

**Sygn. akt: KIO/UZP 1445/09**

**KIO/UZP 1453/09**

**WYROK**

**z dnia 4 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Renata Tubisz  
Barbara Bettman**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 listopada 2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **23 października 2009r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Konsorcjum: WARBUD S.A., PPH Transsystem S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A (sygn. akt. KIO/UZP 1445/09)**

**B. Konsorcjum: SKANSKA S.A., EXBUD S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9 (sygn. akt KIO/UZP 1453/09)**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanaka** protestów:

**A. Konsorcjum: WARBUD S.A., PPH Transsystem S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A z dnia 9 lipca 2009r.**

**B. Konsorcjum: SKANSKA S.A., EXBUD S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9 z dnia 4 lipca 2009r.**

przy udziale wykonawcy **Polimex-Mostostal S.A. Zakład Budownictwa Lublin, 20-484 Lublin, ul. Inżynierska 8** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1445/09 i KIO/UZP 1453/09 po stronie zamawiającego, przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: SKANSKA S.A., EXBUD S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1445/09 po stronie zamawiającego, przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: WARBUD S.A., PPH Transsystem S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1453/09 po stronie odwołującego się.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża:

**A. Konsorcjum: WARBUD S.A., PPH Transsystem S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A**

**B. Konsorcjum: SKANSKA S.A., EXBUD S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: WARBUD S.A., PPH Transsystem S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A,**
  - B** koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: SKANSKA S.A., EXBUD S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
  - A** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: WARBUD S.A., PPH Transsystem S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A.**

- w **Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanaka** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: SKANSKA S.A., EXBUD S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9** na rzecz **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanaka** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 538 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: WARBUD S.A., PPH Transsystem S.A., 02-342 Warszawa, al. Jerozolimskie 162A,**
- B** kwoty 17 769 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: SKANSKA S.A., EXBUD S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9.**

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

Zamawiający - Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę odstawy urobku z szybu 2.1. w Polu Stefanów do Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla w Polu Bogdanka w Lubelskim Węglu „Bogdanka” S.A. w zakresie obejmującym wykonanie projektów wykonawczych, budowę obiektów, dostawę urządzeń i wyposażenia, montaż na miejscu budowy, uruchomienie, rozruch maszyn i urządzeń oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2009 roku pod poz. 2009/S 74- 107699.

W dniu 31 sierpnia 2009 roku, zamawiający poinformował wykonawców, biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polimex - Mostostal S.A.

## **KIO/ UZP 1445/09**

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Warbud S.A. oraz PPH Transsystem S.A. , reprezentowane przez Warbud S.A., zwane dalej konsorcjum Warbud S.A. wniosło w dniu 9 września 2009 roku protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty Polimex - Mostostal S.A i jej wybór jako najkorzystniejszej,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Skanska S.A. i Exbud Skanska SA, zwane dalej konsorcjum Skanska S.A.
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia powyższego konsorcjum z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał na niezgodności z treścią siwz harmonogramu rzeczowo - finansowego przedstawionego w ofercie przez Polimex - Mostostal S.A., który w ocenie odwołującego stanowi element treści oferty. Okoliczność ta wynika m.in. z pisma z dnia 21 maja 2009 roku i jest to spójne z treścią § 1 ust. 2 pkt 7 projektu umowy, który stanowi, że harmonogram rzeczowo - finansowy dołączony do jego oferty stanie się integralną częścią umowy. Potwierdza to również orzecznictwo Izby, odwołujący wskazał w tym zakresie na orzeczenie z dnia 20 października 2008 roku Sygn. akt 1077/08.

Odwołujący wskazał, że harmonogram nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazał na niemożliwość dokonania korekty treści oferty w trybie wyjaśnianie czy też w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. A zatem niezgodność oferty w tym zakresie skutkuje obligatoryjnym jej odrzuceniem w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

1. odwołujący wskazał, że Polimex –Mostostal S.A. nie uwzględnił w terminie wykonania zamówienia terminu związanego z pozyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Podniósł, że termin wykonania zamówienia stanowi istotne o wadze – 25 % kryterium oceny ofert, co podkreśla znaczenie nadane przez zamawiającego terminowi wykonania zamówienia.
2. wg. harmonogramu sporządzonego przez Polimex – Mostostal planowany cykl realizacji robót ma wynieść 12 miesięcy, przy czym rozpoczęcie robót demontażu i przełożenia rurociągu ciepłowniczego ma nastąpić po upływie 5,5 miesiąca od rozpoczęcia wykonywania zamówienia. Przy takim założeniu rozpoczęcie wykonywania zamówienia przez Polimex - Mostostal S.A. powinno nastąpić w dniu 1 listopada 2009 roku, gdyż zgodnie z § 3 ust. 4 pkt 1 projektu umowy wyłączenie rurociągu ciepłowniczego możliwe jest dopiero od dnia 15 kwietnia 2010 roku, a więc

po upływie 5,5 miesiąca licząc od dnia 1 listopada 2009 roku. Tymczasem zgodnie z projektem umowy wykonawca winien rozpocząć roboty najpóźniej w dniu 21 października 2009 roku.

3. zgodnie z § 5 ust. 1 i 9 projektu umowy wykonawca jest zobowiązany do rozpoczęcia w czasie 14 dni od daty podpisania umowy. Biorąc pod uwagę cykl realizacji robót w harmonogramie, Polimex - Mostostal planuje rozpoczęcie demontażu rurociągów najpóźniej w dniu 5 kwietnia 2010 roku, co jest sprzeczne z § 3 ust. 4 pkt 1 projektu umowy i jednocześnie niemożliwe do zrealizowania, gdyż odłączenie zasilania w energię ciepłą magistrali ciepłowniczej nastąpi w okresie od 15 kwietnia 2010 roku do 31 października 2010 rok.
4. harmonogram realizacji mostu ob. 207.2 jest niezgodny ze STWiOR Budowlano-Montażowych (załącznik nr 8 do siwz). Polimex Mostostal zamierza zrealizować obiekt 207.2 w miesiącu marcu, kwietniu, maju i połowie czerwca czyli częściowo w zimę w okresie ciepłowniczym i to bez przekładek rury ciepłowniczej. Zgodnie z projektem zamawiającego, sztuką budowlaną oraz projektem umowy jest to technicznie niewykonalne. W myśl § 3 ust. 4 pkt 1 projektu umowy wykonanie powyższego odcinka robót jest możliwe po odłączeniu zasilania w energię ciepłą magistrali ciepłowniczej które nastąpi w okresie od 15 kwietnia 2010 roku do 31 października 2010 roku, co również wynika z § 3 ust. 4 pkt 4 projektu umowy, która zobowiąże wykonawcę do wykonania wszystkich prac związanych z budową nowej magistrali ciepłowniczej na odcinkach od rozdzielni ciepła BG10 do mostu 207.2 oraz na trasie mostu 207.2, w okresie od 15 kwietnia 2010 do 31 października 2010.

Odwołujący wskazał na brak konsekwencji po stronie zamawiającego, który w treści projektu umowy określił, że terminowe i prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy ma nadzwyczaj istotne znaczenie z punktu widzenia prowadzonej działalności gospodarczej. Dodatkowo podniósł, że zamawiający odrzucił ofertę Pol- Aqua i Petro Mechanika S.A. z powodu braku harmonogramu, a tym samym sprzeczności z treścią siwz.

W odniesieniu do oferty Konsorcjum Skanska S.A. odwołujący podniósł następujące zarzuty:

1. niezgodność w zakresie harmonogramu rzeczowo – finansowego polegającą na nie uwzględnieniu w pełni w harmonogramie okresu czasu związanego z uzyskaniem pozwoleniem na użytkowanie. W poz. 45 konsorcjum zastrzegło dla uzyskania pozwolenia termin 21 dni, a tym samym nie uwzględniło 14 dniowego terminu niezbędnego do uprawomocnienia się decyzji, po którym to będzie dopiero możliwe wykonanie ruchu próbnego urządzeń.
2. niespełnienie warunku wymaganego w części I rozdziale V ust. 1 pkt 3 siwz warunku wymaganego doświadczenia zawodowego. Z ustaleń poczynionych przez

odwołującego wynika, że podane informacje na temat realizacji robót na rzecz Ball Packaging Europe Lublin Sp. z o.o. są informacjami nieprawdziwymi. Odwołujący jako dowód, załączył kopie korespondencji elektronicznej z Ball Packaing Europe oraz kopię oferty złożonej tej firmie. Podniósł, że z informacji tych wynika, że inwestycja jest cały czas w toku, w szczególności nie zainstalowano w ogóle maszyn, co jest jednym z elementów wymogu zawartego w siwz.

Do postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu Warbud, zgłosili swoje przystąpienie: konsorcjum Polimex Mostostal S.A. po stronie zamawiającego oraz konsorcjum Skanska S.A.

Zamawiający w dniu 18 września 2009 roku, protest odrzucił – w zakresie zarzutów dotyczących oferty Polimex Mostostal S.A., w zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Skanska – oddalił.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał na art. 182 ust. 7 ustawy Pzp, wyjaśniając że w dniu 9 września 2009 roku odwołujący przystąpił do postępowania protestacyjnego po stronie protestującego Skanska, popierając stanowisko konsorcjum Skanska w tożsamym co niniejszy zakres proteście, czym skonstruował swe uprawnienia w zakresie zarzutów pod adresem oferty Polimex Mostostal.

W odniesieniu do oferty konsorcjum Skanska S.A., wskazał, że w jego ocenie, wykonawca spełnia warunek wymaganego doświadczenia zawodowego, co zostało potwierdzone stosownymi referencjami oraz złożonym wraz z przystąpieniem oświadczeniem i wykazem maszyn i urządzeń, które zostały przez niego zamontowane w trakcie realizacji dla Ball Packaing Europe Lublin Sp. z o.o.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego odwołujący wniósł w dniu 28 września 2009 roku odwołanie, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą w proteście i wnosząc o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie oceny ofert i w jej wyniku uznanie, że oferta Polimex – Mostostal S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
3. powtórzenie kwalifikacji wykonawców i oceny ofert, a w jej wyniku uznanie, że oferta konsorcjum Skanska S.A. i Exbud S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wykluczenie konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.
4. dokonanie powtórnej czynności oceny, wyboru oferty w postępowaniu i uznanie za najkorzystniejszą oferty odwołującego.

Do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania zgłosili swoje przystąpienia po stronie zamawiającego: konsorcjum Skanska S.A. oraz Polimex - Mostostal.

#### **Stanowisko przystępującego Konsorcjum Skanska S.A.:**

Przystępujący wskazał na art. 130 ust. 4 kpa, zgodnie z którym decyzja, która jest zgodna z żądaniem wszystkich stron podlega wykonaniu przed upływem do wniesienia odwołania, co oznacza, że termin 14 dniowy nie jest niezbędnym elementem harmonogramu. Podniósł również, iż prawo budowlane dla dokonania akceptacji przez Państwową Straż Pożarną, Państwową Inspekcję Sanitarną, Państwową Inspekcję Pracy (art. 56 ust. 1 prawa budowlanego) przewiduje jedynie terminy graniczne, co oznacza, że pozytywne stanowisko organów może skrócić terminy oczekiwania na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Podobnie termin na przeprowadzenie kontroli, o którym mowa w art. 59 prawa budowlanego jest terminem granicznym. Praktyka pokazuje, że możliwe jest przy złożeniu stosownego wniosku przez Inwestora, przeprowadzenie kontroli w terminie krótszym niż określony w prawie budowlanym. Analogiczna sytuacja dotyczy terminu na wydanie przedmiotowej decyzji, stosowanie do postanowień art. 35 par. 1 i par. 3 kpa urzędowe terminy na załatwienie sprawy są ograniczone jako maksymalne.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego oferty Konsorcjum Skanska, przystępujący wskazał, że przedłożył pismo wystawione przez Ball Packaging Europe Lublin Sp. z o.o. zawierające szczegółowe zestawienie maszyn i urządzeń dostarczonych i zamontowanych przez Skanska w ramach realizowanej inwestycji budowy zakładu opakowań aluminiowych w Lublinie. Pismo to należy traktować jako wyjaśnienie czy też rozszerzenie użytego w referencjach pojęcia „montaż maszyn i urządzeń”. Pismo zostało dostarczone jedynie z celu zaprzeczenia bezprawnym zarzutom czynionym odwołującemu o podaniu nieprawdziwych informacji. Przeprowadzone „dochodzenie” dowodzi jedynie tego, że jakiś pracownik Ball Packaging Europe Sp.z o.o. na sugerujące pytanie odwołującego odpowiedział, że „w chwili obecnej prace projektowe są zakończone, a do ustawiania maszyn mamy zakontraktowane serwisy”. Dokonanie wykładni złożonego oświadczenia nie daje podstaw do twierdzenia, że Skanska nie montowała maszyn i urządzeń w ramach przedmiotowej inwestycji.

#### **Stanowisko przystępującego Polimex - Mostostal:**

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołanie wskazując na art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunków formalnych, gdyż do odwołania nie dołączono pełnomocnictwa uprawniającego do reprezentowania konsorcjum oraz odpisu z KRS z którego wynikałoby czy osoby ze strony Warbud S.A są upoważnione do reprezentowania. W odniesieniu do harmonogramu wskazał, że postanowienia siwz nie określają wzoru harmonogramu robót i jego minimalnej treści, wskazał na § 1 ust. 2 pkt 8 projektu umowy, z którego wynika, że harmonogram jest załącznikiem do umowy sporządzony przez

wykonawcę i załączony do jego oferty. „harmonogram rzeczowo- finansowy opracowany na etapie oferty nie jest niezmienny przez czas trwania umowy, może ulec modyfikacji z inicjatywy zamawiającego i to już po zawarciu umowy, zgodnie z § 2 ust. 4 projektu umowy.

Może ulec zmianie także w trakcie realizacji umowy, co wynika z § 2 ust. 5 projektu umowy. Dodatkowo przed rozpoczęciem realizacji etapów robót wykonawca ma obowiązek przedłożyć harmonogram realizacyjny sporządzony w układzie rzeczowo- finansowym, zgodnie z § 2 ust. 6 projektu umowy. Zatem, harmonogram rzeczowo- finansowy winien składać się z określonych elementów robót, które są następnie uszczegóławiane w trakcie realizacji umowy w harmonogramach realizacyjnych. W ocenie przystępującego, pod pojęciem harmonogramu rzeczowo- finansowego zamawiający rozumiał podział zakresu rzeczowego robót budowlanych na poszczególne odcinki czasu i określenie ich wartości, co potwierdza definicja harmonogramu zawarta w § 2 ust. 8 oraz § 2 ust. 5 projektu umowy, gdzie przewidziano możliwość dokonania zmian kolejności i terminów wykonania poszczególnych obiektów określonych w harmonogramie. Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie nie może być utożsamiane z „wykonaniem poszczególnych obiektów”.

Przystępujący wskazał także, że jego oferta uwzględnia termin konieczny do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, podnosząc następujące argumenty:

1. złożenie w pkt 6 oraz 9 oferty - oświadczenia o przyjęciu i zaakceptowaniu warunków i wymagań określonych w siwz oraz projekcie umowy, a zatem również zobowiązania do uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, ujętego w § 2 ust. 2 pkt 4 i 5 projektu umowy.
2. czas trwania „procedury” uzyskania pozwolenia na użytkowanie zależy od organizacji i umiejętności wykonawcy. Większą część dokumentacji związanej z uzyskaniem stosownego pozwolenia to jest: inwentaryzację geodezyjną powykonawczą, potwierdzenie odbioru wykonanych przyłączy można przygotować jeszcze przed zakończeniem całości robót. Stanowisko Państwowej Straży Pożarnej, Inspekcji Sanitarnej i Inspekcji Pracy oraz świadectwo charakterystyki energetycznej budynku można uzyskać w trakcie trwania robót wykończeniowych.
3. nie ma potrzeby zakładania terminu na uprawomocnienie się decyzji, gdyż zgodnie z art. 130 ust. 4 kpa, decyzja zgodna z żądaniem wszystkich stron podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Przystępujący podniósł, że przedstawiony przez niego harmonogram w wykazanych cyklach realizacji poszczególnych obiektów obejmuje cały zakres kontraktu objęty przedmiotem zamówienia, w tym również uwzględnia czas na uzyskania pozwolenia na użytkowanie.



Nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego – Warbud, że projekt umowy przewiduje rozpoczęcie prac od 21 października 2009 roku i wskazał na treść § 3 ust. 1 projektu umowy, z którego wynika jedynie czasookres trwania umowy, co oznacza, że data rozpoczęcia i zakończenia realizacji przedmiotu umowy uzależniona jest od daty podpisania umowy oraz przekazania placu budowy.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego Warbud, wskazał, że:

1. Rurociągi ciepłownicze w mostach 207.2 oraz w 205.2 i 206.2 zgodnie z §3 ust 4 umowy oraz dokumentacją i przedmiarami mają być wykonane nowe z rur preizolowanych.
2. zdemontowany rurociąg ciepłowniczy (rury bez izolacji) należy przekazać do Firmy "ENERGETYKA ŁĘCZYŃSKA" Sp. z o.o. (właściciel sieci ciepłowniczej).
3. rozpoczęcie robót wyburzeniowych fundamentów sieci ciepłowniczej na odcinku mostu 207.2 wstawiono w harmonogramie w ósmym i dziewiątym miesiącu cyklu inwestycyjnego. Natomiast demontaż sieci ciepłowniczej mieści się w cyklu montażu nowej sieci w moście 207.2. Zatem zarzut Warbud S.A., że przełożenie demontażu rurociągu ma nastąpić po upływie 5,5 miesiąca od rozpoczęcia wykonywania zamówienia jest bezpodstawny.
4. konstrukcję mostów 205.2; 206.2 oraz konstrukcję na części odcinka mostu 207.2 wraz z siecią ciepłowniczą można montować, ponieważ nie pokrywa się z siecią istniejącą przeznaczoną do demontażu.
5. realizacja obiektu (most 207.2) jest przewidziana w ten sposób, że roboty ziemne oraz fundamenty żelbetowe będą wykonywane pod istniejącą siecią ciepłowniczą, a wykonanie konstrukcji i jej scalanie zostanie przygotowane przed okresem odłączenia zasilania w energię ciepłą tj. przed 15.04.2010 r., tak aby od 15.04.2010 r. przystąpić do demontażu sieci ciepłowniczej na części odcinka mostu 207.2 i do wykonywania sukcesywnie montażu konstrukcji stalowej mostu na przygotowanych fundamentach wraz z nową siecią ciepłowniczą w moście.

Przystępujący wskazał także na, wynikającą z treści projektu umowy, możliwość dokonania zmian w harmonogramie rzeczowo – finansowym:

- w § 2 ust. 4 projektu umowy, gdzie wskazano, że zamawiający może dokonać zmian w harmonogramie rzeczowo- finansowym pod warunkiem, że zmiany nie zmienią terminu zakończenia realizacji inwestycji i zostaną dokonane przed upływem 21 dni od dnia zawarcia umowy.
- § 2 ust. 5 projektu umowy, zgodnie z którym wykonawca może dokonać zmian kolejności i terminów wykonania poszczególnych Obiektów określonych w harmonogramie rzeczowo finansowym przed rozpoczęciem budowy poszczególnych obiektów, pod warunkiem, że

zmiany te nie spowodują zwiększenia wysokości wynagrodzenia oraz przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy.

W dalszej części przystąpienia Polimex Mostostal wskazał na niezgodność treści oferty z treścią siwz w orzecznictwie KIO, podnosząc jako istotne następujące tezy:

1. odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa. Ponadto, wszelkie nieprecyzyjne wymagania SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.
2. podstawą odrzucenia oferty nie mogą być zdarzenia przyszłe i niepewne związane z realizacją umowy:
3. zaoferowanie krótszego terminu realizacji zamówienia nie powoduje sprzeczności z postanowieniami SIWZ
4. zgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać w granicach wymagań postawionych przez zamawiającego w treści specyfikacji, co oznacza, że nie można odrzucić oferty z uwagi na niespełnienie wymagań bezpośrednio w niej nieprzewidzianych

#### **KIO/ UZP 1453/09**

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Skanska S.A oraz Exbud S.A, wniosło w dniu 4 września 2009 roku protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący, zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Polimex Mostostal wskazał, że przedstawiony przez tego wykonawcę harmonogram rzeczowo – finansowy sporządzony został niezgodnie z postanowieniami siwz. Wymogiem siwz było pozyskanie pozwolenia na użytkowanie jeszcze przed rozpoczęciem tzw. ruchu próbnego w wymiarze 720 godzin tj. 30 dni. Wskazując na przepisy prawa budowlanego dotyczące zasad i warunków uzyskania pozwolenia na użytkowanie, odwołujący wywiódł, że pozyskanie ostatecznego pozwolenia na użytkowanie jest możliwe w terminie 49 dni, tj. ponad półtora miesiąca. A zatem jest to 10 % czasu jaki Polimex Mostostal przewidział w ogóle na realizację całego zadania. Oczywistym jest, że czas ten jako odrębna pozycja winien być ujęty w harmonogramie rzeczowo – finansowym a czas realizacji zamówienia wydłużony, co zmienia ogólną ocenę dokonaną w oparciu o ustalone przez zamawiającego kryteria, którym jest również termin realizacji. Harmonogram złożony przez Polimex – Mostostal nie ujmuje terminu uzyskania pozwolenia na użytkowanie, z jego treści wynika tymczasem, że wykonawca zamierza realizować roboty do końca XI miesiąca po czym bezpośrednio ma być prowadzony 720 godzinny rozruch ( XII miesiąc). Odwołujący wskazał na niedopuszczalność poprawienia omyłki w złożonym harmonogramie w oparciu o art. 87

ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż w jego ocenie zmiana taka miałaby istotne znaczenie i była znaczącą ingerencją w ofertę wykonawcy, tym bardziej, że termin realizacji jest jednym z kryteriów oceny oferty.

Pismem z dnia 18 września 2009 roku zamawiający protest oddalił, wskazując, że siwz nie określała wzoru harmonogramu, zamawiający nie wymagał podania określonej treści, a harmonogram winien podawać jedynie terminy wykonania poszczególnych obiektów. Zamawiający powołał treść § 6 ust. 2 oraz § 2 ust. 8 projektu umowy, w którym wymaga się od wykonawców przed rozpoczęciem robót dotyczących każdego z obiektów przedłożenia mi.in. harmonogramu realizacyjnego, obejmującego podział robót na elementy robót tworzące technologiczną całość, które nadawać się będą do dokonania ich odbioru a także określenia wartości poszczególnych elementów robót z wyodrębnieniem wartości maszyn urządzeń i instalacji wraz z ich montażem.

Pod pojęciem harmonogramu rzeczowo – finansowego zamawiający rozumiał podział zakresu rzeczowego robót budowlanych na poszczególne odcinki czasu i określenie ich wartości. Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie nie może być utożsamiane z wykonaniem obiektów, dopiero harmonogramy realizacyjne sporządzone na etapie realizacji robót będą określać terminy zakończenia poszczególnych robót przewidzianych na 11 miesięcy. Może więc dojść do sytuacji, że roboty zostaną zakończone w połowie 11 miesiąca i będzie dużo czasu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Brak odrębnej pozycji w harmonogramie dotyczącej uzyskania pozwolenia na użytkowanie nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią siwz. Zamawiający podzielił stanowisko wyrażone w przystąpieniu Polimex – Mostostal S.A. do postępowania protestacyjnego, dotyczące czasu trwania procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego odwołujący – konsorcjum Skanska S.A. i Exbud S.A. wniósł w dniu 25 września 2009 roku odwołanie, którego kopię przekazał tego samego dnia zamawiającemu. Odwołujący, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą w proteście, wniósł o:

1. unieważnienie czynności oddalenia protestu wniesionego przez odwołującego.
2. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Polimex Mostostal
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie Polimex – Mostostal S.A., podnosząc w uzasadnieniu tą samą argumentację, która przywołana została w przystąpieniu do odwołania złożonego przez Warbud S.A.

Przystąpienie do odwołania zgłosiło również w dniu 30 października 2009 roku Konsorcjum Warbud S.A., określając je po stronie odwołującego.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania, postanowień siwz, ofert odwołujących i przystępującego Polimex - Mostostal a także po wysłuchaniu stanowisk stron, zgłoszonych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

Odwołania podlegają oddaleniu.

Na wstępie, Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, których uwzględnienie skutkowałoby odrzuceniem któregoś z odwołań a obaj odwołujący posiadają interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż uwzględnienie zarzutów zgłoszonych przez odwołujących stwarza im szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

#### **I. zarzuty podniesione przez odwołujących konsorcjum Warbud S.A. oraz konsorcjum Skanska S.A. przeciw ofercie Polimex – Mostostal S.A.**

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez obu odwołujących - konsorcjum Warbud S.A, oraz konsorcjum Skanska S.A. dotyczącego niezgodności harmonogramu rzeczowo - finansowego złożonego wraz z ofertą Polimex - Mostostal, polegającej na nieuwzględnieniu w jego treści okresu niezbędnego na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, Izba zważyła co następuje:

W postanowieniach siwz, gdzie zamawiający określił m.in. sposób przygotowania ofert, warunki wymagane od wykonawców jak również wymienił enumeratywnie dokumenty, które wykonawcy są zobowiązani złożyć wraz z ofertą - brak określenia wymogu co do konieczności przedłożenia wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo - finansowego, którego dotyczą zarzuty zgłoszone przez obu odwołujących. Odnośnie zadeklarowania terminu realizacji zamówienia, który był jednym z kryteriów oceny ofert wiążące dla zamawiającego było oświadczenie złożone na formularzu oferty przez każdego z wykonawców. Przy czym zamawiający nie żądał potwierdzenia zadeklarowanego terminu za pomocą żadnych dokumentów, w tym w szczególności przez przedstawienie harmonogramu rzeczowo - finansowego. Obowiązku załączenia harmonogramu rzeczowo - finansowego nie sposób również wywieść z treści pisma z dnia 21 maja 2009 roku, na które powołał się odwołujący konsorcjum Warbud S.A. i które zostało przywołane przez zamawiającego w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert Pol – Aqua. Przywołane pismo jest jedynie wyjaśnieniem a nie modyfikacją treści siwz i nie może rozszerzać zamkniętego katalogu dokumentów, podanego przez zamawiającego w rozdziale VI siwz. Podobnie z treści § 1 ust. 2 pkt 8 projektu umowy, gdzie znajduje się stwierdzenie, że harmonogram rzeczowo - finansowy, sporządzony przez wykonawcę i załączony do jego

oferty będzie załącznikiem nr 5 do umowy, nie można wywodzić, że zamawiający w ten sposób zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo – finansowego. Projekt umowy, jakkolwiek stanowi załącznik do siwz nie może rozszerzać wykazu dokumentów, jakie winni złożyć wykonawcy ubiegający się o udzielnie zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że zakres dokumentów żądanych do wykonawców musi być określony w sposób precyzyjny i jasny a podstawy ewentualnego odrzucenia oferty z powodu niezgodności z treścią siwz nie mogą budzić wątpliwości. W zaistniałym stanie faktycznym, skoro zamawiający nie określił wprost w wykazie dokumentów wymogu co do załączenia harmonogramu rzeczowo- finansowego, to nie można czynić zarzutu co do nieujęcia w tym dokumencie pewnych elementów i dowodzić, że zachodzi niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Niezależnie od powyższego, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że wszyscy wykonawcy, mimo braku jasnego sformułowania wymogu w tym zakresie, złożyli wraz z ofertą stosowne harmonogramy rzeczowo – finansowe i rozważyła zarzuty zgłoszone przez odwołujących w tym zakresie.

Bezspornym jest, że zarówno w treści siwz, jak i projekcie umowy a także wyjaśnieniach udzielonych przez zamawiającego, brak określenia co zamawiający rozumie pod pojęciem harmonogramu rzeczowo - finansowego oraz brak informacji co przedstawiony harmonogram winien zawierać i w jaki sposób należy go sporządzić. Tym samym, należy uznać, że zamawiający pozostawił swobodę wykonawcom nie tylko co do formy, sposobu przedstawienia ale również co do zawartości merytorycznej harmonogramów rzeczowo - finansowych złożonych wraz z ofertą. Biorąc pod uwagę powyższe, każdy z wykonawców sporządził harmonogram rzeczowo – finansowy w odmienny graficznie sposób i określił w nim nieco inną zawartość (np. harmonogram rzeczowo - finansowy przedstawiony przez konsorcjum Skanska S.A. podaje czas trwania zamówienia wraz z dokładnym terminem rozpoczęcia i zakończenia robót w konkretnych miesiącach zaś harmonogram rzeczowo – finansowy robót załączony przez przystępującego Polimex – Mostostal podaje wartości robót oraz cykl ich realizacji w kolejnych dwunastu miesiącach od podpisania umowy). Różnice nie tylko w sposobie przedstawienia harmonogramów rzeczowo - finansowych, ale także w ich merytorycznej zawartości oraz brak wskazań w tym zakresie ze strony zamawiającego świadczą niezbicie o tym, że załączone do ofert harmonogramy rzeczowo – finansowe mają jedynie charakter poglądowy i wstępny i mogą a nawet muszą ulegać zmianom. W tym miejscu Izba wskazuje, że harmonogram rzeczowo – finansowy przedstawiony przez konsorcjum Skanska S.A., który podaje konkretne daty rozpoczęcia i zakończenia robót poczynawszy od 9 września 2009 roku musi ulec zmianie, z uwagi choćby na upływ terminów przewidzianych na realizację robót.

Przedstawione harmonogramy dają zamawiającemu obraz tego jakie roboty, w jakim okresie czasu i na jaką wartość zostaną wykonane.

Wobec uznania, że harmonogram ma jedynie charakter wstępny, a zatem może ulegać zmianom, jak również biorąc pod uwagę okoliczność braku podania wymogów co do zawartości merytorycznej złożonych wraz z ofertą harmonogramów, Izba uznała, że zarzut dotyczący nieuwzględnienia jako odrębnej pozycji w harmonogramie przedstawionym przez Polimex - Mostostal decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, nie powoduje, że harmonogram ten nie odpowiada treści siwz. Ponadto, bezpodstawnym jest twierdzenie odwołujących się, że Polimex - Mostostal S.A. nie uwzględnił w 12 - miesięcznym terminie realizacji czasu niezbędnego na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Twierdzenie takie nie znajduje uzasadnienia, szczególnie w kontekście złożonego przez Polimex – Mostostal w pkt 6 i 9 formularza oferty oświadczenia o zaakceptowaniu warunków i wymagań siwz oraz projektu umowy a zatem, realizacji pełnego zakresu zamówienia, który obejmuje również uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Wskazać należy również, że harmonogram załączony przez przystępującego Polimex – Mostostal S.A. jak sama nazwa wskazuje jest harmonogramem rzeczowo – finansowym robót a zatem obejmuje jedynie pozycje kosztowe zamówienia. Uzasadnia to twierdzenie przystępującego o bezcelowości ujęcia jako odrębnej pozycji uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Harmonogram rzeczowo – finansowy złożony przez Polimex - Mostostal przewiduje realizację poszczególnych elementów robót w jedenastu kolejnych miesiącach, a w dwunastym miesiącu ma nastąpić ruch próbny 720 godz., nie określa konkretnych terminów, jest jedynie graficzną formą przedstawienia przebiegu i kolejności robót. Trudno na jego podstawie stwierdzić w którym dniu danego miesiąca zakończą się dane roboty, co biorąc pod uwagę często występującą w praktyce możliwość szybkiego uzyskania pozwolenia na użytkowanie, powoduje, że twierdzenia odwołujących o nieuwzględnieniu stosownego terminu na uzyskanie decyzji są bezpodstawne.

Izba podziela stanowisko przystępującego Polimex - Mostostal S.A., że czas trwania uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie może okazać się różny, gdyż bezspornym jest, że terminy przewidziane na uzyskanie stanowisk Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Inspekcji Pracy czy Państwowej Straży Pożarnej w zakresie zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym oraz świadectwo charakterystyki energetycznej budynku są terminami instrukcyjnymi a w praktyce często zdarza się, że opinie te uzyskuje się bez zbędnej zwłoki. Zasadne jest również stanowisko co do braku konieczności zakładania dodatkowego 14 - dniowego terminu na uprawomocnienie się decyzji pozwolenia na użytkowanie z uwagi na brzmienie art. 130 ust. 4 k.p.a, który przewiduje, że decyzja zgodna z żądaniem wszystkich stron podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby, brak ujęcia jako osobnej pozycji w harmonogramie „uzyskania pozwolenia na użytkowanie” pozostaje bez wpływu na złożone przez przystępującego Polimex - Mostostal oświadczenie o realizacji całości przedmiotu zamówienia, w tym również uzyskania pozwolenia na użytkowanie w okresie 12 miesięcy od daty podpisania umowy, a zatem bez wpływu na ocenę punkową przyznaną wykonawcom w jednym z kryteriów oceny ofert, jakim jest termin realizacji zamówienia.

Na marginesie należy wskazać, że również harmonogram załączony przez odwołującego konsorcjum Warbud S.A. do oferty nie ujmuje jako odrębnej pozycji „uzyskania pozwolenia na użytkowanie” i nie podaje terminu niezbędnego na wydanie stosownej decyzji.

Niezasadnym jest również zarzut zgłoszony przez odwołującego konsorcjum Warbud S.A. odnośnie niemożliwości technologicznej wykonania robót budowlano - konstrukcyjnych związanych z obiektem 207.2 - most przenośnikowy, ujętych w harmonogramie w dziale VII poz. 207 – stacja przesypowa. Izba, ustaliła, że w § 3 ust. 4 pkt 4 projektu umowy, zamawiający przewidział, że wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszystkich prac związanych z budową nowej magistrali ciepłowniczej na odcinkach: od rozdzielni ciepła BG10 do mostu 207.2 oraz na trasie mostu 207.2 w okresie od 15.04.2010 do 31.10.2010. Jak wynika z treści harmonogramu złożonego wraz z ofertą, Polimex - Mostostal S.A. przewidział realizację tego obiektu (207.2), począwszy od trzeciego miesiąca prowadzenia robót, z czego odwołujący wywodzi, że okres jego realizacji przypadnie w terminie innym niż wymagany przez zamawiającego, a zatem w sezonie grzewczym, co powoduje niemożliwość technologiczną wykonania tego obiektu.

Izba zważyła, że harmonogram rzeczowo - finansowy Polimex - Mostostal z uwagi na swój ogólny charakter, nie podaje konkretnych terminów realizacji poszczególnych etapów robót i obiektów, objętych przedmiotem zamówienia, określa jedynie cykle miesięczne i czasokres trwania poszczególnych robót. Stąd nie można w oparciu o przedstawiony dokument jednoznacznie stwierdzić w jakim miesiącu przypadnie realizacja obiektu mostu 207. 2, tym bardziej, co istotne, że nie jest znana data podpisania umowy i data rozpoczęcia robót, a zatem data początkowa od której należy liczyć kolejne okresy realizacji robót. Wobec powyższego, twierdzenia odwołującego konsorcjum Warbud S.A., że harmonogram rzeczowo – finansowy przewiduje realizację obiektu 207.2 w okresie innym niż wymagany przez zamawiającego są oparte jedynie na hipotezie i nie znajdują jednoznacznego potwierdzenia w przedstawionej dokumentacji.

Niezależnie od powyższego, Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia złożone przez przystępującego Polimex - Mostostal, że mając na uwadze dążenie do skrócenia terminu realizacji zamówienia, który był jednym z kryteriów oceny ofert, wykonawca zamierza

zrealizować ten obiekt w odmienny niż przewidziany w projekcie budowlanym sposób technologiczny, który będzie jednocześnie zgodny z założeniami zamawiającego. Przystępujący wyjaśnił, że konstrukcję mostów 205.2 oraz 206. 2 oraz konstrukcję na części odcinka mostu 207.2 wraz z siecią ciepłowniczą można montować, gdyż nie pokrywa się ona z siecią istniejącą, która jest przeznaczona do demontażu. Jeśli chodzi o realizację mostu 207.2 to Polimex - Mostostal przewidział wykonanie robót ziemnych oraz fundamentów żelbetowych pod istniejącą siecią ciepłowniczą, natomiast wykonanie konstrukcji zostanie przygotowane przed 15.04.2010 roku, aby po tym okresie przystąpić do demontażu sieci ciepłowniczej na odcinku 207.2 i wykonywania dalszych prac związanych z nową siecią ciepłowniczą. Opinia Biura Projektów i Realizacji Inwestycji Separator – Roberts & Schaeffer Sp. z o.o. złożona do akt przez odwołującego konsorcjum Warbud S.A. nie wyklucza możliwości realizacji obiektu 207.2 w sposób technologiczny przewidziany przez Polimex Mostostal.

Ponadto Izba wskazuje na przewidzianą w projekcie umowy możliwość dokonywania zmian w zakresie kolejności i terminów wykonywania poszczególnych obiektów, objętych przedmiotem zamówienia. W oparciu o § 2 ust. 4 i 5 projektu umowy, zamawiający w terminie 21 dni od daty zawarcia umowy ma prawo wnieść zmiany i uwagi do harmonogramu rzeczowo – finansowego. Dodatkowo, niezależnie od zmian i uwag do harmonogramu zgłoszonych przez zamawiającego, strony dopuszczają już w trakcie wykonywania umowy możliwość dokonania zmian kolejności i terminów wykonania poszczególnych obiektów, z zastrzeżeniem że zmiany te nie mogą powodować zwiększenia wysokości maksymalnego wynagrodzenia oraz przedłużenia terminu wykonania umowy, zadeklarowanego w treści oferty i określonego w § 3 ust. 1 projektu umowy. Przywołane postanowienia projektu umowy, potwierdzają wstępny charakter złożonego wraz z ofertą przez wykonawców harmonogramu rzeczowo - finansowego i dopuszczają dokonywanie zmian kolejności robót przewidzianych w harmonogramach, przy zachowaniu niezmiennego terminu końcowego. W ocenie Izby, przewidziana w projekcie umowy, który jest załącznikiem do siwz możliwość zmiany kolejności wykonywania robót i terminów realizacji poszczególnych robót, wypełnia dyspozycję art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

O wstępnym charakterze harmonogramów rzeczowo- finansowych świadczy również to, że zamawiający przewidział w projekcie umowy w § 3 pkt 6 i 8, że przed rozpoczęciem robót dotyczących każdego obiektu wykonawca zobowiązany jest przedłożyć zamawiającemu w celu uzyskania pozytywnej opinii Komisji Oceny Projektów Inwestycyjnych Zamawiającego m.in.: harmonogram realizacyjny danego obiektu sporządzony w układzie rzeczowo – finansowym. Harmonogram taki ma być uszczegółowieniem harmonogramu rzeczowo – finansowego złożonego wraz z ofertą po jego zmianach i winien zawierać podział robót na elementy robót tworzące technologiczną całość, które nadawać się będą do odbioru,



określenie wartości poszczególnych elementów robót z wyodrębnieniem wartości: maszyn, urządzeń i instalacji wraz z ich montażem. Zatem dopiero z harmonogramów realizacyjnych będą wynikać konkretne terminy realizacji poszczególnych obiektów i kolejność wykonywania czynności.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że zarzuty zgłoszone przez odwołujących konsorcjum Warbud S.A. oraz konsorcjum Skanska S.A. odnośnie niezgodności treści harmonogramu rzeczowo – finansowego przedstawionego przez Polimex – Mostostal z treścią siwz, nie zasługują na uwzględnienie.

### **Zarzuty podniesione przez Konsorcjum Warbud S.A. przeciw ofercie konsorcjum Skanska S.A.**

Izba uznała, że nie zasługuje na uznanie zarzut odwołującego Warbud S.A. co do niezgodność treści harmonogramu rzeczowo - finansowego z treścią siwz, polegający na nie uwzględnieniu pełnego okresu związanego z uzyskaniem pozwoleniem na użytkowanie. W poz. 45 harmonogramu rzeczowo - finansowego konsorcjum Skanska S.A. ujęło pozycje o nazwie „uzyskanie pozwolenia na użytkowanie”, zakładając termin 21 dni. Izba powołuje w tym zakresie pełną argumentację wskazaną powyżej w uzasadnieniu odnoszącą się do harmonogramu rzeczowo - finansowego złożonego przez Polimex - Mostostal S.A. i dotycząca wstępnego charakteru harmonogramu rzeczowo - finansowego, braku określenia przez zamawiającego sposobu i zawartości merytorycznej harmonogramu oraz możliwości dokonywania jego korekt również w trakcie trwania umowy. Ponadto podzieliła argumentację, przedstawioną wyżej i powołaną również przez konsorcjum Skanska S.A., że z uwagi na brzmienie art. 130 ust. 4 k.p.a oraz biorąc pod uwagę praktykę wydawania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, zbędnym jest zakładanie dodatkowego 14 - dniowego terminu na uprawomocnienie się decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Niezasadnym jest również zarzut odwołującego konsorcjum Warbud S.A. dotyczący niespełnienia przez konsorcjum Skanska S.A. warunku wymaganego doświadczenia zawodowego, określonego w części I rozdziale V ust. 1 pkt 3 siwz. Izba ustaliła, że zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, realizacjami robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający określił warunek minimalny - wykonanie (budowa lub rozbudowa) minimum jednego obiektu, lub zespołu obiektów budowlano - przemysłowych wraz z montażem maszyn i urządzeń o wartości nie mniejszej niż 80 000 000 zł netto.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu, konsorcjum Skanska S.A. złożyło wykaz zrealizowanych robót, obejmujący realizację inwestycji na rzecz Ball Packaging Europe Lublin Sp. z o.o. o wartości 82 8006 398 netto oraz na rzecz Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Krakowie o wartości 420 272 901, 86 brutto.

Z treści listu referencyjnego z dnia 5 maja 2009 roku wystawionego przez Ball Packaging Europe Lublin Sp. z o.o. wynika, że Skanska S.A. wykonała w systemie Design&Build inwestycję, obejmującą opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie zespołu obiektów budowlano- przemysłowych zakładu aluminiowych opakowań napojów wraz z montażem maszyn i urządzeń oraz uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

Odwołujący na poparcie swojego twierdzenia o podaniu przez Skanska S.A. nieprawdziwych informacji w treści referencji, załączył do protestu wydruki z korespondencji elektronicznej z przedstawicielem Ball Packaging Europe Lublin Sp. z o.o.

Izba odmówiła mocy dowodowej złożonym wydrukami z korespondencji elektronicznej, uznając, że wydruki e - mail prowadzonej korespondencji nie mogą stanowić dowodu, o którym mowa w art. 188 ustawy Pzp. Niezależnie od tego Izba wskazuje, że po pierwsze nie wiadomo pomiędzy jakimi podmiotami była prowadzona korespondencja, czy osoba występująca w imieniu inwestora jest osobą upoważnioną do udzielania takich informacji, a po drugie treść prowadzonej korespondencji, zdaniem Izby, nie zaprzecza twierdzeniom zawartym w referencji i nie potwierdza stanowiska odwołującego co do podania nieprawdziwych danych.

Izba uznała za wiarygodną załączoną do oferty konsorcjum Skanska S.A. referencję od Ball Packaging Europe Lublin Sp. z o.o. o oraz przedstawiony do przystąpienia do protestu wykaz zamontowanych maszyn i urządzeń z dnia 11 września 2009 roku. Z dokumentów tych wynika jednoznacznie, że wykonawca w ramach realizacji zamówienia zamontował zarówno maszyny jak i urządzenia a wobec braku przedstawienia przez odwołującego dowodu na twierdzenie przeciwne, Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Izba wskazuje, że zarzut dotyczący dostarczenia przez Skanska S.A urządzeń i maszyn nieodpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia został przez odwołującego podniesiony dopiero w odwołaniu a ponadto odwołujący powołał jako podstawę prawną wykluczenia Konsorcjum Skanska S.A art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zatem Izba rozpatrując sprawę w granicach zarzutów podniesionych w proteście, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania. Tym samym złożona przez odwołującego Warbud S.A. opinia wydana przez Śląską Radę NOT FSNT w Katowicach dotycząca oceny wybranych dokumentów pod kątem zgodności ze siwz, w zakresie rodzaju przedmiotu zamówienia – odstawa urobku z Szybu 2.1 w Polu Stefanów do Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla w Polu Bogdanka jest bezprzedmiotowa.

Na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, za zamówienia odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia rozumie się zamówienia o charakterze podobnym, zbliżonym ale niekoniecznie identycznym co przedmiot zamówienia. W ocenie Izby wykazana przez Skanska S.A. inwestycja na rzecz Ball Packaging Europe Lublin sp.z o.o. odpowiada zarówno pod względem złożoności jak i zakresu inwestycji, objętej przedmiotem zamówienia, bowiem obejmuje opracowanie dokumentacji projektowej, wykonanie obiektu oraz montaż maszyn urządzeń wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie.

Uwzględniając powyższe Izba uznała za bezpodstawny i niezasadny zarzut odwołującego co do podania nieprawdziwych informacji w ofercie Konsorcjum Skanska S.A.

Z uwagi na powyższe należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 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. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika zamawiającego w wysokości 7 200 zł, zgodnie ze złożoną fakturą.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*