

Sygn. akt: KIO/UZP 1264/09

**WYROK**

**z dnia 21 października 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Barbara Bettman</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Renata Tubisz</b>
	<b>Dagmara Gałczewska-Romek</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Przemysław Śpiewak</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba, ul. Adama Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Gorzyce ul. Kościelna 15, 44-350 Gorzyce** protestu z dnia 3 sierpnia 2009 r. wniesionego przez **Rudolfa Capka Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe ul. Rybnicka 295, 44-310 Radlin.**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie. Nakazuje wezwanie konsorcjum ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba, do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do kwestionowanych przez zamawiającego pozycji przedstawionego harmonogramu robót. Nakazuje unieważnienie wyboru oferty Rudolfa Capka Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe. Nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Gorzyce ul. Kościelna 15, 44-350 Gorzyce nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł. 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba, ul. Adama Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Gorzyce ul. Kościelna 15, 44-350 Gorzyce** na rzecz **Konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba, ul. Adama Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty zł. 5538,00 gr. (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba, ul. Adama Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę wód Dorzecza Górnej Odry – budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Gorzyce: Belsznica Etap I zadanie 3 i Rogów Etap I zadanie 2, (Biuletyn Zamówień Publicznych Nr 1, poz. 84237 z 29.05.2009 r.), dniu 4 sierpnia 2009 r. został wniesiony protest (datowany 3 sierpnia 2009 r.), przez Rudolfa Capka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek na czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba (zwane dalej konsorcjum ZISCO), o czym uczestnicy postępowania zostali powiadomieni pismem doręczonym dnia 30 lipca 2009 r.

Protestujący zarzucił zamawiającemu – Gminie Gorzyce, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101), to jest:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy przez nie traktowanie wszystkich wykonawców na równych prawach,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 ust. 5 ustawy oraz wyłącznie w oparciu o przepisy Pzp.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum ZISCO, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protestujący powołał się na pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym na doznanie uszczerbku interesu prawnego, mimo że złożona oferta jest najkorzystniejsza, gdyż przedstawia najniższą cenę spośród ofert faktycznie niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie protestującego oferta wybranego konsorcjum winna podlegać odrzuceniu ponieważ nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zamawiający jako załącznik E do SIWZ, przekazał wykonawcom harmonogram, w którym określił w sposób jednoznaczny metodę kalkulacji rozliczenia poszczególnych zadań. Natomiast wybrany wykonawca niewłaściwie sporządził harmonogram, nie stosując się do wytycznych oznaczonych 1\*; 2\*;3\* dla zadania Bełsznica Etap I – zadanie 3 oraz 4\*; 5\*;6\* dla zadania Rogów Etap I – zadanie 2, co będzie miało wpływ na niewłaściwe rozliczanie płatności faktur, w stosunku do warunków jakie ustalił zamawiający. Niezgodność harmonogramu z treścią SIWZ, w ocenie protestującego polega na tym, że wartości w poszczególnych rubrykach harmonogramu są niewłaściwie wpisane lub też niewłaściwie obliczone. W przekonaniu protestującego harmonogram rzeczowo – finansowy zadania inwestycyjnego stanowi istotny element oferty, według którego winny następować rozliczenia finansowe realizacji przedmiotu zamówienia. Protestujący wywodził, że przyjęcie oferty konsorcjum jest wyrazem nierównego traktowania uczestników postępowania i świadczy o faworyzowaniu wybranego wykonawcy. W efekcie zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, spowodowało uznanie jej za najkorzystniejszą, co w konsekwencji pozbawiło protestującego możliwości uzyskania należnego zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2009 r., do postępowania wywołanego protestem przystąpił w dniu 7 sierpnia 2009 r. wykonawca wybrany – konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Spółka

z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba, żądając oddalenia protestu, jako bezzasadnego. Przystępujący powołał się na interes prawny w utrzymaniu czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a ponadto stwierdził, iż wniesiony protest stanowi kopię jego własnego protestu, złożonego w innym postępowaniu oraz, że nie zawiera skonkretyzowanych zarzutów. Protestujący nie wykazał na czym polega niezgodność przedłożonego przez konsorcjum ZISCO harmonogramu, z treścią SIWZ. Zatem zarzuty są ogólnikowe i gołosłowne. Przystępujący podnosił, iż w żadnym innym miejscu SIWZ, oprócz wzoru załącznika E, zamawiający nie zamieścił szczegółowych wymagań odnośnie sposobu sporządzenia harmonogramu rzeczowo – finansowego prowadzenia robót, a widniejące pod wzorem odnośniki 1\*- 6\* zostały uwzględnione. Jeżeli protestujący twierdzi, iż zalecenia te nie zostały uwzględnione, winien to udowodnić, wykazać na czym polega rzekoma rozbieżność. Tak sformułowane zarzuty nie pozwalają bowiem na podjęcie polemiki, gdyż nie wiadomo jakie są rzeczywiste zarzuty protestu. Tak samo za gołosłowny uznał przystępujący drugi zarzut protestu - naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

W dniu 14 sierpnia 2009 r. zamawiający powiadomił o rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez firmę Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek przez jego uwzględnienie. W wyniku czego unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucił ofertę konsorcjum ZISCO i dokonał wyboru oferty firmy Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazał, że harmonogram konsorcjum zawiera błędy, których zamawiający nie był w stanie samodzielnie poprawić bez dodatkowych badań i przeliczeń – wynikające między innymi z nieprawidłowych przeniesień wartości z kosztorysu ofertowego. Ponadto zamawiający zarzucił, iż konsorcjum ZISCO nie zastosowało się do wytycznych zawartych w punkcie 5\* załącznika E do SIWZ.

W dniu 19 sierpnia 2009 r. zostało wniesione odwołanie, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym odwołujący konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba podniosło naruszenie swego interesu prawnego w wyniku bezprawnego unieważnienia czynności wyboru jego oferty i dokonania wyboru oferty firmy Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolfa Capka, co stanowi pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 78 § 1 i art. 104 K.c., przez uwzględnienie protestu i odrzucenie oferty odwołującego bez umocowania i zachowania formy pisemnej;

2) art. 31 i 46 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) w związku z art. 14 Pzp i art. 58 K.c., przez uwzględnienie protestu z rażącem naruszeniem przepisów ustawy o samorządzie gminnym, co stanowi o nieważności tej czynności na podstawie art. 58 § 1 K.c.;

3) art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania, mimo że w istocie była zgodna z SIWZ;

4) art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, przez zaniechanie wyjaśnienia i poprawienia domniemanych niejasności i niezgodności, pomimo obowiązku takich działań nałożonego ustawą;

5) art. 7 ust. 3 Pzp w związku z art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności:

- 1) uwzględnienia protestu;
- 2) odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) wyboru oferty najkorzystniejszej firmy Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek.

Ponadto wniósł o utrzymanie wyboru oferty odwołującego konsorcjum, w konsekwencji stwierdzenia nieważności czynności uwzględnienia protestu.

W uzasadnieniu zarzutów, odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem firmy Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek. Podniósł, że w dniu 14 sierpnia 2009 r. otrzymał od zamawiającego rozstrzygnięcie protestu – faks zawierający treść pisma, bez podpisu osoby sporządzającej. Odwołujący wywodził, iż czynność zamawiającego jest bezwzględnie nieważna w związku z art. 78 § 1 i art. 104 K.c., z powodu nie podpisania oświadczenia przez osobę uprawnioną do reprezentowania zamawiającego. Z przepisu art. 104 K.c. wynika bowiem, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania jest nieważna. Ponadto brak podpisu na rozstrzygnięciu protestu powoduje, że nie ma ono charakteru czynności pisemnej – jak wynika z art. 78 § 1 K.c. do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Pisma tego nie podpisała żadna osoba, która legitymowałaby się pełnomocnictwem do takiej czynności. Według wiedzy odwołującego, wójt Gminy Gorzyce w tym czasie przebywał na urlopie. Odwołujący sugerował, iż może zachodzić próba uzupełnienia wymienionego dokumentu przez dostawienie pieczęci oraz podpisu. Dalej odwołujący wywodził, iż czynność rozstrzygnięcia protestu, tak jak została dokonana w dniu 14 sierpnia 2009 r. nosi znamiona naruszenia podstawowych zasad reprezentacji gminy, określonych w art. 31 i 46 ustawy o samorządzie gminnym. Zgodnie z art. 31 tej ustawy wójt kieruje bieżącymi sprawami gminy i reprezentuje

ją na zewnątrz. W zakresie spraw związanych z zarządzeniem mieniem gminy – oświadczenia woli są składane jednoosobowo przez wójta lub działającego na podstawie upoważnienia zastępcy. Odwołujący podkreślił, że do momentu złożenia odwołania, zamawiający nie dostarczył rozstrzygnięcia protestu żadną inną drogą. W rezultacie, zdaniem odwołującego, stwierdzenie nieważności czynności podjętej w dniu 14 sierpnia 2009 r. przez niezidentyfikowaną osobę, która wysłała faks z siedziby zamawiającego – jest jedyną możliwością rozstrzygnięcia.

Odwołujący polemizując ze stanowiskiem zamawiającego, zaznaczał ogólnikowość stwierdzeń – „harmonogram konsorcjum zawiera błędy, których nie można poprawić bez dodatkowych badań i przeliczeń, a wynikających m. in. ze złego przeniesienia wartości kosztorysów.” Zamawiający nie podał jakie błędy zawiera harmonogram załączony do oferty odwołującego. W opinii odwołującego, przedmiotowy harmonogram jest całkowicie zgodny z treścią SIWZ. Ponadto ma on charakter pomocniczy w trakcie realizacji zamówienia, gdyż w praktyce zdarzają się odstępstwa od harmonogramu robót. Na etapie składania ofert, stanowi on stanowisko wstępne wykonawcy, który określa ramy wykonania danego zamówienia w podziale na okresy. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w punkcie 9 opisu przedmiotu zamówienia, nakazywała wykonanie kosztorysów częściowych do każdego etapu (faktury częściowej) i do każdego przyłącza jak również do wykonania inwentaryzacji powykonawczej, co wskazuje na kluczową rolę kosztorysów w trakcie realizacji zadania. Ponadto pkt 13 opisu sposobu przygotowania oferty podaje, że umowa będzie zawierana na całość robót, na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego przez wykonawcę. Kosztorys ofertowy będzie służył do określenia zakresu i kosztu robót przy fakturowaniu częściowym. Odwołujący podnosił istotność postanowień projektu umowy. Zgodnie z § 2 zakres rzeczowy przedmiotu umowy określa projekt budowlano wykonawczy oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (załącznik nr 3) oraz kosztorys (załącznik nr 5). Zgodnie z § 3 ust. 2 i 3 projektu umowy – harmonogram realizacji poszczególnych obiektów i robót, będzie mógł ulegać zmianom, w zależności od posiadanych przez zamawiającego środków finansowych. Z powyższych ustaleń odwołujący wywodził, iż ewentualne niezgodności w harmonogramie nie mogą stwarzać podstawy do odrzucenia oferty. Odwołujący na poparcie swego stanowiska powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach akt: KIO/UZP 166/08; KIO/UZP 172/08; KIO/UZP 847/08 i KIO/UZP 851/08, z którego wynika, że o niezgodności oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w całości, jak też, że wszelkie nieścisłości w sformułowaniu postanowień SIWZ nie powinny obciążać wykonawców. Zamawiający nie podał jakie omyłki w harmonogramie spowodują odrzucenie oferty.

Odwołujący podnosił również, iż zamawiający zaniechał umożliwienia jako wykonawcy, złożenia wyjaśnień ewentualnych i domniemanych niezgodności treści oferty oraz zaniechał analizy oferty pod kątem ewentualnego jej poprawienia w zgodności z przepisami ustawy Pzp. Wskazał na konieczność poprzedzenia odrzucenia oferty, żądaniem wyjaśnień jej treści, co potwierdzają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO/UZP 535/08 i KIO/UZP 1113/08. Nawet gdy zamawiający na etapie późniejszym jest w stanie dookreślić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego, to i tak powinien ewentualne niezgodności poprawić na podstawie art. 87 ust 2 Pzp, jako oczywiste omyłki pisarskie czy rachunkowe, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp. Jeśli zamawiający twierdzi, że błędy w harmonogramie odwołującego nie mają charakteru oczywistego, to i tak powinien dokonać ich analizy pod kątem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten nakazuje poprawę wszystkich omyłek, polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Tym samym brak próby wyjaśnienia ewentualnych omyłek w treści jego oferty, odwołujący uznał za naruszenie powołanego przepisu, a zarazem naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Skoro we wskazanym trybie dopuszcza się poprawianie omyłek w kosztorysach, to tym bardziej jest to dopuszczalne w odniesieniu do harmonogramu robót, który jak wynika z postanowień SIWZ oraz wzoru umowy, ma jedynie pomocniczy charakter. W konsekwencji dokonany wybór oferty firmy Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek, zdaniem odwołującego, naruszył art. 91 ust. 1 Pzp.

W dniu 15 października 2009 r. wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający ponownie potwierdził, iż pismo zawiadamiające o sposobie rozstrzygnięcia protestu Rudolfa Capka, zostało odwołującemu przekazane i opatrzone podpisem zastępcy Wójta pani Heleny L. Do dnia dzisiejszego do zamawiającego nie dotarło potwierdzenie odbioru faksu z dnia 14 sierpnia 2009 r. Jeżeli z raportu połączeń wynika, że zostały wysłane dwie karty, to oznacza, że pierwsza została nadana w całości łącznie z podpisem. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko o niezgodności treści oferty konsorcjum ZISCO z treścią SIWZ wskutek błędów w harmonogramie w części dotyczącej Rogowa Etap I zadanie 2. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający skonkretyzował zarzuty, które stały się podstawą odrzucenia oferty konsorcjum. Podniósł nowe zarzuty dotyczące niespójności terminu realizacji prac pompowni domowych. Zadanie to miało być wykonane do 31.10.2011r. Harmonogram ma stanowić załącznik do umowy o dofinansowanie ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i nie może być zmieniany przez zamawiającego. Harmonogram ma równorzędne znaczenie, według zamawiającego i może być zmieniany jedynie przez samego zamawiającego, a nie przez wykonawcę. Stąd błędy

harmonogramu, w ocenie zamawiającego, nie mogły zostać poprawione. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości poniżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże dotyczy odrzucenia oferty wykonawcy, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wykazał też interes prawny niezbędny do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro złożył ofertę, która pierwotnie została wybrana jako najkorzystniejsza w oparciu o ustalone w SIWZ kryteria oceny i utrzymuje, iż oferta ta nie podlega odrzuceniu. Według zgodnego stanowiska stron, termin związania ofertą jeszcze nie upłynął, a oferta odwołującego pozostaje nadal zabezpieczona wadium.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych art. 187 ust. 4 Pzp. Odwołujący był uprawniony do wniesienia odwołania, jako że przystąpił do postępowania wywołanego wniesieniem protestu firmy Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty odwołującego, pism stron, złożonych w postępowaniu protestacyjno odwoławczym.

Ponadto izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Na podstawie oryginałów dokumentacji akt postępowania, Izba ustaliła, że pismem pomyłkowo opatrzonym datą 29 sierpnia 2009 r., przekazanym faksem w dniu 30 lipca 2009 roku, wykonawcy zostali powiadomieni o wyborze oferty konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba jako najkorzystniejszej w oparciu o podane kryteria, na którą to czynność został wniesiony protest Rudolfa Capka Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe. Na podstawie protokołu postępowania druk ZP-2, załącznika ZP- 19 (oferty wstępnie odrzucone), załącznika ZP-23 (informacja o wykonaniu nowych czynności lub o powtórzeniu czynności), Izba ustaliła, że w dniu 14 sierpnia 2009 r. w wyniku uwzględnienia protestu Rudolfa Capka, zamawiający powtórzył czynność oceny ofert, unieważnił czynność wyboru oferty konsorcjum ZISCO, odrzucił ofertę tego konsorcjum i dokonał wyboru oferty firmy Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek.



Wymienione dokumenty zostały podpisane z upoważnienia Wójta przez zastępcę Wójta panią Helenę L. W aktach postępowania zawarte jest pismo z dnia 14 sierpnia 2009 r. podpisane również przez panią Helenę L. przekazane wykonawcom, zawiadamiające o czynnościach podjętych w wyniku uwzględnienia protestu Rudolfa Capka. Na podstawie art. 31 ustawy 8 marca 1990 o samorządzie gminy (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) wójt kieruje bieżącymi sprawami gminy i reprezentuje ją na zewnątrz. Na podstawie art. 33 ust. 4 tej ustawy, wójt może powierzyć prowadzenie określonych spraw gminy w swoim imieniu zastępcy wójta lub sekretarzowi gminy. Zgodnie z art. 46 ust. 1 tej ustawy oświadczenia woli w imieniu gminy składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca. Izba uznała w oparciu o powołane wyżej dowody, że czynność uwzględnienia protestu Rudolfa Capka oraz podjęte w następstwie czynności - unieważnienia wyboru oferty odwołującego i wybór oferty Rudolfa Capka, miały miejsce w rzeczywistości w dacie 14 sierpnia 2009 r., zostały podjęte przez osobę upoważnioną, tj. panią Helenę Lazar zastępcę Wójta z upoważnienia Wójta Gminy Gorzyce. Z tych względów, Izba przyjęła, że odwołujący nie ma podstaw aby kwestionować ważność wymienionych czynności. Zupełnie odrębną kwestią jest powiadomienie odwołującego o podjętych czynnościach przez zamawiającego i skuteczność tego powiadomienia. Odwołujący utrzymuje, iż pismo z dnia 14 sierpnia 2009 r. otrzymał drogą telefaksu bez żadnego podpisu i takie pismo złożone zostało przy odwołaniu, natomiast zamawiający twierdzi, iż pismo to zostało opatrzone podpisem zastępcy wójta pani Heleny L. W aktach dokumentacji postępowania znajduje się oryginał wymienionego pisma opatrzonego podpisem tej osoby. Jakkolwiek nie da się z całą pewnością wykluczyć sytuacji, gdy do odwołującego mogła zostać przekazana np. kopia tegoż pisma nie sygnowana podpisem, to należy mieć na uwadze, iż zamawiający wysłał wymienione powiadomienie także drogą pocztową i zostało ono doręczone odwołującemu w dniu 20 sierpnia 2009 r. Odwołujący nie kwestionuje, że wymienione pismo przesłane drogą korespondencyjną jest opatrzone podpisem osoby upoważnionej. Odwołujący nie miał żadnych postaw do domagania się uznania czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu za nieważne, mógłby ewentualnie podważać skuteczność czynności powiadomienia go o sposobie rozstrzygnięcia protestu i liczyć termin na wniesienie odwołania od daty otrzymania pisma, bez wątpliwości opatrzonego podpisem osoby upoważnionej. W rozdziale III pkt 8 SIWZ zamawiający postanowił – „zamawiający i wykonawcy mogą porozumiewać się (w tym przekazywać informacje, oświadczenia i dokumenty) na piśmie lub faksem. W przypadku gdy oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane zostaną za pomocą faksu, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Odwołujący nie informował niezwłocznie zamawiającego, że faks, który otrzymał nie zawiera podpisu. Nie potwierdził też faktu otrzymania wymienionego faksu. W ocenie Izby, w okolicznościach danej sprawy, bez

znaczenia pozostaje czy pismo przekazane faksem w dniu 14 sierpnia 2009 r. było opatrzone podpisem, a jedynie podpis ten nie został uwidoczniony na wydruku z urzędnika odbierającego, bądź czy pismo to w dacie jego wysłania nie było podpisane, ponieważ z tego tytułu odwołujący nie doznał uszczerbku interesu prawnego w sferze ochrony swoich praw, przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł bowiem odwołanie z zachowaniem terminu określonego w art. 184 ust. 2 Pzp na czynności pojęte przez zamawiającego, o których powziął wiadomość *de facto* w dniu 14 sierpnia 2009 r. Nawet ewentualnie wadliwe powiadomienie, nie miało żadnego istotnego wpływu, na wynik postępowania. Z treści uzasadnienia wynikało, jakie zarzuty protestu zostały uznane, a odwołujący mógł skutecznie chronić swój interes, gdyż skorzystał ze środków ochrony prawnej, na nieprawidłowe, jego zdaniem czynności zamawiającego. Z tych względów Izba uznała, iż nie zachodzą żadne podstawy do uznania czynności zamawiającego podjętych w dacie 14 sierpnia 2009 r. przez osobę upoważnioną za nieważne i pozbawione skutków prawnych. Ponadto zarzut odwołującego ograniczał się jedynie do podważania ważności i skuteczności powiadomienia go o sposobie rozstrzygnięcia protestu Rudolfa Capka.

Izba postanowiła także nie uwzględnić wniosku odwołującego z dnia 14 października 2009 r. o odroczenie terminu rozprawy, celem umożliwienia przeprowadzenia dowodów uzyskanych w wyniku postępowania karnego, w rezultacie zgłoszenia do organów ścigania o możliwości popełnienia przestępstwa związku z dokonaniem rozstrzygnięciem protestu wniesionego przez Rudolfa Capka. Ze względów wyżej podanych, ewentualny wynik tego postępowania nie ma znaczenia dla rozpatrzenia przedmiotowej sprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu jak stanowi art. 191 ust. 3, podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Rozdział II pkt 13 SIWZ przewiduje – umowa będzie zawarta na całość robót na podstawie kosztorysu ofertowego, sporządzonego przez wykonawcę - zaleca się wykonanie kosztorysu metodą uproszczoną. Kosztorys ofertowy będzie służył do określenia zakresu i kosztu robót przy fakturowaniu częściowym.

Pkt 14 SIWZ stanowi - wykonawca zobowiązany jest sporządzić kosztorys ofertowy na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, Przedmiar robót dostarczony przez zamawiającego należy traktować jako poglądowy.

W rozdziale V SIWZ pkt 3, zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą harmonogramu robót według załącznika E.

W rozdziale IX SIWZ zostało podane, że kryteria oceny ofert stanowi cena - 90% oraz okres gwarancji 10%.

W § 3 wzór umowy ust. 2 zawiera treść – harmonogram (zaproponowany przez wykonawcę) realizacji poszczególnych obiektów i robót stanowi załącznik nr 6 do niniejszej umowy. W ust. 3 zamawiający zastrzegł sobie prawo przesunięcia terminu zakończenia robót oraz harmonogramu realizacji robót, w zależności od posiadanych środków finansowych. Wykonawca został zobowiązany do zrzeczenia się roszczeń z tytułu przesunięcia terminu robót przez zamawiającego.

W § 13 wzoru umowy ust. 5 zamawiający postanowił – wykonawca ma prawo do żądania przedłużenia terminu umownego, gdy niedotrzymanie pierwotnego terminu umownego nastąpi z powodu okoliczności, za które odpowiada zamawiający lub z powodu siły wyższej. Paragraf 15 ust. 1 wzoru umowy stanowi, iż strony ustalają, że obowiązującą je formą wynagrodzenia, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz ofertą wykonawcy wybraną w trybie przetargu, jest wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie z § 21 wzoru umowy, strony postanawiają, że roboty można rozliczać fakturami przejściowymi (częściowymi) zgodnie z załączonym do umowy harmonogramem, po potwierdzeniu przez inspektora nadzoru wykonania robót fakturowanych. Zamawiający przekazał wykonawcom wzór załącznika E do oferty – harmonogram rzeczowo – finansowy na zadaniu inwestycyjnym pod nazwą „Ochrona wód Dorzecza Górnej Odry – budowa kanalizacji sanitarnej w Gminie Gorzyce: Rogów - Etap I zadanie 2; Bełsznica Etap I zadanie 3, obejmujący pozycje: zakres rzeczowy; termin realizacji; wysokość nakładów inwestycyjnych; terminy płatności w rozbiciu na kwartały. Pod tabelą widnieją przypisy o treści:

1\* - wartość środków do wykorzystania w 2009 r. i nie może być przekroczona;

2\* - wartość środków do wykorzystania w 2010 r. i nie może być przekroczona;

3\* - końcowa wartość inwestycji w IV kwartale 2010 r. musi wynosić 20% kosztów całej inwestycji;

4\*- w II i III kwartale 2010 r. koszty inwestycji należy podać proporcjonalnie +- 50% pozostałych kosztów;

5\* - końcowa wartość inwestycji w IV kwartale 2011 r. musi wynosić 20% kosztów całej inwestycji;

6\* - w II i III kwartale 2011 r. koszty inwestycji należy podać proporcjonalnie +- 50% pozostałych kosztów.

Harmonogram robót z uwzględnieniem przypisów obejmuje:

- 1) Etap I robót Bełsznica - zadanie, 3 z przewidzianym terminem realizacji 1.10.2009 r. do 29.10.2010 r.
- 2) Etap I robót Rogów - zadanie 2, z przewidzianym terminem realizacji 31.10.2010 r. do 31.10.2011 r.

Jak wynika z dokumentacji akt postępowania oraz wyjaśnień złożonych przez zamawiającego projekt „Ochrona wód Dorzecza Górnej Odry” jest częściowo finansowany ze

środków Unii Europejskiej – Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, programu operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, którego celem jest uporządkowanie gospodarki ściekowej i rozbudowa istniejącej sieci kanalizacyjnej na terenie obejmującym wymienioną aglomerację. Zamawiający - Gmina Gorzyce przeprowadziła dwa przetargi na całość robót budowlanych. Wartość całkowita inwestycji została ustalona na kwotę 11 601 687,68 zł. netto. Wartość szacunkowa w niniejszym postępowaniu obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej w Gminie Gorzyce Belsznica Etap I - zadanie 3 oraz Rogów Etap I – zadanie 2 została ustalona na kwotę 6 238 749,19 zł. netto. Wydatki na zrealizowanie wymienionego przedsięwzięcia przewidziane są w wieloletnim programie inwestycyjnym Gminy, ujęte w załączniku nr 5, poz. 7, zatwierdzonym uchwałą XXX/26/1/09 z dnia 23 kwietnia 2009 r. Rady Gminy Gorzyce, współfinansowane z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007 - 2013. Dla zamawiającego niewątpliwie ważne znaczenie ma zakres rzeczowy robót wykonanych w okresach ujętych w harmonogramie, zarówno dla umożliwienia zabezpieczenia niezbędnych środków finansowych, jak i ubiegania się o dofinansowanie, skoro istniejący sposób finansowania inwestycji wymaga zarówno wykazania się przez zamawiającego określonym zaangażowaniem środków własnych, dla uruchomienia finansowania z innych źródeł i dla sukcesywnego realizowania płatności bieżących. W ocenie Izby, zamawiający mógł wymagać złożenia przez wykonawców harmonogramu rzeczowo - finansowego robót, z uwidocznieniem takich danych, które były w tym zakresie niezbędne. Sama celowość wymagania określonego dokumentu, nie zwalniała jednak zamawiającego od dokładnego określenia wymagań, podanych w sposób lakoniczny w przypisach załącznika E w punktach od 1\* do 6.\* Zamawiający przyznał, że wzór harmonogramu pochodzi wprost z dokumentacji wniosku o dofinansowanie projektu i nie został dostosowany do potrzeb prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca składający ofertę nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku jednoznacznych dyspozycji i wyjaśnienia sposobu, w jaki wzór harmonogramu winien zostać wypełniony. Ogólne stwierdzenie zamawiającego, że harmonogram konsorcjum odwołującego zawiera błędy, wynikające między innymi ze złego przeniesienia wartości z kosztorysów ofertowych, których zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić, nie dawały wykonawcy możliwości podjęcia polemiki ze stawianymi zarzutami, czy przedstawienia wyjaśnień. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający skonkretyzował zarzuty, podał jakie wartości w przedstawionym przez konsorcjum ZISCO harmonogramie rzeczowo finansowym są niezgodne, gdyż wewnątrznie się nie bilansują. Stosownie do przedmiaru, kosztorysy ofertowe zostały sporządzone w układzie branżowym. Obejmują między innymi: sieć kanalizacji sanitarnej, przyłącza domowe, przewierty, pompownie domowe, zasilanie pompowni. Kosztorysy ofertowe zawierają zatem podsumowanie wartości robót w układzie branżowym (rodzajowym). Natomiast technologiczna kolejność prowadzenia robót,

składających się na przedmiot zamówienia, wynika ze specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Harmonogram rzeczowo – finansowy przedstawia zakres rzeczowy robót, w kolejności ich wykonania w konkretnie oznaczonym czasie wraz podaniem nakładów inwestycyjnych podlegających zafakturowaniu, które co do zasady nie muszą się pokrywać dokładnie z zakresem robót i ich wyceną w zbiorczych pozycjach kosztorysu ofertowego. Z tych względów wykonawca sporządzający harmonogram rzeczowo finansowy obejmujący pozycje zagregowanych robót według podanego wzoru, był uprawniony, aby ująć w harmonogramie kwoty wynikające z planowanego do wykonania zakresu robót w oznaczonym czasie. Odwołujący stwierdził, iż w oparciu o dane z tabeli wartości elementów scalonych, przedstawionych w kosztorysie ofertowym odrębnie dla Etapu I Bełżnica - zadanie 3 i Etapu I Rogów - zadanie 2, był w stanie sporządzić harmonogram według układu wymaganego przez zamawiającego. Odwołujący przyznał również popełnienie omyłek rachunkowych przez pominięcie w zadaniu 2 Etap I Rogów, w pozycji pompownie domowe, wartości robót elektrycznych, podanych w kosztorysie ofertowym. Przyznał również błędne wyliczenie 20% kosztów całej inwestycji, w kolumnie 23 harmonogramu. Faktem jest, że zgodnie z przypisem 5\* do tabeli załącznika E, określenie końcowe wartości inwestycji w IV kwartale 2011 r. musi wynosić 20% całej inwestycji. Izba stwierdza, iż w przypadku przypisu 3\*, kwota ta jest zgodna i wynosi (kolumna 15) - 405 302,83 zł., tj. 20% podanych nakładów inwestycyjnych brutto dla zadania 3 Etap I Bełżnica, w kwocie 2 062 514,08 zł. (kolumna 8). Natomiast w kolumnie 23, gdzie należało uwzględnić przypis 5,\* odwołujący podał kwotę 120 232,13 zł., która nie odpowiada 20% kosztów inwestycji brutto dla zadania 2 Rogów Etap I (kolumna 8), w kwocie 1 872 042,23 zł.

Zdaniem Izby, jako omyłki mogą być kwalifikowane również niedokładności, które wynikają z porównania odnośnych danych, zawartych w oddzielnych dokumentach oferty wykonawcy. W tym przypadku kosztorysu ofertowego (tabeli elementów scalonych) i harmonogramu robót. Brak jest zarzutu, iż ogólna kwota wynikająca z podsumowania pozycji harmonogramu, nie jest zgodna z ceną ofertową netto czy brutto, podaną przez odwołującego w formularzu oferty. Konsorcjum odwołującego, ujęło w harmonogramie pełny zakres rzeczowy robót (tak jak określił go zamawiający) oraz podało kwoty jakie będą przysługiwały do płatności w oznaczonym czasie. Na uwzględnienie zasługuje argumentacja odwołującego, że zgodnie z cytowanymi wyżej postanowieniami SIWZ, harmonogram prowadzenia robót może ulegać zmianom, ze względu na nieprzewidziane okoliczności wynikłe w trakcie realizacji inwestycji oraz posiadane przez zamawiającego środki finansowe. Natomiast istotą zobowiązania umownego wykonawcy, przekładającego się na treść oferty, jest dotrzymanie końcowego terminu zakończenia inwestycji w całości, a nie dotrzymanie terminów pośrednich, odbiorów częściowych robót budowlanych, określonych w harmonogramie. W warunkach technicznych SIWZ, pkt 9 zamawiający ustalił, iż wybrany

wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia kosztorysów do każdego etapu (faktury częściowej) i oddzielnie do każdego przyłącza. Tym samym zamawiający zabezpieczył swoje interesy w zakresie kontroli postępu robót i ich finansowania.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że harmonogram odwołującego zawiera błędy, których nie można poprawić. Harmonogram rzeczowo – finansowy jest dokumentem wtórnym w stosunku do kosztorysu ofertowego, który w podsumowaniu wartości nakładów, do poniesienia w oznaczonym czasie, musi zawierać kwotę całkowitą ogółem, zgodną z ceną oferty, podaną na podstawie przeniesienia wartości kosztorysowej. Zamawiający wyraźnie określił rodzaj wynagrodzenia jako ryczałtowy, a więc właściwie podany za całość zamówienia, bez względu na sposób jego obliczenia. Podał również, iż harmonogram ma charakter pomocniczy, służący kontrowaniu postępu robót i umożliwiającą zabezpieczenie środków na płatności faktur wykonawcy, co jakkolwiek ważne z punktu widzenia interesów zamawiającego, nie kwalifikuje oferty odwołującego do odrzucenia, z uwagi na popełnione omyłki w harmonogramie robót, z uzasadnieniem jej niezgodności z treścią SIWZ. Z wymienionych względów, zdaniem Izby, nie zachodzą żadne przeszkody aby zamawiający wezwał odwołującego – konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do kwestionowanych pozycji harmonogramu, gdyż żadną miarą nie doprowadzi to do zmiany treści oferty. Następnie stosownie do udzielonych wyjaśnień, zamawiający winien zastosować dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwzględnieniem konsekwencji dokonanych poprawek, w celu wyeliminowania wewnętrznych niezgodności – omyłek rachunkowych w harmonogramie przedstawionym przez odwołującego. Dopuszczalność korygowania harmonogramów rzeczowo – finansowych, jako nie naruszających treści oferty, potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, między innymi w wyrokach wydanych w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 1059/09; KIO/UZP 1005/09; KIO/UZP 549/09.

Zaliczenie omyłki do kategorii, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 Pzp powoduje po stronie zamawiającego obowiązek jej poprawienia.

Materiał dowodowy sprawy potwierdził naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 87 ust. 1 i 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 przez bezzasadne odrzucenie oferty konsorcjum: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o. o., Usługi Melioracyjno – Kanalizacyjne Gerard Szczyrba przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz dokonania poprawek w harmonogramie robót tego wykonawcy. Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybór oferty firmy Instalatorstwo Sanitarne, Ogrzewania i Gazowe Rudolf Capek, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryteria.

W następstwie, swoim działaniem zamawiający uchybił zasadom równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadzie prowadzenia postępowania zgodnie ze wskazaniem ustawy, określonym w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a Pzp i orzekła jak w sentencji, gdyż stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego - zastępstwa przez pełnomocnika oraz wpisu od odwołania, Izba orzekła od zamawiającego kwotę 8062,00 zł. na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 b oraz ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 1238, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....