

**WYROK**  
**z dnia 26 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:      Honorata Łopianowska  
Protokolant:            Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum firm Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie i Acciona Infraestructuras S.A. w Madrycie od czynności Zamawiającego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II w Lublinie przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Warbud S.A. w Warszawie

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Katolickiemu Uniwersytetowi Lubelskiemu Jana Pawła II w Lublinie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez Konsorcjum firm Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie i Acciona Infraestructuras S.A. w Madrycie;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 23.600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) przez Zamawiającego Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie, na rzecz Konsorcjum firm Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie i Acciona Infraestructuras S.A. w Madrycie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę Budynku Naukowo – Badawczego Interdyscyplinarnego Centrum Badań Naukowych” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, wynosi 9.231.599,82 EURO. Przedsięwzięcie objęte przedmiotowym postępowaniem jest realizowane w ramach „Programu Operacyjnego Rozwój polski Wschodniej 2007-2013” na podstawie umowy zawartej z Polską Agencją Przedsiębiorczości i dofinansowane przez ten podmiot.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 66-099321 w dniu 3 kwietnia 2010r.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2010r., które doręczono Odwołującemu w dacie 5 sierpnia 2010r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu Jego oferty a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud S.A. w Warszawie. W dniu 11 sierpnia 2010r. Odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię Zamawiającemu, na następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

- 1) odrzucenie oferty Odwołującego wbrew art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) zaniechanie poprawienia omyłek zgodnie z dyspozycją art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 3) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2, 87 ust 2 pkt 3, art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert z zachowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, że wymagane w ofercie i odnoszące się do

poszczególnych kwartałów kwoty: nakładów do poniesienia (pkt 3 formularza oferty - harmonogram płatności) oraz kwoty, na jakie wykonawca będzie wystawiał faktury (pkt 4 formularza oferty – harmonogram rzeczowo - finansowy), winny być takie same. Przeciwnie - opracowanie obu harmonogramów, których dotyczą przywołane punkty pozostawił swobodnemu uznaniu wykonawców, czemu dał wyraz w tych punktach formularza oferty. Jednocześnie we wzorze umowy wskazał (jak przywołuje to w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego), że faktury częściowe będą wystawiane jedynie za wykonane i odebrane prace. Nie wskazuje, jednak, że faktury te mają być zgodne z harmonogramem płatności prezentowanym w ofercie. Wręcz przeciwnie - w § 4 ust. 3, na który powołano się jako przesłankę niezgodności oferty Odwołującego z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wskazano, że etapy robót, za które będą dokonywane płatności, winny być potwierdzone harmonogramem rzeczowo - finansowym. Tym samym, za nietrafny uznaje odwołujący argument, że Zamawiający będzie zobowiązany do płatności zaliczkowej, gdyż kwota w harmonogramie płatności za II kw. 2011 r. jest wyższa niż poniesione w tym kwartale nakłady. Płatność zgodnie ze wzorem umowy następuje, bowiem, w oderwaniu od harmonogramu płatności w oparciu o harmonogram rzeczowo - finansowy. Co więcej, zgodnie z § 4 ust 2 i 4, zarówno protokoły odbioru jak i faktury, wymagają dla dokonania płatności akceptacji Zamawiającego. Jej brak - np. ze względu na podnoszoną w uzasadnieniu odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal obawę płatności zaliczkowej - może być podstawą braku akceptacji faktury jako wystawionej ponad kwotę wykonanych robót. Skutkiem rozbieżności kwot w obu harmonogramach nie jest więc obowiązek zapłaty kwoty wyższej (wg harmonogramu płatności). Jest nim jedynie co najwyżej zapłata kwot wg zasad określonych w umowie. Pogląd o takim sposobie postrzegania różnic pomiędzy wartościami podawanymi w harmonogramach wyraża między innymi KIO w wyroku z dnia 14.06.2010 r., sygn akt: KIO 957/10. Podał następnie Odwołujący, że jeśli Zamawiający mimo niejednoznacznych postanowień SIWZ utrzymuje, iż kwoty kwartalnych nakładów i płatności podawane odpowiednio w harmonogramie rzeczowo - finansowym i harmonogramie płatności winny być takie same, to brakiem jasności sformułowań nie może obciążać wykonawcy. Co do tej kwestii ustalona linia orzecznicza nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości (np. wyrok ZA z dnia 22.07.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1808/05). To właśnie brak jasności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia doprowadził do omyłki popełnionej przez wykonawcę. Zważyć jednak należy, że jest to omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis

Zamawiający pominał odrzucając ofertę Odwołującego. O pominięciu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych świadczy jednoznacznie treść informacji o wyborze oferty, w której Zamawiający wskazał na brzmienie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nieobowiązującym (zd. 1 strona 2 informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej). Ze względu na obligatoryjny charakter art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych („zamawiający poprawia”) odrzucenie oferty bez zastosowania tego przepisu jest naruszeniem ustawy. Popelniona przez Odwołującego omyłka - jak wykazano - jest wynikiem braku precyzji SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt: KIO/UZP 16/09 uznała, że jeśli działania Zamawiającego mogą przyczynić się do popelnienia błędu przez wykonawcę, to omyłka taka winna być rozpatrywana każdorazowo przez pryzmat art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Już sam brak dokonania takiej oceny jest więc naruszeniem ustawy. Odwołujący wskazuje natomiast, że gdyby oceny w kontekście nieistotności omyłki dokonano, wówczas jej charakter wskazuje na obowiązek jej poprawienia. Jej popelnienie nie wpływa bowiem na żaden istotny element oferty. W szczególności nie ma jakichkolwiek wątpliwości jaka jest cena oferty, gdyż wg obu harmonogramów ostateczna cena oferty jest identyczna. Rozbieżność pomiędzy harmonogramami wynosi jeden kwartał na kwotę około 160 tys. zł w zakresie terminu jej płatności. Przy porównaniu skutku odrzucenia tej oferty, tj. zapłaty przy wyborze kolejnej około 3,5 mln zł więcej, taką omyłkę z powodów oczywistych należy uznać za nieistotną. Poza tym - jak twierdzi Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej - nie ulega wątpliwości, jakie są zasady płatności (za wykonane i odebrane prace). Nie ulega więc też wątpliwości jak omyłka powinna być poprawiona - poprzez zmniejszenie kwoty płatności za II kwartał 2011 roku w harmonogramie płatności do wysokości podanej w harmonogramie rzeczowo - finansowym i przesunięciu pozostałej części (ok. 160 tys. zł) do zapłaty w III kwartale. To do harmonogramu rzeczowo - finansowego odnosi się bowiem wzór umowy, ustalający zasady wypłaty wynagrodzenia. W wyroku o sygn. akt KIO/UZP 691/09 Izba uznała, iż obowiązek poprawiania omyłek przez Zamawiającego powinien być interpretowany jak najszerszej i jest ograniczany jedynie zakazem istotnych zmian w treści oferty. W analizowanej sytuacji do zmian istotnych nie dochodzi. Zakres przedmiotu świadczenia pozostaje niezmienny. Wysokość wynagrodzenia również. Doprecyzowaniu podlega jedynie rozbieżność pomiędzy dwoma dokumentami polegająca na nieznacznej rozbieżności terminu zapłaty kwoty stanowiącej około 0,5% wartości przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok w połączonych

sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 1645/09 oraz KIO/UZP 1649/09) dopuszczalne są zmiany dalej idące - powodujące w wyniku usuwania nieistotnych omyłek nieznaczne zmiany w wysokości ceny oferty, a nie tylko terminu częściowej zapłaty niewielkiej części wynagrodzenia. Tym bardziej więc mniejsza zmiana jest konieczna i stanowi obowiązek Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Warbud S.A. w Warszawie, wykazując swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny:**

Przedmiotowe postępowanie na „Budowę Budynku Naukowo – Badawczego Interdyscyplinarnego Centrum Badań Naukowych” jest realizowane w związku z uzyskaniem przez Zamawiającego w ramach „Programu Operacyjnego Rozwój polski Wschodniej 2007-2013” na podstawie umowy zawartej z Polską Agencją Przedsiębiorczości dofinansowania na realizację inwestycji. Zamawiający w projekcie umowy (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), w § 1 ust. 5 zastrzegł obowiązek wykonania umowy w sposób zgodny z przepisami i wytycznymi regulującymi finansowanie inwestycji uzyskanych funduszy, tak by było możliwe wywiązanie się ze wszystkich nałożonych na Zamawiającego jako beneficjenta programu obowiązków przez instytucję finansującą.

Zamawiający w postępowaniu na „Budowę Budynku Naukowo – Badawczego Interdyscyplinarnego Centrum Badań Naukowych”, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzegł, w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 3 i 4, że do oferty winien zostać dołączony harmonogram rzeczowo – finansowy oraz harmonogram płatności. W formularzu tym ujęto następujące oświadczenia wykonawcy o treści:

*„3. Do oferty dołączamy opracowany przez nas, szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowy, w którym pokazano nakłady do poniesienia w poszczególnych kwartałach okresu realizacji inwestycji. Pokazano wielkość zaawansowania finansowego w danym kwartale i pokazano procent zaawansowania na dany kwartał w poszczególnych kategoriach robót.*

*4. Do oferty dołączamy harmonogram płatności, w którym pokazano kwoty, na jakie Wykonawca będzie wystawiał faktury, po upływie każdego kwartału okresu realizacji inwestycji.”.*

W projekcie umowy, stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł w odniesieniu do sposobu rozliczania z wykonawcami (projekt

umowy - załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia - *Warunki dokonywania rozliczeń* § 4) następujące zapisy:

- „*Faktury częściowe wystawiane będą w odstępach kwartalnych jedynie na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego protokołu częściowego odbioru robót (...)*”; (§ 4 ust. 2 projektu umowy);

- „*Faktury częściowe, wystawiane będą jedynie za wykonane i odebrane przez Kierownika Nadzoru Inwestorskiego lub Inspektora Nadzoru Inwestorskiego etapy robót potwierdzone protokołem częściowego odbioru, przy czym etapy te powinny być zgodne z zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramem rzeczowo – finansowym*” (§ 4 ust. 3 projektu umowy);

- „*Faktury częściowe będą płatne, (...) w terminie 14 dni od dnia przyjęcia przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury do której załączony został protokół odbioru częściowego (...)* (§ 4 ust. 4 projektu umowy);

- „*w przypadku zaistnienia rozbieżności w założonym i rzeczywistym terminie rozpoczęcia realizacji lub terminach realizacji kolejnych etapów przedmiotu umowy, Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zaktualizowania złożonego w ofercie harmonogramu rzeczowo finansowego w zakresie terminów wykonania poszczególnych części robót (...)*” (§ 4 ust. 7 projektu umowy).

Odwołujący w złożonej ofercie wskazał w harmonogramie płatności (składanym na podstawie pkt 4) kwoty płatności wynoszące odpowiednio dla kwartału II 2.156.043,30 zł oraz dla kwartału III 2.188.699,43 zł, podczas gdy w harmonogramie rzeczowo – finansowym (składanym na podstawie pkt 3) dla wskazanych okresów podano kwoty: dla II kwartału 1.996.017,18 zł, oraz 2.348.725,55 zł dla III kwartału.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, w uzasadnieniu podając art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym że „*treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*”, dokonując zarazem wyboru oferty Warbud S.A. w Warszawie. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający powołał się na rozbieżności między harmonogramem rzeczowo – finansowym oraz harmonogramem płatności w ofercie Odwołującego, wskazując że *z otrzymanego harmonogramu płatności nie wynika jakich robót te faktury będą dotyczyć, ponieważ kwoty te nie znajdują swego odniesienia (pokrycia w zaplanowanych w danym kwartale robotach) w harmonogramie rzeczowo – finansowym. Czyli, że złożonej oferty jednoznacznie wynika, iż Wykonawca będzie żądał od Zamawiającego otrzymania zaliczki na roboty zaplanowane w kolejnych okresach, a jeszcze nie wykonane, tj. kwoty 160 026,12 zł netto.*”.

**Na tle tak ustalonego stanu faktycznego,  
skład orzekający zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 3 kwietnia 2010r. (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: skoro odwołanie złożone zostało z zachowaniem wymaganego, dziesięciodniowego terminu, to podlega ono rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania: Jego oferta zawiera najniższą cenę (26.178.291,90 zł) w porównaniu do ofert innych wykonawców, które nie zostały skutecznie odrzucone (oferta złożona przez Warbud S.A. w Warszawie wskazuje cenę 30.116.046,48 zł), wobec czego w razie uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego uznana byłaby za najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron oraz uczestnika postępowania,  
KIO 1724/10

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

W pierwszym rzędzie dostrzeżenia wymagało, że zarówno harmonogram rzeczowo – finansowy jak i harmonogram płatności to dokumenty, które z zasady mają charakter elastyczny, podlegają zmianom, a przede wszystkim są nierozłącznie związane ze stopniem realizacji zadania a nie mają być tylko abstrakcyjnymi planami sporządzonymi w oderwaniu od postępu prac i nieuwzględniającymi realiów procesu budowlanego. Harmonogram rzeczowo – finansowy oraz harmonogram płatności na etapie składania ofert mogą bowiem być co najwyżej pewnymi planami, projekcjami zakładanych robót i wydatków z nimi związanych, skoro nie jest wtedy jeszcze możliwe określenie w jakim czasie nastąpi rozpoczęcie robót (to wszak jest uzależnione od rozstrzygnięcia postępowania, daty zawarcia umowy), co dodatkowo uzależnione jest od zdarzeń niepewnych takich jak niewystąpienie technicznych przeszkód w rozpoczęciu robót. Taki charakter obu dokumentów wynika również z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (§ 4 ust. 2, 3, 4 i 7 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do specyfikacji).

Co do harmonogramu rzeczowo – finansowego oraz harmonogramu płatności należy zatem – w zakresie ich treści – przyznać walor dokumentu o znaczeniu pomocniczym, informacyjnym, a nie definitywnie zobowiązującego do konkretnych działań zgodnie z jego treścią. Harmonogram rzeczowo – finansowy oraz harmonogram płatności zostały w przedmiotowym postępowaniu wyraźnie odniesione do realizacji robót i ich postępu (rzeczywistego wykonania) i na tę kwestię położono akcent w treści zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stanowiącym załącznik do specyfikacji projekcie umowy.

O takim też z zasady charakterze harmonogramu rzeczowo – finansowego przekonują liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo: wyrok z dnia 13 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 549/09; wyrok z dnia 3 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP1338/09; wyrok z dnia 18 stycznia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP1689/09, KIO/UZP1691/09; wyrok z dnia 18 stycznia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1689/09, KIO/UZP 1691/09; z dnia 15 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1528/09; wyrok z dnia 28 lipca 2010r., sygn. akt KIO 1491/10.

Z przytoczonego orzecznictwa wynika, że oferta zawierająca nieścisłości i błędy w zakresie harmonogramu rzeczowo – finansowego nie podlega odrzuceniu; zamawiający może poprawić ofertę w zakresie braku harmonogramu stosując art. 87 ust. 1 ustawy bądź nawet art. 26 ust. 3. Z powyższych orzeczeń wynika też możliwość poprawiania harmonogramu, co nie stanowi zmiany treści oferty i podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.



Uwagi poczynione w odniesieniu do harmonogramu rzeczowo – finansowego zachowują swoją aktualność także w zakresie harmonogramu płatności.

Tym samym, co do zasady należy przyjąć, że nieścisłości w zakresie harmonogramu rzeczowo – finansowego, jak również harmonogramu płatności nie stanowią o odrzuceniu oferty wykonawcy, który w wykonaniu zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożył wymienione dokumenty zawierające treści niezgodne z założeniami zawartymi w specyfikacji lub niezgodne między sobą – jak miało to miejsce w analizowanej sprawie. Niezgodności te nie oznaczają, że wykonawca, który złożył owe harmonogramy zawierające wzajemne niezgodności będzie mógł, w oparciu o jeden z nich (harmonogram płatności) wiążąco domagać się płatności wynikającej z jego treści, niezależnie od zakresu wykonanych przez siebie robót. Jak wskazano wyżej – zawartość wskazanych obu harmonogramów ma znaczenie pomocnicze, projekcyjne – są one planami i szacunkami, i jako takie nie stanowią podstawy do formułowania roszczeń o wcześniejsze zaliczkowanie w wysokości z nich wynikających w odniesieniu do odpowiednich okresów rozliczeniowych. Taki charakter obu harmonogramów wynika jednoznacznie z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym postępowaniu, w tym stanowiącego do niej załącznika nr 1 – projektu umowy jak i formularza ofert (pkt 3 i 4 tego formularza).

Stąd należało uznać za bezzasadne twierdzenie Zamawiającego, zgodnie z którym rozbieżność w ofercie Odwołującego w zakresie kwot do zapłaty pomiędzy harmonogramem rzeczowo – finansowym a harmonogramem płatności w odniesieniu do kwartału II i III oznaczać mogła, że wykonawca ten będzie miał prawo domagać się zaliczkowania w odniesieniu do prac we wskazanych kwartałach, pomimo niewykonania jeszcze robót. Wniosek odmienny wynika wprost z jednoznacznych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy, które niewątpliwie są zasadniczymi dokumentami decydującymi o obowiązkach i uprawnieniach wykonawcy na etapie wykonania umowy.

Tym samym, oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu z powodów wskazanych przez Zamawiającego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania Zamawiający wykazał, że harmonogram płatności jest mu niezbędny do wywiązania się z umowy zawartej z PARP, w ramach której jest finansowane przedsięwzięcie, będące przedmiotem niniejszego postępowania. Powyższe determinuje konieczność, zdaniem Zamawiającego uzyskania przez Niego poprawnego harmonogramu płatności i przemawiało za uznaniem, że wskazany harmonogram podlega poprawieniu.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że w harmonogramie tym Odwołujący popełnił błąd. Za nietrafne należy uznać stanowisko, zgodnie którym, wobec rozbieżności pomiędzy harmonogramem rzeczowo – finansowym a harmonogramem płatności nie było wiadomym, w którym z nich popełniono błąd: Zamawiający na rozprawie przedstawił, czym jest harmonogram rzeczowo – finansowy oraz harmonogram płatności. Z argumentacji tej wynika niezbicie, iż oba dokumenty są ze sobą sprzężone, najpierw powstaje harmonogram finansowo – rzeczowo a następnie na jego podstawie należy opracować harmonogram płatności. Harmonogram płatności jest w istocie wyciągiem z harmonogramu rzeczowo – finansowego, który obejmuje już tylko stronę finansową wykonania zadania w rozbięciu na odpowiednie okresy (kwartały). Tym samym nie ulegało wątpliwości, że błąd został popełniony właśnie w harmonogramie płatności. Nie pozostawiał wątpliwości także sposób poprawy: polegający na wpisaniu w odpowiednie rubryki tabeli *Harmonogram płatności* – dla kwartału II i III kwot przeniesionych z rubryk dotyczących tych samych kwartałów z harmonogramu rzeczowo - finansowego, czyli w harmonogramie płatności dla kwartału II w miejsce kwoty 2.156.043,30 zł należało wpisać 1.996.017,18 zł, oraz w dla kwartału III w miejsce kwoty 2.188.699,43 zł należało podać 2.348.725,55 zł.

Opisany błąd podlegał poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poddając ocenie uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego dostrzec należało, iż art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Stosownie do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w

uzasadnieniu do *Ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*, którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „*W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Pomyślnie prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kasuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*”

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy).

Pogląd analogiczny do prezentowanego wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1338/09. Wskazówki zawarte w uzasadnieniu wskazanego wyroku mogą być pomocne przy wykonaniu niniejszego wyroku, w szczególności w zakresie formy poprawienia pomyłki, a to z uwagi na sygnalizowaną przez Zamawiającego potrzebę złożenia do PARP umów z wykonawcami wraz z załącznikami, w tym harmonogramami płatności. Nie wdając się bliżej w kwestię konieczności składania takich

dokumentów (a tym samym ich treści oraz wewnętrznej zgodności), jeśli Zamawiający dostrzeże potrzebę posiadania (składania do instytucji finansującej) poprawnego harmonogramu płatności, nie ma przeszkód do dokonania poprawy w taki sposób, że uzyska poprawiony przez Odwołującego harmonogram płatności. W uzasadnieniu wskazanego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zawarła bowiem następujące wytyczne co do formy poprawienia błędu w harmonogramie: *„W ocenie Izby w przedmiotowych okolicznościach zachodzi pełna możliwość zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do sanowania oferty w opisywanym zakresie. (...) Do wyboru zamawiającego pozostaje więc kwestia czy sam tego typu harmonogram sporządzi podstawiając cenę oferty do algorytmu zawartego w załączniku nr 8 do siwz i efekt powyższego przedstawi do zaakceptowania wykonawcy, czy też nie oszczędzając ewidentnie odpowiedzialnemu za powstałe przeoczenie wykonawcy trudu związanego z przygotowaniem dokumentu, zwróci się do niego w trybie art. 87 ust. 1 o wyjaśnienie jaki kształt harmonogramu zamierzał przyjąć, a następnie na podstawie otrzymanych wyjaśnień sformułuje odpowiednie poprawienie oferty i wnioski o jej akceptację przez wykonawcę. Izba wskazuje, iż tego typu wyjaśnienia nie stanowią wytworzenia żadnego nowego oświadczenia woli wykonawcy, które może różnić się od oświadczenia pierwotnie wyrażonego w ofercie. Nie stanowią również żadnych żądanych zakazywanych w powoływanych przepisach zmian w jej treści.”* (podobnie na temat poprawiania błędów w harmonogramie rzeczowo - finansowym orzeczono w wyroku z dnia 29 października 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1326/09).

Powyższe okoliczności i argumenty przemawiały za uznaniem naruszenia w działaniu Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającym na odrzuceniu oferty Odwołującego bez uprzedniego poprawienia omyłki w ofercie (jej części zawierającej harmonogram płatności) oraz uzyskania zgody na taką poprawę wskazanych w odwołaniu przepisów, to jest art. 89 ust 1 pkt 2, art. 87 ust 2 pkt 3, oraz art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe naruszenia przepisów, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało uwzględnieniu, zgodnie z wnioskiem (żądaniem) zawartym w odwołaniu. Orzeczono zatem stosownie do tego wniosku o nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej a następnie dokonania ponownego badania i oceny ofert, co winno nastąpić z uwzględnieniem wskazań zawartych uzasadnieniu orzeczenia, to jest po uprzednim poprawieniu błędu w harmonogramie płatności w sposób opisany wyżej i uzyskaniu zgody Odwołującego na taką poprawę. Co do formy tego poprawienia, podzielono pogląd zawarty w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 listopada 2009r. w sprawie KIO/UZP 1338/10, gdzie wskazano, iż do wyboru zamawiającego pozostaje kwestia czy sam sporządzi poprawiony harmonogram podstawiając odpowiednie dane i efekt powyższego przedstawi do zaakceptowania wykonawcy, czy też zwróci się do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 o wyjaśnienie, jaki kształt harmonogramu zamierzał przyjąć, a następnie na KIO 1724/10

podstawie otrzymanych wyjaśnień sformułuje odpowiednie poprawienie oferty i wniosek o jej akceptację przez wykonawcę.

Mając zatem na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:**

.....