonogramu rzeczowo - finansowego. Protestujący podniósł, że harmonogram rzeczowo - finansowy nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp oraz w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich można żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 67 poz. 605 ze zm.), stanowi natomiast dokument rozliczeniowo – finansowy służący do określenia zasad płatności i w związku z tym nie podlega uzupełnieniu.

Ponadto protestujący zarzucił, że kosztorys ofertowy PPHU „EURO-DACH” nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Powołując orzecznictwo wniósł o odrzucenie wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1pkt 2 Pzp oraz wybór oferty protestującego, zawierającą drugą w kolejności cenę, jako najkorzystniejszej.

W wyniku wezwania zamawiającego dokonanego w dniu PPHU „EURO-DACH” zgłosiło w dniu 6.02.2009 r. (pismo z dnia 5.02.2009 r.) przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z zachowaniem przesłanek wskazanych w art. 181 ust. 4 i 5 Pzp. PPHU „EURO-DACH” wniósł o odrzucenie lub oddalenie protestu. W pierwszym rzędzie oceniło, że zamawiający w siwz wyłączył możliwość przekazywania oświadczeń drogą faksową, a nawet w przypadku dopuszczenia takiej możliwości, potwierdzenie wniesienia protestu winno nastąpić w formie pisemnej w terminie na wniesienie protestu, w związku z czym protest wniesiony niezgodnie z powyższymi wymaganiami winien zostać odrzucony. Ponadto wskazał, że nowo złożony harmonogram winien być traktowany jako wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp lub jako dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania, o którym mowa w art. 25 ust. 1 zd. 1 Pzp, zatem podlegający uzupełnieniu. Wskazał ponadto, że złożone przez niego kosztorysy ofertowe odpowiadały siwz.

Zamawiający pismem z dnia 12.02.2009 r. uwzględnił protest uznając zarzut błędnego uzupełnienia harmonogramu rzeczowo - finansowego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast

wobec określonej w siwz cenie ryczałtowej podniesiony zarzut co do kosztorysów ofertowych zamawiający uznał za bezzasadny. Zamawiający wskazał, że w terminie określonym w art. 183 ust. 5 pkt 2 Pzp, powtórzy oprotestowane czynności i dokona czynności zaniechanych, polegających na odrzuceniu oferty PPHU „EURO-DACH”, powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający poinformował wykonawców o rozstrzygnięciu w dniu jego dokonania.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem zamawiającego PPHU „EURO-DACH” wniosło w dniu 17.02.2009 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący się zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez uwzględnienie protestu;.
- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust 1 Pzp, przez uznanie, że zamawiający nie miał prawa żądać uzupełnienia harmonogramu finansowo - rzeczowego.

Uzasadniając powyższe Odwołujący się powtórzył argumentację przystąpienia, co do zgodności z przepisami czynności żądania uzupełnienia harmonogramu finansowo - rzeczowego. Ponadto wskazał, że złożony wraz z ofertą dokument o nazwie harmonogram rzeczowo - finansowy spełnia wymogi siwz. Argumentując to twierdzenie podniósł, że zamawiający nie określił w siwz wzoru harmonogramu finansowo - rzeczowego, nie wskazywał również jakie elementy oraz w jakiej formie taki harmonogram powinien obligatoryjnie zawierać, zatem wykonawcy byli uprawnieni do złożenia harmonogramu finansowo - rzeczowego w dowolnie wybranej przez siebie formie.

Wywodził, że harmonogram nie może być kwestionowany również co do terminowości i sposobu podziału prac, a skoro jedynym kryterium oceny ofert była cena, miał on wyłącznie charakter informacyjny i pomocniczy. Odwołujący się wskazał również, że złożony przez niego w ofercie harmonogram nie podlegał żadnej weryfikacji przez zamawiającego, a ponadto jest zgodny z § 12 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 6 do siwz. Podniósł ponadto, że wzoru umowy nie można traktować jako źródła wymogów względem dokumentów żądanych od wykonawców zwłaszcza, że zamawiający nie określił, czy harmonogram, o którym mowa we wzorze umowy, ma być tożsamy z harmonogramem składanym przez strony wraz ofertami. Odwołujący się wniosł o: nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności rozpatrzenia protestu i oddalenie protestu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się, nakazanie zamawiającemu, zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z przedstawionym na rozprawie rachunkiem.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas, której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 352495 – 2008 z dnia 5.12.2008 r.

Zamawiający wymagał w rozdziale VIII pkt h siwz „Wykaz wymaganych oświadczeń i dokumentów”, aby oferta zawierała harmonogram rzeczowo – finansowy. Jest to jedyne postanowienie siwz dotyczące harmonogramu rzeczowo – finansowego. Zamawiający nie sporządził wzoru harmonogramu, nie zawarł w treści siwz żadnych dodatkowych wskazówek, co do swoich wymagań lub preferencji, co do terminów rozliczania wykonywanych prac.

§ 12 ust. 1 wzoru umowy - załącznika nr 6 do siwz stanowi, że rozliczenie za przedmiot umowy będzie się odbywało fakturami częściowymi, wystawionymi za roboty wykonane i odebrane zgodnie z harmonogramem realizacji robót oraz faktura końcową wystawioną po zakończeniu i odbiorze końcowym przedmiotu umowy.

Zamawiający ustalił w rozdziale XVII siwz cenę jako jedyne kryterium oceny ofert, nie zastrzegł sobie w treści siwz możliwości weryfikowania lub uwzględniania przy ocenie ofert treści harmonogramu rzeczowo – finansowego.

Odwołujący się złożył w ofercie harmonogram nie zawierający odrębnego rozliczenia poszczególnych etapów robót, a przewidział jednorazowe rozliczenie po wykonaniu wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 22.01.2009 r. wezwał odwołującego się na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia harmonogramu rzeczowo – finansowego i stwierdził, że dokument złożony w ofercie stanowi jedynie „zestawienie kosztorysów”. W treści pisma zamawiający nie wskazał czym powinien charakteryzować się prawidłowo sporządzony harmonogram. Odwołujący się pismem z dnia 23.01.2009 r. złożył harmonogram rzeczowo – finansowy przewidujący rozliczenie w okresach miesięcznych. Złożone na rozprawie oświadczenie odwołującego się, że wiedzę, o tym jak sporządzić harmonogram uzyskał bezpośrednio od osoby wyznaczonej przez zamawiającego do kontaktów pozostały niezaprzeczone przez zamawiającego.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną. Wobec ustalenia w rozdziale XVII siwz ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, potwierdzenie zarzutów odwołania utrzyma pierwotnie dokonany wybór złożonej przez odwołującego się oferty i da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oferta odwołującego się jest zgodna z siwz, zawarty w niej harmonogram rzeczowo – finansowy odpowiada wymaganiom określonym w siwz. Zamawiający wskazał przez oznaczenie harmonogramu w rozdziale VIII lit. h siwz oraz postanowienia § 12 wzoru umowy, że wymaga, aby dokument ten zawierał w swojej treści dwa elementy t.j. rzeczowy, odnoszący się do zakresu robót oraz finansowy odnoszący się do terminu i rozliczania poszczególnych etapów prac.

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 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 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.

Zaoferowane przez odwołującego się jednoczesne rozliczenie dokonane po realizacji wszystkich wymaganych prac, nie jest sprzeczne z siwz, a sam zamawiający przyznał na rozprawie, że mieści się również w wymaganiach § 12 wzoru umowy. Niezaprzeczone pozostały twierdzenia odwołującego się o powszechności stosowania takiego sposobu rozliczenia w zamówieniach publicznych na roboty budowlane o mniejszej wartości, a niniejsze zamówienie niewątpliwie do takich należy. Harmonogram rzeczowo - finansowy złożony przez odwołującego się, wobec brzmienia siwz, winien zostać uznany przez zamawiającego za prawidłowy

Z tego względu ustalenie, czy harmonogram rzeczowo – finansowy podlega uzupełnieniu jest nierелеwantne dla oceny zarzutów odwołania. Mając jednak na względzie wyczerpujące wyjaśnienie powstałego sporu, Izba wskazuje co następuje:

Art. 25 ust.1 Pzp odnosi się do dokumentów o dwojakim charakterze: potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dokumenty o charakterze podmiotowym) oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego (dokumenty o charakterze przedmiotowym). Ustalony w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich można żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, katalog dokumentów o charakterze podmiotowym jest enumeratywny, jednak wskazany w § 3 ust. 1 katalog dokumentów o charakterze przedmiotowym jest taksatywny i zamawiający uprawniony jest do żądania dokumentów, potwierdzający przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, innych niż wymienione w przywołanym przepisie rozporządzenia. Brak jest, w okolicznościach sprawy, możliwości jednoznacznego zakwalifikowania harmonogramu rzeczowo - finansowego jako wskazania sposobu wykonania zobowiązania zgodnie z art. 354 § 1 k.c, co nakazywałoby uznanie go za element treści oferty. Z drugiej strony uznanie harmonogramu rzeczowo – finansowego za dokument

potwierdzający spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego, budzi wątpliwości, wobec braku sprecyzowanych wymagań oraz możliwości oceny jego treści. Wskazać należy, że zamawiający w rozdziale siwz wymienił łącznie, przez wyliczenie, bez dokonywania żadnego podziału, zarówno dokumenty tworzące ofertę *sensu stricto*, jak i inne wymagane przez siebie dokumenty. Powyższe, obok braku jakichkolwiek wymagań, co do treści harmonogramu rzeczowo – finansowego oraz ustalenia ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, nie pozwala jednoznacznie ustalić charakteru prawnego nadanemu harmonogramowi przez zamiejscowego. Zamawiający nie przesądził tego w siwz, a braki w tym zakresie nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

W konkluzji Izba stwierdza, że harmonogram złożony przez odwołującego się jest zgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz, zatem zapowiadając odrzucenie oferty odwołującego się, zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto zamawiający dokonując wezwania do uzupełnienia harmonogramu naruszył również art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wobec zgodności z siwz harmonogramu złożonego w ofercie, wezwanie to było bezprzedmiotowe. Zatem uznanie protestu przez zamawiającego, stanowiące zapowiedź zmiany wyniku postępowania i odrzucenia oferty odwołującego się było nieprawidłowe. Zamawiający winien protest oddalić.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, zatem Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Izba nakazała powtórzenie rozstrzygnięcia protestu oraz dokonanie oddalenia protestu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp zasądzając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości kwoty 2440 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).



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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....