

Sygn. akt KIO/UZP 549/09

**WYROK**  
z dnia 13 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Członkowie:** Barbara Bettman  
Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Spółka z o. o., ul. Starodąbrowska 20, 33 – 100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wierzchosławice, Wierzchosławice 550, 33 – 122 Wierzchosławice** protestu z dnia **07 kwietnia 2009 r.**

**orzeka:**

**1** uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

**2.** kosztami postępowania obciąża **Gminę Wierzchosławice, Wierzchosławice 550, 33 – 122 Wierzchosławice**

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 uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Spółka z o. o., ul. Starodąbrowska 20, 33 – 100 Tarnów**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 608 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset osiem złotych) przez **Gminę Wierzchosławice, Wierzchosławice 550, 33 – 122 Wierzchosławice** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ELTAR” Spółka z o. o., ul. Starodąbrowska 20, 33 – 100 Tarnów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego i opłaty od pełnomocnictwa,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (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 **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ELTAR” Spółka z o. o., ul. Starodąbrowska 20, 33 – 100 Tarnów**

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

Postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.02.2009 roku pod poz. 42904-2009.

Odwołującym jest Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eltar Sp. z o. o. ul. Starodąbrowska 20; 33-100 Tarnów zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na inwestycję pod nazwą: "Wykonanie modernizacji Centrum Kultury Wsi Polskiej im. Wincentego Witosa w Wierzchosławicach" prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 21 kwietnia 2009 r. działając na podstawie art. 184 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” Odwołujący wniósł odwołanie od oddalenia protestu przez Zamawiającego.

Protest został przesłany Zamawiającemu faksem w dniu 7 kwietnia 2009 roku oraz doręczony do jego siedziby w dniu 8 kwietnia 2009 roku.

Rozstrzygnięcie protestu zostało doręczone Odwołującemu w dniu 17 kwietnia 2009 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący się żądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert,
3. powtórzenia dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4. powtórzenia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

a w przypadku nieuwzględnienia żądań wymienionych w pkt od 1 do 4 Odwołujący żądał:

5. unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalno – prawną.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej „SIWZ” w rozdziale I pkt 7 wśród dokumentów i oświadczeń, które oferenci zobowiązani byli dołączyć do oferty Zamawiający wymienił m.in. harmonogram rzeczowo-finansowy stanowiący załącznik nr 5 do formularza oferty. Harmonogram ten został tam wymieniony odrębnie od zaakceptowanego przez oferenta wzoru umowy, jako dokument czy oświadczenie niezależne od tego wzoru. Harmonogram rzeczowo-finansowy nie był też we wzorze umowy wymieniony jako jej załącznik a sam został oznaczony załącznikiem nr 5 do formularza oferty.

dowód:

- zapisy pkt 7 rozdziału I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- wzór umowy stanowiący rozdział IV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- harmonogram rzeczowo finansowy stanowiący załącznik nr 5 do formularza oferty.

Harmonogram rzeczowo-finansowy nie był wymieniony w SIWZ jako kryterium oceny ofert.

dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.

Pismem z dnia 27 marca 2009 roku, które Odwołujący otrzymał w tym samym dniu, Zamawiający wezwał Odwołującego, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy, do

uzupełnienia m.in. dołączonego do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z wymaganiami SIWZ, w którym należy określić zakres prac w latach: -2009, -2010, -2011 w zakreślonych kolorem polach.

dowód: kopia przesłanego Odwołującemu faksem pisma z dnia 27.03.2009

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eltar Sp. z o. o. w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie uzupełniło dokumenty zgodnie z wezwaniem.

dowód: kopia pisma z dnia 30.03.2009 roku doręzonego do Zamawiającego.

W dniu 02.04.2009 roku Odwołujący otrzymał pismo datowane tego samego dnia zawiadamiające o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Jako uzasadnienie takiego rozstrzygnięcia podano, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego: "Wykonawca złożył ofertę wraz z załączonym Harmonogramem rzeczowo-finansowym wypełnionym niezgodnie z wymogami SIWZ pkt 7.3". W piśmie tym Zamawiający uznał także swoje wcześniejsze czynności polegające na wezwaniu do uzupełnienia Harmonogramu rzeczowo-finansowego jako niezgodne z SIWZ i ustawą.

dowód: kopia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wysłanego do Odwołującego faksem w dniu 02.04.2009 r.

Wobec takiego rozstrzygnięcia Odwołujący wniósł protest w którym zarzucił naruszenie przepisów ustawy i zgłosił żądania jak w niniejszym odwołaniu.

Protest ten został oddalony.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że skoro w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie uzupełnił dokumenty zgodnie z wezwaniem, w chwili w której Zamawiający dokonywał czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej, oferta Odwołującego była kompletna i zgodna z wymogami SIWZ i nie mogła zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający prawidłowo postąpił wzywając Odwołującego na podstawie art. 26 ust 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę do uzupełnienia między innymi, gdy złożone przez Wykonawcę a wymagane przez Zamawiającego oświadczenia bądź dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy zawierają błędy. Zakres dokumentów

objętych regulacją art. 26 ust. 3 ustawy zależy od Zamawiającego, który kierując się art. 25 ust. 1 tej ustawy musi wskazać w treści ogłoszenia oraz SIWZ wszystkie dokumenty wymagane od wykonawców w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu bądź potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł także, że wymagany przez Zamawiającego Harmonogram rzeczowo-finansowy jest dokumentem o którym mowa w art. 25 ust 1 pkt 2) ustawy mającym potwierdzić spełnienie przez robotę budowlaną wymagań Zamawiającego co do rozłożenia w czasie płatności za wykonanie poszczególnych etapów robót tak aby były one dostosowane do środków jakimi w określonym czasie będzie dysponował Zamawiający. Za takim stanowiskiem przemawia także fakt, że SIWZ nie przypisywała temu Harmonogramowi innej roli, nie był on w szczególności wymieniony jako kryterium oceny ofert. Zważywszy na treść zdania pierwszego ust. 1 art. 25 ustawy zgodnie z którym "W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania" należy uznać, że Harmonogram rzeczowo-finansowy skoro znalazł się wśród dokumentów i oświadczeń wymaganych przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia był dla Zamawiającego niezbędny i podlegał uzupełnieniu na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy. Skoro zaś Odwołujący w wyznaczonym terminie ofertę uzupełnił nie mogła ona zostać odrzucona.

Przywołana powyżej argumentacja użyta wcześniej w uzasadnieniu protestu jest nadal aktualna i stanowi także uzasadnienie żądań Odwołania. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu w żaden sposób nie ustosunkował się do zarzutów zawartych w proteście. Wspomniał tylko, że "zgodnie z wzorem umowy stanowiącym załącznik do SIWZ § 6 pkt. 5, faktura częściowa zostanie wystawiona zgodnie z harmonogramem prac przewidzianych na lata 2009, 2010, 2011, który jest załącznikiem do niniejszej umowy." Odwołujący nie kwestionuje, iż taki zapis znajdował się w treści wzoru umowy. Nie można jednak uznać, że harmonogram rzeczowo-finansowy, który początkowo błędnie wypełniony dołączył do oferty Odwołujący, miał być załącznikiem do tej umowy gdyż nie wynika to ani z jej treści ani też nie został w taki sposób oznaczony harmonogram. Wręcz przeciwnie harmonogram ten został oznaczony jako załącznik nr 5 do formularza oferty. Kolejne zaś stwierdzenie użyte przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu a mianowicie, że: "Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eltar Sp. z o. o.....przedłożył przy ofercie własny harmonogram rzeczowo-finansowy, wg którego wykonanie poszczególnych etapów robót jest ciągłe w okresie 2009-2011 i jest niezgodne z terminami wykonania zakolorowanymi w załączniku do SIWZ" zdaje się potwierdzać tezę, że harmonogram ten miał potwierdzić spełnienie przez robotę budowlaną wymagań Zamawiającego co do rozłożenia w czasie płatności za wykonanie

poszczególnych etapów robót, a więc był podlegającym uzupełnieniu dokumentem o którym mowa w art. 25 ust 1 pkt 2) ustawy. Zdaniem Odwołującego wszystkie dokumenty i oświadczenia wymienione przez Zamawiającego w pkt 7 Rozdziału I SIWZ, jako takie które oferenci zobowiązani byli dołączyć do ofert, są dokumentami o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2) ustawy mającymi potwierdzić spełnienie przez oferowaną robotę budowlaną wymagań określonych przez Zamawiającego. Zamawiający nadał tylko niefortunną nazwę tytułowi pkt 7 która wprowadziła wątpliwości interpretacyjne.

Mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty, niewątpliwie jest -zdaniem Odwołującego - że Zamawiający bezprawnie odrzucił jego ofertę, która -wbrew temu co twierdzi Zamawiający -została uzupełniona zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i w chwili oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej była kompletna i zgodna z wymogami SIWZ.

Przeciwny -do przedstawionego powyżej -tok rozumowania może doprowadzić jedynie do uznania, że postępowanie obarczone jest wadą skutkującą -na zasadzie art. 93 ust. 1 pkt 7) unieważnieniem tego postępowania o co Odwołujący wnosi alternatywnie na wypadek gdyby nie uwzględniono jego wcześniej przedstawionych żądań. Zamawiający w SIWZ nie może wymagać bowiem od Wykonawców innych oświadczeń i dokumentów niż te o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy a które zawsze podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 tej ustawy. Jeśliby więc uznać, że wymagany przez Zamawiającego Harmonogram rzeczowo-finansowy nie był dokumentem o którym mowa w art. 25 ust 1 pkt 2) ustawy należałoby przyjąć, że SIWZ wymagała od wykonawców dokumentów których wymagać nie mogła a to z kolei stanowiłoby przewidziane w pkt 7) ust. 1 art. 146 ustawy naruszenie przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. To natomiast, iż z SIWZ nie wynika do jakich celów miałyby służyć Zamawiającemu wymagany przez niego Harmonogram rzeczowo-finansowy może sugerować, że na jego podstawie, naruszając zasady płynące z art. 7 ustawy, Zamawiający dokonał dodatkowej oceny ofert za pomocą innych kryteriów niż wskazane w SIWZ. Stanowi to niewątpliwie przesłankę unieważnienia umowy określoną w art. 146 ust 1 pkt 6) ustawy. Obie wymienione powyżej wady skutkujące nieważnością umowy są zarazem wadami postępowania uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącymi -zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy przesłankami unieważnienia postępowania.

Naruszenie prawa przez Zamawiającego poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego spowodowało naruszenie interesu prawnego Odwołującego. W przypadku gdyby wymieniona wyżej oferta nie została odrzucona zostałaaby ona wówczas wybrana jako najkorzystniejsza.

Do odwołania załączony został protest Odwołującego z dnia 7 kwietnia 2009 r. zawierający zarzuty i żądania jak w proteście.

Zamawiający po rozpatrzeniu protestu Odwołującego, oddalił protest, pismem z dnia 17 kwietnia 2009r.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający przedstawił następującą argumentację formalno – prawną.

W SIWZ żądał wskazania kosztów realizacji poszczególnych etapów zadania przez wypełnienie Harmonogramu rzeczowo -finansowego.

Nakłady finansowe Wykonawca zobowiązany był wpisać w zakreślonych kolorem polach.

Zgodnie z wzorem umowy stanowiącym załącznik do SIWZ § 6 pkt 5, faktura częściowa zostanie wystawiona zgodnie z harmonogramem prac przewidzianych na lata 2009, 2010, 2011, który jest załącznikiem do niniejszej umowy.

Odwołujący przedłożył przy ofercie własny harmonogram rzeczowo-finansowy, wg którego wykonanie poszczególnych etapów robót jest ciągłe w okresie 2009-2011 i jest niezgodne z terminami wykonania zakolorowanymi w załączniku do SIWZ.

Treść oferty jest zatem sprzeczna z treścią SIWZ.

Wadliwe sporządzenie harmonogramu nie podlega sprostowaniu w trybie art, 26 ust. 3 ustawy, gdyż nie dotyczy spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu lecz dotyczy treści SIWZ.

Zamawiający wzywał wprawdzie Wykonawcę do przedłożenia prawidłowego harmonogramu, wezwanie to jednak było nieprawidłowe z tego względu, że nie dotyczyło dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 11.05.2009r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodu z :

umowy nr MRPO.06.02.01 -12-181/08/00-IXA/65/FE/09 o dofinansowanie projektu „Modernizacja Centrum Kultury Wsi Polskiej im. Wincentego Witosa w Wierzchosławicach” w ramach osi priorytetowej 6. Spójność wewnątrz regionalna Małopolskiego Regionalnego

Programu Operacyjnego na lata 2007 -2013 zawartej w dniu 11.02.2009r. pomiędzy Zarządem Województwa Małopolskiego a Gminą Wierzchosławice;

z wniosku Gminy Wierzchosławice nr MRPO.06.02.01 -12-181/08 o dofinansowanie realizacji projektu ze środków dotacji rozwojowej w ramach Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013

na okoliczność ustalenia, że wymagane przez zamawiającego terminy realizacji poszczególnych etapów robót były uzasadnione warunkami umowy o dofinansowanie robót objętych zamówieniem publicznym i były istotnymi warunkami realizacji robót.

W uzasadnieniu Zamawiający przywołuje Rozdział I pkt 15.3. SIWZ i pkt 7.3. i załącznik nr 5 w rozdziale III SIWZ, na dowód żądania przedłożenia w ofercie harmonogramu rzeczowo – finansowego robót.

Wskazane etapy robót stanowią podstawę odbiorów częściowych i częściowych terminów płatności.

W ocenie Zamawiającego Harmonogram nie był dokumentem informacyjnym, ani potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazuje na § 5 w/w umowy MRPO.06.02.01 -12-181/08/00-IXA/65/FE/09, zgodnie z którą przekazywanie środków uzależnione jest od rozliczenia kolejnych transz w określonych terminach pod rygorem zwrotu środków bez możliwości ponownego ich uzyskania. Powyższa regulacja powoduje postawienie wymogu w stosunku do wykonawcy deklaracji co do realizacji umowy w ściśle określonych terminach.

Odwołujący składając ofertę przedstawił proces realizacji poszczególnych zadań jako proces ciągły co uniemożliwia zachowanie wymaganej etapowości robót i stosownej płatności.

W ocenie Zamawiającego harmonogram robót stanowił o treści oferty i nie podlegał uzupełnieniu, a oferta niezgodna z SIWZ podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W tym zakresie oferta powinna spełniać warunki na dzień składania ofert, a późniejsze uzupełnienie harmonogramu nie wywołuje skutku prawidłowej oferty.

Zamawiający przyznał, że błędnie wezwał Odwołującego do uzupełnienia harmonogramu.

Wezwanie to jako nieuprawnione i nie wywołuje skutków prawnych.



Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, że cena oferty Odwołującego jest najkorzystniejsza, a zgodnie z pkt 19 SIWZ jedynym kryterium oceny ofert jest cena, co wypełnia dyspozycje w zakresie posiadania interesu prawnego zawarte w art.179 ust.1 ustawy.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z wypełnieniem przez Odwołującego harmonogramu rzeczowo – finansowego, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 2 kwietnia 2009r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty podał art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy i wskazał, że Odwołujący składając ofertę załączył harmonogram rzeczowo – finansowy wypełniony niezgodnie z pkt 7.3. SIWZ .

Zamawiający przyznał, że w dniu 27 marca 2009r. w trybie art.26 ust.3 ustawy wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym harmonogramu rzeczowo –finansowego, w którym należało określić zakres (wartość) prac w poszczególnych kwartałach w latach: - 2009, -2010,-2011 w wyznaczonych to jest w zakreślonych kolorem polach – zgodnie z wymogami SIWZ.

Dalej Zamawiający stwierdza, że wezwanie to nie było skuteczne pod względem prawnym, ponieważ nie dotyczyło dokumentu, o którym mowa w art.25 ust.1 ustawy. Dlatego pomimo wezwania w tym trybie i prawidłowego uzupełnienia wskutek wezwania harmonogramu rzeczowo –finansowego, oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, ponieważ jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu i na rozprawie reprezentował stanowisko, że „Wskazane w harmonogramie zakreślone pola określały termin wykonania poszczególnych etapów robót i były związane z płatnością”, więc nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy, ponieważ stanowiły merytoryczną część oferty i nie można dokonać jej zmiany w tym zakresie co obliguje go do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba ustaliła, że przed podjęciem decyzji przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty, Zamawiający pismem z dnia 27 marca 2009r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu to jest między innymi o „uzupełnienie harmonogramu rzeczowo –

finansowego zgodnie z wymaganiami SIWZ w którym należy określić zakres prac w latach: - 2009, -2010, -2011. w zakreślonych kolorem polach”

W wyznaczonym terminie to jest w dniu 30 marca 2009r. Odwołujący przesłał uzupełnione dokumenty w tym harmonogram rzeczowo – finansowy, w którym kwoty za poszczególne etapy realizacji inwestycji ujął w zakolorowanych pozycjach tabeli harmonogramu rzeczowo - finansowego.

Izba zapoznając się z ofertą Odwołującego ustaliła, że Odwołujący do oferty załączył harmonogram rzeczowo – finansowy, w którym wszystkie pola zapisał ( wypełnił) kwotami, przez podzielenie kwot za poszczególne etapy inwestycji na wszystkie kwartały realizacji inwestycji, a nie tylko zakolorowane.

Izba ustaliła następujące zapisy w SIWZ w zakresie harmonogramu rzeczowo - finansowego.

Punkt 7 SIWZ pod nazwą Inne dokumenty i oświadczenia, które Oferent zobowiązany jest dołączyć do oferty.

7.1. Zaakceptowany przez oferenta wzór umowy zgodnie z rozdziałem IV.

7.2. Kosztorys ofertowy sporządzony przez Wykonawcę na podstawie przedmiarów robót.

7.3. Harmonogram rzeczowo -finansowy w którym należy określić zakres prac w latach: - 2009, -2010,-2011 do wypełnienia w zakreślonych kolorem polach – stanowiący załącznik nr Rozdział III zał. Nr 5.

Harmonogram stanowiący załącznik nr 5 do formularza ofertowego nosi nazwę „Harmonogram rzeczowo- finansowy realizacji przedsięwzięcia (z wyodrębnieniem VAT, w ujęciu kwartalnym). W kolumnie „nazwa kosztu” zawarte są wyodrębnione z nazwy poszczególne etapy robót takie jak np.: altana grillowania, Budynek Uniwersytetu Ludowego – elewacja, ogrodzenie kompleksu i wyburzenia, przyłącze kanalizacji sanitarnej, chodniki i alejki, korty tenisowe.

Wyodrębniono w tabeli następujące kolumny : razem, lata realizacji inwestycji -2009, -2010,- 2011 z podziałem każdego roku na cztery kwartały i z zakolorowaniem niektórych kwartałów dla poszczególnych etapów robót .

Z wyjaśnień Zamawiającego na rozprawie wynika, że włączenie harmonogramu do SIWZ było konsekwencją Wniosku o dofinansowanie z Unii Europejskiej, który zawiera harmonogram płatności za poszczególne etapy realizacji Projektu i które to etapy płatności

odpowiadają zakolorowanym fragmentom poszczególnych kwartałów lat 2009 -2011 w harmonogramie rzeczowo –finansowym załączonym do SIWZ.

W rozdziale IV wzór umowy w § 6 ust. 5 znajduje się zapis „Faktura częściowa zostanie wystawiona zgodnie z harmonogramem prac przewidzianych na lata 2009, 2010, 2011 który jest załącznikiem do niniejszej umowy.

Izba dokonując oceny tegoż zapisu w zakresie „harmonogramu prac”, podzieliła stanowisko Odwołującego, że na podstawie takiego sformułowania we wzorze umowy nie można było wprost stwierdzić, że Zamawiający oczekiwać będzie załączenia do umowy harmonogramu rzeczowo –finansowego stanowiącego zał. Nr 5 do formularza ofertowego. Zwłaszcza, że jak oświadczył na rozprawie Odwołujący, częstą praktyką przy zawieraniu umów jest ustalanie harmonogramu realizacji zadania tylko ze zwyczajnym wykonawcą czyli na etapie zawierania umowy. Natomiast z wyjaśnień Odwołującego na rozprawie wynika również, że był przekonany, że harmonogram stanowiący zał. nr 5 do formularza ofertowego ma służyć Zamawiającemu do zapewnienia finansowania robót rozliczanych w okresach kwartalnych, dlatego też wszystkie wyodrębnione etapy inwestycji rozbił na wszystkie kwartały przewidywanego okresu realizacji inwestycji.

Izba ustaliła następujące zapisy w SIWZ w zakresie terminu realizacji robót.

W Rozdziale I Instrukcja dla wykonawców pkt 4 p.n. Termin wykonania zamówienia: do 01 lutego 2011 roku.

W zał. 1 Formularz ofertowy pkt 9 Deklarujemy wykonanie przedmiotu przetargu do dnia .....

W rozdziale IV wzór umowy w § 3 ust.1 Termin rozpoczęcia robót po podpisaniu umowy. Ust.2 Termin zakończenia ustala się na 01.02.2011r.

W § 8 1. Wykonawca płaci Zamawiającemu kary umowne :

a/ za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 0,2% wynagrodzenia, za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia umownego zakończenia robót.

Z powyższych zapisów wynika, że Zamawiający w jednoznaczny sposób oczekiwał zadeklarowania terminów realizacji zadania od wykonawców tylko w zakresie rozpoczęcia robót to jest po podpisaniu umowy oraz co do zakończenia robót to jest do 01.02.2011r.

Natomiast w jednoznaczny sposób Zamawiający nie sformułował w SIWZ, że również istotne dla niego są terminy wykonywania poszczególnych etapów inwestycji.

Izba przeprowadziła dowód z przedłożonych na rozprawie :

umowy nr MRPO.06.02.01 -12-181/08/00-IXA/65/FE/09 o dofinansowanie projektu „Modernizacja Centrum Kultury Wsi Polskiej im. Wincentego Witosa w Wierzchosławicach” w ramach osi priorytetowej 6. Spójność wewnątrz regionalna Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 -2013 zawartej w dniu 11.02.2009r. pomiędzy Zarządem Województwa Małopolskiego a Gminą Wierzchosławice;

wniosku Gminy Wierzchosławice nr MRPO.06.02.01 -12-181/08 o dofinansowanie realizacji projektu ze środków dotacji rozwojowej w ramach Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013,

na okoliczność ustalenia, że wymagane przez Zamawiającego terminy realizacji poszczególnych etapów robót były uzasadnione warunkami umowy o dofinansowanie robót objętych zamówieniem publicznym i były istotnymi warunkami realizacji robót.

Izba stwierdziła, że z przedłożonych dokumentów wynika, że „Harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji przedsięwzięcia ( z wyodrębnieniem VAT, w ujęciu kwartalnym)” będący zał. nr 5 do formularza ofertowego SIWZ stanowi odzwierciedlenie Wniosku w zakresie zamieszczonego w nim Harmonogramu Rzeczowo –Finansowego Realizacji Projektu co do podziału na etapy realizowanej inwestycji oraz terminów realizacji poszczególnych etapów inwestycji.

Z kolei z § 2 ust.1 umowy nr MRPO.06.02.01 -12-181/08/00-IXA/65/FE/09 wynika, że „Na warunkach określonych w niniejszej Umowie Instytucja Zarządzająca MRPO przyznaje Beneficjentowi na realizację Projektu „Modernizacja Centrum Kultury Wsi Polskiej im. Wincentego Witosa w Wierzchosławicach”, zwanego dalej „Projektem”, szczegółowo określonego we wniosku o dofinansowanie Projektu nr MRPO.06.02.01-12-181/08 załączonym do niniejszej Umowy, zwanym dalej „wnioskiem”, dofinansowanie w ramach Osi Priorytetowej 6. Spójność wewnątrzregionalna.” i ust.2 Beneficjent zobowiązuje się do realizacji Projektu zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy oraz zgodnie z wnioskiem o którym mowa w ust. 1.

§ 3 Umowy tejże Umowy w ust.1 zawiera zapis: Okres realizacji Projektu ustala się na:

rozpoczęcie realizacji: 02.02.2009 r.

zakończenie realizacji: 01.02.2011 r.

i ust. 3 Projekt będzie realizowany zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym realizacji Projektu ujętym we wniosku, o którym mowa w § 2 ust. 1, a w § 5 ust. 2 Wyplata drugiej i kolejnej transzy w formie zaliczki jest uzależniona od rozliczenia co najmniej 80 % ostatniej otrzymanej transzy zaliczki (...) i ust.3 Wyplata kolejnych transz dofinansowania obejmujących kwotę przekraczającą 60 % dofinansowania pochodzących ze środków dotacji rozwojowej o której mowa w § 2 ust. 5 jest dokonywana w formie refundacji poniesionych przez Beneficjenta wydatków kwalifikowanych na realizację projektu i jest uzależniona od rozliczenia pełnej kwoty otrzymanych zaliczek. Z kolei ust.8 brzmi: Beneficjenci, którym w danym roku budżetowym przekazane zostały transze w formie zaliczki, zobowiązani są do poniesienia płatności dokonywanych z otrzymanej zaliczki w terminie do 31 grudnia danego roku oraz zwrotu niewykorzystanej zaliczki w terminie do 31 grudnia danego roku (...). Na koniec ust. 9 brzmi: W przypadku zwrotu części niewykorzystanej zaliczki na zasadach określonych w ust. 8, kwota podlegająca zwrotowi nie może zostać wypłacona ponownie w ramach zaliczki(...).

Z powyższych zapisów wynika, że Zamawiający ma interes prawny, aby wykonawcy składający ofertę zadeklarowali terminy realizacji poszczególnych etapów inwestycji oraz kwoty wynagrodzenia za poszczególne etapy inwestycji, a nie tylko podali w ofercie kwotę wynagrodzenia za całą inwestycję i zadeklarowali dotrzymanie końcowej daty realizacji inwestycji.

Niemniej Izba na podstawie zapisów zawartych w SIWZ uznała, że Zamawiający jako istotny element oferty postawił wykonawcom wymóg podania kwoty całkowitej wynagrodzenia mającej charakter ceny ryczałtowej oraz zadeklarowania terminu końcowego realizacji zadania.

Natomiast oczekiwane przez Zamawiającego skutki wypełnienia harmonogramu rzeczowo – finansowego stanowiącego zał. nr 5 do formularza ofertowego nie zostały jednoznacznie opisane w SIWZ, ponieważ z żadnego zapisu SIWZ nie wynika, że wyodrębnione w harmonogramie etapy inwestycji (zakolorowane pola) oraz wynagrodzenie za te etapy są również istotnym elementem składanej oferty, które podlegają merytorycznej ocenie przez Zamawiającego.

W ocenie Izby zastosowana formuła harmonogramu rzeczowo – finansowego nie upoważnia Zamawiającego do stwierdzenia, że nie wypełnienie jej według oczekiwań Zamawiającego powoduje odrzucenie oferty. Bowiem zabrakło w SIWZ tożsamego sformułowania na tę okoliczność jakiego użyto w umowie nr MRPO.06.02.01 -12-181/08/00-IXA/65/FE/09 o treści

§ 3 Umowy ust. 3 Projekt będzie realizowany zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym realizacji Projektu ujętym we wniosku, o którym mowa w § 2 ust. 1, a w § 5 ust. 2 Wypłata drugiej i kolejnej transzy w formie zaliczki jest uzależniona od rozliczenia co najmniej 80 % ostatniej otrzymanej transzy zaliczki (...) itd.

Zamawiający nie wziął pod uwagę, że zapisy wiążącej jego umowy z Zarządem Województwa Małopolskiego, a wyżej przywołanej, nie wiążą wprost wykonawców przystępujących do przedmiotowego postępowania, bez ich przywołania w SIWZ.

Niemniej Odwołujący zastosował się do wezwania Zamawiającego i uzupełnił harmonogram rzeczowo –finansowy stanowiący zał. nr 5 do formularza ofertowego, według oczekiwań Zamawiającego.

Izba uznała za skuteczną czynność Odwołującego uzupełnienia harmonogramu rzeczowo – finansowego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, pomimo, że wezwanie nastąpiło w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu harmonogram rzeczowo –finansowy nie stanowi treści oferty i dokonanie zmian w harmonogramie rzeczowo –finansowym nie stanowi dokonania zmian treści oferty, czym nie zostaje naruszony przepis art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy, o zakazie dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Izba odnosząc się do systematyki dokumentów w SIWZ ustaliła:

Dokumentom w SIWZ poświęcone są punkty 6 i 7.

W punkcie 6 pod nazwą: Dokumenty wymagane przez Zamawiającego potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wymienione zostały: 6.1. oferta przetargowa, 6.2. Oświadczenie z art.22 ust.,1 6.3. Odpis z właściwego rejestru, 6.4 zaświadczenie urzędu skarbowego, 6.5 zaświadczenie ZUS, 6.6.informacja z KRK z art. 24 ust.1 pkt 4-8, 6.7. Informację z KRK z art. 24 ust. 1 pkt 9, 6.8. Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, 6.9 sprawozdanie finansowe, 6.10 informacja z banku, 6.11 wykaz robót budowlanych, 6.12 polisa, 6.14 wskazanie podwykonawców.

Z przedstawionego wykazu dokumentów, które kwalifikuje Zamawiający do dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu nie są nimi dokumenty wymienione w pkt 6.1. oferta przetargowa, 6.14 wskazanie podwykonawców.

Powyższe twierdzenie Izba opiera na treści art. 22, oraz art. 24 i art. 25, które wskazują wprost lub przez odesłanie do innych przepisów wskazują, jakie dokumenty ma prawo zamawiający żądać od wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W punkcie 7 SIWZ pod nazwą: Inne dokumenty i oświadczenia, które Oferent zobowiązany jest dołączyć do oferty wymienione są następujące dokumenty:

7.1. Zaakceptowany przez oferenta wzór umowy zgodnie z rozdziałem IV.

7.2. Kosztorys ofertowy sporządzony przez Wykonawcę na podstawie przedmiarów robót.

7.3. Harmonogram rzeczowo -finansowy w którym należy określić zakres prac w latach: - 2009, -2010,-2011 do wypełnienia w zakreślonych kolorem polach – stanowiący załącznik nr Rozdział III zał. Nr 5.

Porównując chociażby obydwie tytuły (punkt 6 i7 SIWZ) to wynika z nich podział co do znaczenia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego.

Z pkt 6 SIWZ wynika, że są to dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, chociaż nie można pomimo takiej kwalifikacji do takich dokumentów zaliczyć wymienionych w tymże punkcie : samej oferty jak i wykazu podwykonawców.

Czyli należy stwierdzić, że dokumenty wymienione w tymże punkcie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W związku z tym z przyczyn formalnych, skoro w wykazie dokumentów tam wymienionych nie ma Harmonogramu rzeczowo –finansowego, w którym należy określić zakres prac w latach: - 2009, -2010,-2011, dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy.

Dokument ten nie podlega uzupełnieniu również z przyczyn merytorycznych ponieważ , nie można go zakwalifikować do dokumentów potwierdzających spełnienie przez roboty budowlane wymogów określonych przez Zamawiającego, w myśl § 3 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006r. nr 87, poz.605 ze zm.), w którym przykładowo wymienia się: próbki, opisy lub fotografie; zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym; zaświadczenia niezależnego podmiotu poświadczającego zgodność działań wykonawcy z normami jakościowymi, zaświadczenia poświadczającego zgodność działań wykonawcy europejskimi normami zarządzania środowiskiem. Bowiem z przepisów ustawy oraz

zacytowanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów wynika, że żądane dokumenty są na okoliczność spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymogów pod względem różnego rodzaju parametrów takich jak techniczne, normalizacyjne, jakościowe, środowiskowe, a nie jak w przypadku harmonogramu rzeczowo - finansowego na okoliczność terminu realizacji określonych kwotowo kolejnych etapów inwestycji.

Z kolei z tytułu pkt 7 SIWZ wynika, że są w nim wymienione dokumenty, które należy załączyć do oferty, z czego wynika, że są to dokumenty mogące stanowić element oferty, a wśród nich wymienia się przedmiotowy harmonogram rzeczowo -finansowy.

W związku z powyższym Izba w tym zakresie nie przychyliła się do poglądu reprezentowanego przez Odwołującego, że dokument harmonogram rzeczowo -finansowy to dokument na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymogom Zamawiającego, skutkiem czego Zamawiający jest zobowiązany do wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 czy do wyjaśnienia dotyczącego dokumentu w trybie art.26 ust.4 ustawy.

Tak więc Izba nie stwierdziła podnoszonego przez Odwołującego w proteście i odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy.

Natomiast dokonując oceny dokumentów wymienionych w pkt 7 SIWZ Izba uznała, że żaden z dokumentów w tym punkcie wymienionych nie stanowi istotnej treści oferty, skutkującej odrzuceniem oferty w przypadku nie dołączenia któregośkolwiek z nich do oferty, ponieważ:

7.1. Akceptowany przez oferenta wzór umowy zgodnie z rozdziałem IV zostaje zaakceptowany przez stwierdzenie w formularzu ofertowym „ Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z wzorem umowy zawartym w rozdziale IV, akceptujemy jej treść i zobowiązujemy się do jej podpisania w przypadku, gdy nasza oferta zostanie wybrana przez Zamawiającego”. Z powyższego wynika, że nie dołączenie do oferty wzoru umowy nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, skoro w formularzu ofertowym wykonawca oświadcza, że akceptuje treść umowy;

7.2. Kosztorys ofertowy sporządzony przez Wykonawcę na podstawie przedmiarów robót. Z wyjaśnień Zamawiającego udzielanych wykonawcom wynika, że kosztorys ma charakter informacyjny, niewiążący co również Zamawiający potwierdził na rozprawie, a co wynika z faktu iż cena ma charakter ryczałtu. Z powyższego również wynika, że nie dołączenie do oferty kosztorysu ofertowego ceny nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy;



Będący przedmiotem sporu Harmonogram rzeczowo -finansowy w którym należy określić zakres prac w latach: - 2009, -2010,-2011 do wypełnienia w zakreślonych kolorem polach – stanowiący załącznik Rozdział III zał. Nr 5. Z powyżej przedstawionej analizy zapisów SIWZ w zakresie terminu realizacji inwestycji i ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz z uwagi na niespójność sformułowania w § 6 ust. 5 wzoru umowy przywołującego harmonogram prac, a nie harmonogram rzeczowo –finansowy załączony do formularza ofertowego nie można wywodzić skutku sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w przypadku nie dołączenia do oferty harmonogramu lub dołączenia harmonogramu niewłaściwie wypełnionego, co odpowiadałoby dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Za powyższym stanowiskiem przemawia również to, że Zamawiający użył sformułowania „należy określić zakres prac” pomimo, że zakres prac sam określił w harmonogramie, a chodziło Zamawiającemu o wpisanie kwot wynagrodzenia na ustalone przez niego zakresy robót.

Reasumując, co do dokumentu harmonogramu rzeczowo-finansowego wymienionego w pkt 7 SIWZ, którego dołączenia do oferty oczekiwał Zamawiający, to jego brak lub wadliwość może jedynie skutkować wezwaniem przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a nie do odrzucenia oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ czyli zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Reasumując Izba uwzględniła odwołanie, ponieważ naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2, a związku również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, miało wpływ na wynik postępowania, co wyczerpuje dyspozycję art. 191 ust. 1a ustawy do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy zasądzając koszty na rzecz Odwołującego do wysokości kosztów postępowania odwoławczego i poniesionej opłaty skarbowej. Izba nie zasądziła kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ złożony na rozprawie spis kosztów obejmujący koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika nie stanowi rachunku, czego wymaga przepis § 4 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2007r. nr 128, poz.886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....