

**WYROK**

**z dnia 3 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2015 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ENERGOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach, przy udziale wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2. odrzucenie oferty wykonawcy Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu niezłączenia do oferty harmonogramu realizacji umowy,
  - 1.3. ponowne badanie i ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu.
2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego – TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ENERGOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ENERGOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa wytwornic pary obniżających zużycie paliwa i energii elektrycznej na rozruchy bloków energetycznych w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział: Siersza, Łaziska, Jaworzno III, Łagisza” (nr ref. 041/ZC/--01/DPZ/2014), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 067-120681.

W dniu 8 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Energomontaż Zachód Wrocław sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Wykonawca EZW”).

W dniu 17 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Zakład Automatyki Przemysłowej INTEC sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ENVIROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ENERGOTECHNIKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”), którym zaskarżono zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ww. na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp oraz dokonanie wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania skutkujące brakiem odrzucenia oferty Wykonawcy EZW pomimo niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
2. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ zamiast dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego – jako ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oraz najkorzystniejszej,
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób godzący w zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem przesłanki odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę EZW.

Odwołujący podał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, ponieważ jego oferta zajęła drugie miejsce w klasyfikacji. Gdyby zatem Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy EZW, to wybrana zostałaby oferta Odwołującego.

W uzasadnieniu podkreślił, że Wykonawca EZW pomimo wyraźnego wymogu zawartego w treści SIWZ nie załączył do oferty Harmonogramu Realizacji Umowy (dalej: „HRU”). Zdaniem Odwołującego nie może ulegać wątpliwości, że Zamawiający wymagał jego złożenia na gruncie SIWZ jako załącznika do oferty stanowiącego jej integralną część. W załączniku nr 3a do Umowy Zamawiający wskazał: „[...]Harmonogram Realizacji Umowy przygotowany przedłożony przez Wykonawcę w ramach oferty zgodnie z wytycznymi zawartymi w ramach niniejszego dokumentu stanowi Załącznik nr 3a (Harmonogram Realizacji Umowy) do Umowy (...) Harmonogram Realizacji Umowy (HRU) przygotowany przez Wykonawcę w ofercie będzie opracowany w programie Microsoft Project oraz dodatkowo w formacie PDF i zostanie załączony do Oferty: w wersji papierowej – w formie wydruku oraz w wersji elektronicznej (na płycie CD) w formie edytowalnej[...]”. Wykonawca EZW zaniechał jednoznacznego w swym brzmieniu obowiązku załączenia do oferty przedmiotowego dokumentu, który następnie stanowić miał załącznik do Umowy.

Istotne pozostaje, iż dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jest to bowiem dokument składający się na merytoryczną treść oferty, którego istotę i rangę określił sam Zamawiający, wskazując iż dokument ten stanowić będzie załącznik do zawartej umowy. Jednocześnie Zamawiający podkreślił istotny charakter tego dokumentu, wskazując iż musi on uwzględniać/zachowywać wszystkie Etapy Realizacji Przedmiotu Umowy, w tym pozycje wymienione w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym (HRF) oraz uwzględniać wszystkie kluczowe czynności Zamawiającego niezbędne do realizacji Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę oraz wszystkie kluczowe czynności Wykonawcy z zachowaniem kluczowych terminów realizacji Kontraktu określonych przez Zamawiającego. Uznać zatem należy, na podstawie postanowień SIWZ, iż dokument ten nie ma charakteru wyłącznie pomocniczego, lecz jest oświadczeniem woli o znaczeniu oferty, rodzajem deklaracji wykonawcy co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, stanowi zatem istotny dokument ofertowy.

Co więcej, dokument ten miał umożliwić stworzenie szczegółowego Harmonogramu Realizacji Umowy bez potrzeby korygowania HRU. Powyższe oznacza, iż Zamawiający potraktował HRU, stanowiący załącznik do oferty, a następnie umowy,

jako istotną bazę, determinującą zwłaszcza terminowe warunki realizacji zamówienia, który to dokument ma posłużyć do stworzenia szczegółowej wersji harmonogramu – jednak nie może być zmodyfikowany, czy też skorygowany, gdyż oznaczałoby to niedopuszczalną na gruncie Pzp zmianę oferty.

Odwołujący dodał, że skoro HRU wykazuje na gruncie przedmiotowej sprawy wiele podobieństw do HRF, to z powodzeniem można posiłkować się argumentacją prawną zawartą w orzecznictwie KIO dotyczącym HRF. HRU stanowi wymagany załącznik umowy (załącznik 3a), jako w pełni zgodny z HRF określa etapy realizacji robót, co determinuje warunki związane z płatnościami częściowymi (§ 4 ust. 4 umowy), a jednocześnie zostały zastrzeżone kary umowne za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie (§ 14 ust. 1 pkt. 1-3 umowy).

W ocenie Odwołującego nie bez znaczenia również pozostaje, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał odrzucenia oferty złożonej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – NDI S.A. z siedzibą w Sopocie i AWBUD S.A. z siedzibą w Fugasówce ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ polegającą na braku załączenia do oferty dokumentu w postaci Ogólnego opisu zaproponowanej zabudowy wymaganego zgodnie z postanowieniami załącznika nr 10 do SIWZ. Tym samym Zamawiający wykazał się niezrozumiałą, zdaniem Odwołującego, niekonsekwencją, uznając iż brak Ogólnego opisu wywołuje skutek w postaci odrzucenia oferty, natomiast brak HRU w ofercie takiego skutku nie wywołuje. O ile bowiem zapisy załącznika 10 do SIWZ jednoznacznie wskazują, iż Ogólny opis ma charakter wstępnej koncepcji („[...]Opis ma charakter informacyjny. Wykonany po podpisaniu projekt zabudowy musi spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ[...]”), o tyle przytoczone w treści uzasadnienia postanowienia SIWZ jednoznacznie wskazują, iż HRU nie ma charakteru pomocniczo-poglądowego, lecz jest częścią oferty. Powyższe uzasadnia naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 przez nierówne traktowanie wykonawców i nie zachowanie uczciwej konkurencji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie przytaczając na uzasadnienie następującą argumentację.

Podał, że zgodnie z regulacją zawartą w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada SIWZ. Zamawiający postawił w Postępowaniu wymóg opracowania HRU. Zgodnie z treścią SIWZ dokument ten powinien:

1. umożliwić stworzenie szczegółowego HRU (Harmonogramu Realizacji Prac) bez konieczności korygowania samego HRU,

2. być opracowany w ujęciu przynajmniej miesięcznym,
3. uwzględniać wszystkie czynności kluczowe dla zamawiającego i wykonawcy, przy czym Zamawiający wskazał, które czynności są w jego ocenie czynnościami kluczowymi.

Wykonawca EZW nie dołączył do złożonej przez siebie oferty HRU w formie wymaganej przez Zamawiającego, ale naruszenie to, w jego ocenie, nie powoduje, iż treść oferty nie odpowiada SIWZ. W złożonej ofercie Wykonawca EZW wskazał, iż akceptuje termin realizacji umowy wraz z terminami cząstkowymi (pośrednimi), a ponadto akceptuje treść dołączonego do SIWZ wzoru umowy wraz ze wszystkim załącznikami. Jednym z załączników do umowy (załącznik nr 3a) winien być HRU. Zamawiający formułując wytyczne dotyczące treści tego załącznika wskazał we wzorze odpowiedniego załącznika do umowy szczegółowy wykaz terminów, których wykonawca składający ofertę nie mógł przekroczyć. W HRU wykonawca mógł zadeklarować terminy krótsze lub takie same, jak w załączniku nr 3a do umowy. Złożenie przez Wykonawcę EZW wspomnianych oświadczeń stanowi wystarczającą przesłankę do uznania, że zobowiązał się do zrealizowania umowy zgodnie z terminarzem wskazanym w dołączonym do SIWZ wzorze umowy, tym bardziej iż ostateczny harmonogram zwany Harmonogramem Realizacji Prac zostanie uzgodniony z wybranym wykonawcą dopiero po zawarciu umowy. Treść złożonej oferty odpowiada zatem wymaganiom postawionym w SIWZ, a co za tym idzie odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 Pzp byłoby nieuzasadnione. Złożone przez Wykonawcę EZW oświadczenia umożliwiają, zdaniem Zamawiającego, realizację wspomnianych celów HRU.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy K.c., jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Z przywołanego przepisu wynika, iż dla ustalenia treści oferty, która jest oświadczeniem woli wykonawcy powinny znaleźć zastosowanie postanowienia dotyczące wykładni oświadczeń woli, jako że Pzp nie zawiera odmiennej regulacji w tym zakresie. Zasady dokonywania wykładni oświadczeń woli opisuje art. 65 §1 K.c. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Wykładnia złożonej przez Wykonawcę EZW oferty pozwala na jednoznaczne ustalenie treści jego zobowiązania w zakresie warunków i terminów wykonania zobowiązania.

Zamawiający zwrócił również uwagę, iż skrócenie terminu realizacji zamówienia w stosunku do terminu określonego przez niego w żaden sposób nie wpływało na ocenę oferty, gdyż termin realizacji zobowiązania, w tym etapów pośrednich, nie stanowił kryterium oceny oferty.

Zamawiający podał, iż podnoszenie przez Odwołującego zarzutu nierównego traktowania wykonawców jest nieuzasadnione. Okoliczność podnoszona przez Odwołującego, a odnosząca się do braku dokumentu o nazwie: „Ogólny opis zaproponowanej zabudowy” w ofercie złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. i AWBUD S.A. nie dotyczy oferty Odwołującego, a zatem nie jest on legitymowany do podnoszenia takiego zarzutu, który dodatkowo nie ma związku z rozpatrywaną sprawą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił Wykonawca EZW wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymały zaprezentowaną powyżej argumentację.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę EZW przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Na podstawie postanowień SIWZ ustalono, co następuje.

Zamawiający w załączniku nr 3a do umowy (ściślej – do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ) pn.: „Harmonogram Realizacji Umowy” przewidział, że wykonawca wraz z ofertą złoży HRU sporządzony według wytycznych zawartych w treści tego załącznika.

Przewidywały one m.in., że musi on:

1. uwzględniać/zachowywać wszystkie etapy realizacji przedmiotu umowy, w tym pozycje wymienione w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (HRF);
2. uwzględniać wszystkie kluczowe czynności Zamawiającego, niezbędne do realizacji przedmiotu umowy oraz wszystkie kluczowe czynności wykonawcy,
3. umożliwiać stworzenie szczegółowego HRU bez potrzeby korygowania HRU;
4. być opracowany w ujęciu co najmniej miesięcznym, począwszy od zawarcia umowy do terminu podpisania protokołu odbioru końcowego.

Załącznik nr 3a do umowy zawierał ujęte w formie tabelarycznej kluczowe terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia w podziale na obiekty, które określone jako graniczne (nieprzekraczalne).

Izba stwierdziła ponadto, że w pkt 2.7.1 SIWZ Zamawiający przewidział, iż realizacja zamówienia odbywać będzie się w zgodzie z HRU. Ponadto, we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ Zamawiający przewidział nałożenie na wykonawcę kary umownej za niedotrzymanie terminu zakończenia wszystkich prac i przekazania obiektu do odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji w stosunku do terminu określonego w załączniku nr 3a do umowy (§ 14 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy) oraz za niedotrzymanie terminów ustalonych w pozycjach (Lp.): 1, 3-7 i 9 zawartych we wspomnianym załączniku (§ 14 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy). Co więcej, w § 18 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł sobie możliwość odstąpienia od umowy w całości lub części w przypadku, gdy wykonawca pozostawał będzie w opóźnieniu/zwłóce w należytej realizacji któregośkolwiek z etapów określonych w załączniku nr 3a do umowy przez okres przekraczający 14 dni kalendarzowych.

Nie było okolicznością sporną, że Przystępujący nie załączył do oferty HRU oraz że Zamawiający – nie wzywając do uzupełnienia dokumentu, czy wyjaśnienia treści oferty – dokonał wyboru oferty Wykonawcy EZW.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Istotą sporu było ustalenie jaki charakter ma HRU oraz jakie są konsekwencje jego niezłożenia wraz z ofertą. W praktyce spotykane są bowiem dokumenty mające charakter merytoryczny (stanowiące treść oferty) oraz takie, którym przypisana jest rola informacyjna (poglądowa).

W związku z powyższym rozważenia wymagała treść i cel wymagania od wykonawców załączenia do ofert dokumentu w postaci HRU. Na podstawie analizy załącznika nr 3a do umowy skład orzekający stwierdził, że obok postanowień odnoszących się *stricte* do technicznych aspektów sporządzenia i prezentacji informacji, które mają zostać w nim ujęte (str. 1, wypunktowanie pierwsze i piąte załącznika nr 3a do umowy), przewidywał on konieczność podania informacji charakteryzujących zobowiązanie wykonawców. Zamawiający wymagał bowiem – zgodnie z wytycznymi zawartymi we wspomnianym dokumencie (patrz tabele zawarte w pkt 1 dokumentu) – podania przez nich kluczowych (jak nazwał je Zamawiający) terminów realizacji świadczeń składających się na przedmiot umowy (począwszy od sporządzenia odpowiedniej dokumentacji i uzyskania pozwoleń, a skończywszy na zgłoszeniu gotowości do przeprowadzenia pomiarów gwarancyjnych). Co więcej, Zamawiający pozostawił wykonawcom margines swobody w planowaniu prac,



określając wyłącznie terminy maksymalne wykonania poszczególnych czynności w ramach umowy, co oznaczało, że – w przewidzianych przez Zamawiającego granicach – wykonawcy samodzielnie planowali czas realizacji poszczególnych elementów umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie mniej istotna była okoliczność, że zgodnie z pkt 2.7.1. SIWZ, zamówienie miało zostać zrealizowane zgodnie z HRU (tj. w terminach w nim przewidzianych, taki bowiem sens miał załącznik nr 3a do umowy), stanowiącym – w świetle § 23 ust. 6 pkt 3 wzoru umowy – załącznik nr 3a do umowy, zaś niedotrzymanie tego zobowiązania obwarowane zostało przez Zamawiającego karami umownymi (*vide* § 14 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy), a także – po spełnieniu dodatkowych warunków – aktualizowało po stronie Zamawiającego możliwość odstąpienia od umowy w całości lub w części (argument z § 18 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy).

Suma powyższych okoliczności uzasadnia, w ocenie Izby, wniossek, że HRU ma charakter merytoryczny i stanowi treść oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający nie podzielił argumentacji Zamawiającego i Przystępującego o technicznym (pomocniczym) charakterze HRU. Przeczą jej bowiem przytoczone powyżej postanowienia SIWZ, w tym wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego i załącznika nr 3a do umowy. Także wyrażone na rozprawie stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym oczekiwał on sporządzenia HRU, aby uzyskać ogólną wiedzę na temat możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w przyjętych przez niego terminach maksymalnych ujętych w treści załącznika nr 3a do umowy uznane zostały za sprzeczne ze wskazanymi powyżej postanowieniami SIWZ. Trudno jest bowiem uznać, że omawiany dokument miałby mieć wyłącznie charakter informacyjny, skoro Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek realizacji zamówienia zgodnie z jego treścią (pkt 2.7.1. SIWZ), uczynił go załącznikiem do umowy (§ 23 ust. 6 pkt 3 wzoru umowy), a za naruszenie jego postanowień przewidział nałożenie na wykonawcę kar umownych, a nawet sankcję w postaci odstąpienia od umowy w całości lub w części.

Izba nie uwzględniła również stanowiska Zamawiającego i Wykonawcy EZW, jakoby w braku sporządzonego przez Przystępującego HRU należało uznać, że przyjął on maksymalne dopuszczone przez Zamawiającego terminy realizacji poszczególnych prac składających się na przedmiot umowy. Możliwości takiej nie da się pogodzić ze wspomnianą powyżej okolicznością, że to wykonawcy decydowali o długości terminów realizacji poszczególnych prac, wobec czego przyjęcie, że Przystępujący – w braku stosownego oświadczenia – nie zadeklarował terminów krótszych niż maksymalne, byłoby nieuprawnionym kreowaniem treści oświadczenia woli wykonawcy przez Zamawiającego.

Co więcej, brak tego dokumentu uniemożliwiał – wbrew zapatrywaniom ww. – ustalenie czy Wykonawca EZW uwzględnił wszystkie kluczowe czynności Zamawiającego, niezbędne do realizacji przedmiotu umowy oraz czy, a jeśli tak to jakie, kluczowe dla wykonawcy czynności zostały uwzględnione w złożonej ofercie. Zakładanie, jak twierdził Zamawiający, że wszystkie odnoszące się do niego kluczowe czynności zostały ujęte w ofercie Przystępującego, oraz że – w braku odmiennego oświadczenia Wykonawcy EZW – utożsamiał on kluczowe dla siebie czynności z kluczowymi czynnościami Zamawiającego jest nadinterpretacją oferty Przystępującego, jako że zakłada istnienie takich jej elementów, które nawet w zawaolowany sposób nie wynikają z jej treści.

Nie przemawiało również za stanowiskiem Zamawiającego twierdzenie, że celem HRU jest jedynie umożliwienie przygotowania harmonogramu szczegółowego, na podstawie którego realizowany będzie przedmiot umowy, a zatem, że ma on – jak się wydaje – wyłącznie charakter wstępny. Jakkolwiek z uwag zamieszczonych na str. 4 załącznika nr 3a do umowy wynika, że HRU stanowi dla wykonawcy wytyczne, w oparciu o które sporządzi on szczegółowy Harmonogram Realizacji Prac (HRP), tym niemniej przytoczone wcześniej postanowienia wzoru umowy zawierały odniesienie do pierwszego z ww. dokumentów. Innymi słowy, okoliczność, że na podstawie HRU miał być sporządzony HRP nie umniejsza, ani nie zmienia roli, jaką HRU odgrywać będzie w realizacji przedmiotu zamówienia. Podobnie należało ocenić powoływaną przez Zamawiającego okoliczność, że w razie rozbieżności pomiędzy terminami realizacji poszczególnych etapów prac wynikającymi z HRU i HRF przyjęty zostanie termin określony w drugim ze wskazanych dokumentów. Powyższe nie zmienia faktu, że wzór umowy przewidywał naliczanie kar umownych i realizację prawa odstąpienia od umowy za naruszenie postanowień HRU i terminów w nim zawartych. Nie sposób również nie zauważyć, że brak HRU w ofercie Przystępującego czyni niemożliwym wywiązanie się przez niego ze zobowiązania do sporządzenia na jego podstawie HRP bez konieczności zmiany samego HRU. Odwołujący trafnie argumentował, że w przypadku braku jakiegoś dokumentu trudno mówić o rozbudowie, czy uszczegóławianiu jego treści.

Należy wreszcie stwierdzić, że opieranie się li tylko na generalnych oświadczeniach wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień SIWZ wraz z załącznikami, czy ustalonych przez Zamawiającego terminów realizacji zamówienia (patrz: część C, pkt 5-7 wzoru formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) Izba uznała w przedmiotowej sprawie za niewystarczające dla stwierdzenia zgodności treści oferty Wykonawcy EZW z postanowieniami SIWZ. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że Zamawiający – niezależnie od nałożenia na wykonawców obowiązku złożenia szeregu oświadczeń i zapewnień – przewidział również konieczność załączenia do oferty dokumentów charakteryzujących treść zobowiązania wykonawców, w tym HRU opracowanego na podstawie załącznika nr 3a do

umowy. Gdyby zamiarem Zamawiającego było oparcie się wyłącznie na wspomnianych generalnych deklaracjach wykonawcy, to zrezygnowałby z konieczności charakteryzowania oferowanego mu świadczenia za pomocą szeregu dokumentów, w tym HRU. Skład orzekający stoi na stanowisku, że w przypadkach, w których zamawiający formułuje takie oczekiwanie, oświadczenia o zapoznaniu się i zaakceptowaniu SIWZ (i inne o podobnym charakterze) mają wyłącznie pomocnicze znaczenie, pozwalając ewentualnie na rozstrzygnięcie wątpliwości mogących powstać na gruncie dokumentów opisujących zobowiązanie wykonawcy. Nie mogą one natomiast *per se* stanowić o zaoferowaniu świadczenia odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego.

W konsekwencji Zamawiający powinien był stwierdzić niezgodność treści oferty Przystępującego z postanowieniami SIWZ i bez stosowania przewidzianych przepisami Pzp procedur sanacyjnych (treść oferty nie podlega bowiem, jak sam przyznał na rozprawie Zamawiający, uzupełnieniu) odrzucić ofertę w powołaniu na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zaniechanie dokonania tej czynności i wybór oferty Wykonawcy EZW jako najkorzystniejszej doprowadziło do naruszenia ww. przepisu oraz art. 91 ust. 1 Pzp, jak i zasad wynikających z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Konieczne stało się zatem unieważnienie podjętej z naruszeniem prawa czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty Przystępującego i dokonania ponownego badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania kwestia odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. i AWBUD S.A., jako że kwestia ta związana była ze stwierdzonym przez Zamawiającego brakiem innego dokumentu, a ww. wykonawcy nie skorzystali ze środka ochrony prawnej w celu ochrony ich interesów w Postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....