Sygn. akt: KIO 3481/20

WYROK
z dnia 20 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. w Warszawie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Poznaniu,**działającą w imieniu i na rzecz **Miasta Poznania** oraz **Aquanet S.A.**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TORMEL Sp. z o.o. w Poznaniu**oraz **TERLAN sp. z o.o. w Poznaniu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A. w Warszawie** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od wykonawcy **Budimex S.A. w Warszawie**na rzecz **Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Poznaniu,** działającej w imieniu i na rzecz **Miasta Poznania**oraz **Aquanet S.A.**kwotę **3.756 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy siedmiuset pięćdziesięciu sześciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 3481/20

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

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. w Poznaniu, działająca w imieniu i na rzecz Miasta Poznania oraz Aquanet S.A., zwana dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest wykonanie prac budowlanych wraz z opracowaniem projektów wykonawczych dla zadania: „Rozbudowa ul. św. Marcin na odcinku pomiędzy ul. Ratajczaka i Al. Marcinkowskiego wraz z przebudową fragmentu Alei Marcinkowskiego na odcinku od ul. Św. Marcin do Pl. Wolności".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 września 2020 r. nr 2020/S 187-448400.

18 grudnia 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym", zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORMEL sp. z o.o. w Poznaniu oraz TERLAN sp. z o.o. w Poznaniu, zwanych dale „przystępującym".

Wobec:
1)czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
2)zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego i czynności poprawienia omyłki w ofercie tego wykonawcy,
3)zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
odwołujący wniósł 28 grudnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1)art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, mimo iż przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania kierownikiem budowy posiadającym 18 miesięcy doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków,
2)art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp polegające na przyjęciu, że omyłka przystępującego polegająca na sporządzeniu harmonogramu rzeczowo – finansowego (HRF) w sposób niezgodny z wymogami SIWZ może zostać przez zamawiającego samodzielnie poprawiona poprzez sporządzenie przez zamawiającego nowego harmonogramu rzeczowo – finansowego w miejsce harmonogramu opracowanego przez wykonawcę, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z SIWZ i jednocześnie winno być traktowane jako przeprowadzenie przez zamawiającego po złożeniu oferty niedozwolonych negocjacji jej treści z wykonawcą,
3)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, w zakresie w jakim wykonawca ten nie podał w kosztorysie ofertowym (TER) wyceny dla każdej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w ich wyniku:
− unieważnienie czynności poprawienia omyłki w ofercie przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (w zakresie HRF),
− wykluczenie przystępującego z postępowania oraz
− odrzucenie oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd. Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 9.2.3.2.3.4. SIWZ, wykonawca powinien dysponować co najmniej 1 osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającą doświadczenie min. 18 miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury. Odwołujący argumentował, że pojęcie „rejestru zabytków" jest pojęciem zdefiniowanym ustawowo, a

mianowicie z art. 7 ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tj. Dz. U. z 2020r., poz. 282) wynika, że jest to jedna z form ochrony zabytków, sam zaś rejestr zabytków dla zabytków znajdujących się na terenie województwa prowadzi wojewódzki konserwator zabytków. Zdaniem odwołującego z uwagi na okoliczność, że pojęcie „rejestr zabytków" jest pojęciem ustawowo zdefiniowanym jego treść i znaczenie nie mogło budzić wątpliwości.

Odwołujący wskazał, że przystępujący do pełnienia funkcji Kierownika Budowy przewidział p. P. S. i w wykazie osób (poz. 9) złożonym na wezwanie Zamawiającego w następujący sposób opisało jego doświadczenie (cyt.:)

- doświadczenie min. 18 miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury: - „Budowa trasy tramwajowej w ulicy Hubskiej na odcinku od ulicy Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu" – 10.2017 r. – 06.2018 r. -Przebudowa torowisk tramwajowych w ciągu DK 10 w Szczecinie (Zadanie 1,2,3,4,5) (1 pętla tramwajowo-autobusowa – Basen Górniczy)– 07.2014 r. – 08.2015 r.

Zdaniem odwołującego, przystępujący oświadczając, że zadanie pn. „Budowa trasy tramwajowej w ulicy Hubskiej na odcinku od ulicy Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu" polegało na kierowaniu robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków, wprowadziło zamawiającego w błąd. Odwołujący wskazał, że zakres wskazanego zadania (inwestycji) nie wchodzi w granice obszaru wpisanego do rejestru zabytków. Powołał się na pismo Urzędu Miejskiego Wrocławia – Miejskiego Konserwatora Zabytków z dnia 6 grudnia 2016r., które załączył do odwołania.

Odwołujący argumentował, że informacja odnośnie doświadczenia osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy jest niezgodna ze stanem rzeczywistym i jako taka jest informacją wprowadzającą w błąd. Na jej podstawie zamawiający przyjął bowiem, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdy tymczasem warunki udziału nie są przez wykonawcę spełnione – osoba wskazana przez przystępującego jako Kierownik Budowy nie posiada, wbrew oświadczeniu przystępującego, wymaganego doświadczenia.

Odwołujący wskazał także, że wymóg SIWZ dotyczył posiadania 18 miesięcy doświadczenia, a co za tym idzie drugie ze wskazanych zadań realizowanych przez p. P. S., z uwagi na zbyt krótki czas jego trwania, jest niewystarczające do spełnienia warunku.

Zdaniem odwołującego, przystępującemu można przy tym przypisać co najmniej działanie w sposób lekkomyślny i niedbały. Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zweryfikowanie prawdziwości każdej informacji przedstawianej zamawiającemu. Odwołujący wskazał, że przystępujący co najmniej zaniechał takiej weryfikacji, tym samym naruszając wymóg należytej staranności. Podkreślił, że informacja odnośnie niewpisania obszaru, na którym realizowana była wskazana powyżej inwestycja, do rejestru zabytków jest informacją powszechnie dostępną – jest zamieszczona na stronie internetowej Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków we Wrocławiu (https://wosoz.ibip.wroc.pl/public/get_file_contents.php?id=174548). Urząd umieścił mianowicie na swojej stronie internetowej kartę ewidencji obiektu nieruchomego niewpisanego do rejestru zabytków, która zawiera szczegółową mapę terenu objętego kartą. W tym przypadku jest to teren ulic Suchej, Hubskiej, Kamiennej i Borowskiej, a więc obszar, w którym była realizowana inwestycja.

Informacja co do charakteru obszaru, w którym były wykonywane roboty budowlane wynika również z decyzji, jakie były wydane w związku z realizacją ww. inwestycji – decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji (odpowiednio decyzja Wojewody Dolnośląskiego z dnia 14 listopada 2016r. nr 25/16 oraz Wojewody Dolnośląskiego z dnia 17 stycznia 2017r. nr 2/17). Odwołujący wywiódł, że w obu tych decyzjach w pkt V Warunki wynikające z potrzeby ochrony zabytków i dóbr kultury wskazano, że (cyt.:) *„przedmiotowa inwestycja znajduje się na terenie układu urbanistycznego dzielnicy Huby i Glinianki ujętego w ewidencji zabytków."* Z przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami jednoznacznie wynika, że ewidencja zabytków jest kategorią odmienną od rejestru zabytków (nie są to pojęcia tożsame znaczeniowo). Rejestr zabytków jest formą ochrony zabytków (sam wpis do rejestru jest równoznaczny z objęciem danego obiektu ochroną), natomiast ewidencja zabytków jest wyłącznie swoistym spisem zabytków, o tym zaś czy i ewentualnie, w jakim zakresie obiekty wpisane do ewidencji będą podlegały ochronie decydują dalsze decyzje lub zapisy miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Odwołujący wywiódł, że to rozróżnienie jest powszechnie znane wykonawcom wykonującym roboty budowlane, bowiem wpisanie bądź nie danego obiektu do rejestru zabytków ma kluczowe znaczenie dla sposobu prowadzenia przez nich robót budowlanych. Odwołujący argumentował, że treść wyżej wymienionych decyzji musiała być znana kierownikowi budowy (na podstawie tych decyzji wykonywał on roboty budowlane), a więc winna być i znana wykonawcy. Nadto zaś dostęp do nich jest możliwy przykładowo w trybie dostępu do informacji publicznej. Wykonawca, nawet jeżeli sam ww. robót budowlanych nie wykonywał, mógł więc w prosty sposób uzyskać informacje niezbędne do oceny, czy doświadczenie p. P. S. spełnia wymagania SIWZ i do złożenia zamawiającemu zgodnych ze stanem rzeczywistym oświadczeń. Wg odwołującego przystępujący zaniechał sprawdzenia informacji przedstawianych zamawiającemu lub weryfikację tą przeprowadził pobieżnie, co stanowi o możliwości przypisania mu działania w sposób niedbały.

Odwołujący wskazał, że wobec wypełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w niniejszej sprawie nie może znaleźć zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, tj. przystępujący nie może informacji zawartej w Wykazie osób niezgodnej ze stanem rzeczywistym „zamienić" na inną informację. Jednak nawet przyjmując, że w niniejszej sprawie zmiana taka byłaby możliwa, a jej skutkiem miałaby być zmiana na stanowisku Kierownika Budowy, przystępujący utraciłby punkty w kryterium oceny ofert „doświadczenie Kierownika Budowy (KB)" i spadł na dalszą pozycję tzw. listy rankingowej.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących niezgodność treści oferty przystępującego z SIWZ i braku podstaw do poprawienia „innej omyłki" odwołujący podniósł, że zamawiający wprowadził do SIWZ następujące wymogi: Pkt 3.1.6 SIWZ:

Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania Harmonogramu Rzeczowo–Finansowego, zgodnego z terminami Etapów i Podetapów realizacji Zadania podanych w Umowie. W Harmonogramie należy wykazać wszystkie elementy zawarte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, stanowiącej Załącznik nr … do SIWZ IDW, w formie diagramu Gantta, z podanymi datami rozpoczęcia i zakończenia wykonywania prac w ramach danego elementu oraz jego wartość zgodnie z Tabelą; należy przy tym uwzględnić okres przewidziany Umową na czynności odbiorowe.

Zdaniem odwołującego, z cytowanego zapisu SIWZ wynika, że obowiązkiem wykonawcy było załączenie do oferty harmonogramu rzeczowo – finansowego (HRF) spełniającego następujące wymagania:

a) w harmonogramie rzeczowo – finansowym należało zawrzeć wszystkie elementy zawarte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER),

b) podając dla każdego z elementów datę rozpoczęcia i zakończenia prac w ramach danego elementu oraz jego wartość,

c) w harmonogramie rzeczowo – finansowym należało uwzględnić okres przewidziany umową na czynności odbiorowe.

Według odwołującego, tak określonych wymogów harmonogram rzeczowo – finansowy (HRF) przedstawiony

przez przystępującego nie spełniał.

Odwołujący wskazał, że po pierwsze, harmonogram przedstawiony przez przystępującego zawierał daty wykonania (rozpoczęcia i zakończenia) wyłącznie prac składających się na Etapy i Podetapy. Brakowało wskazania dat rozpoczęcia i zakończenia pozostałych robót wskazanych w poszczególnych pozycjach TER – pozostałych Elementów Rozliczeniowych. Po drugie, przystępujący przedstawił de facto wyłącznie harmonogram rzeczowy (i to odnoszący się tylko do niektórych elementów rozliczeniowych). W harmonogramie przedstawionym przez przystępującego brak było bowiem jakichkolwiek wartości (danych liczbowych) odnoszących się do wartości prac wykonywanych w danym okresie. Po trzecie, harmonogram rzeczowo – finansowy przedstawiony przez przystępującego nie uwzględniał wynikających z zapisów SIWZ (wzoru umowy) okresów przewidzianych do wykonywania czynności odbiorowych.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z § 3 ust. 7 wzoru umowy, strony ustalają, że *terminy wykonania Podetapów oraz określone w HRF terminy wykonania poszczególnych pozycji TER będą uznawane za dotrzymane w przypadku sporządzenia przed ich upływem odpowiednich protokołów odbioru zgodnie z zasadami określonymi Umową, w szczególności w §19*. Z kolei z § 19 ust. 6 pkt 1, 2 i 7 wzoru umowy wynika, że warunkiem zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego jest zakończenie wykonywania robót budowlanych, natomiast Zamawiający obowiązany jest wyznaczyć odbiór końcowy najpóźniej na 3 dni robocze od otrzymania zawiadomienia o gotowości do odbioru, z tym zastrzeżeniem, że sam odbiór powinien rozpocząć się w ciągu 5 dni od otrzymania tego zawiadomienia i winien się zakończyć (sporządzeniem stosownego protokołu) do 14 dni od dnia zgłoszenia gotowości. Jak wynika z powyższego, wykonawca, chcąc zagwarantować sobie dochowanie terminów wykonania umowy oraz, na zasadzie § 19 ust. 5 pkt 13 wzoru umowy, terminów wykonania Podetapu III.1 i III.4 (dla tych Podetapów odbiór następuje na zasadach Odbioru Końcowego), roboty konieczne do wykonania winien zakończyć na 14 dni roboczych przed wyznaczonym w pkt 7 SIWZ – IDW terminem wykonania odpowiednio całej umowy oraz Podetapów III.1 i III.4.

Zdaniem odwołującego, przystępujący w harmonogramie załączonym do oferty, założył, że Podetap III.1 w ogóle nie będzie podlegał osobnemu odbiorowi, a Podetap III.4/odbiór końcowy będzie miał odbiór tego samego dnia, w którym zostaną zakończone roboty (odbiór 0 dni).

Według odwołującego, założenia przyjęte przez przystępującego w ofercie są sprzeczne z wymogami SIWZ, a sam harmonogram został sporządzony niezgodnie z pkt 3.1.6. SIWZ – IDW nakazującym wykonawcy uwzględnić w harmonogramie czas potrzebny na przeprowadzenie odbiorów w świetle zapisów SIWZ

Zamawiający, jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 3 grudnia 2020r. zawiadomił przystępującego o poprawieniu, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, omyłek w ofercie tego wykonawcy, m. in. omyłki polegającej na niezgodności treści jego oferty z wymogiem SIWZ (cyt.:)

(2) brak uwzględnienia wartości oraz pozycji TER w Harmonogramie Rzeczowo Finansowym zgodnie z pkt 3.1.6. SIWZ Instrukcji dla Wykonawców (SIWZ IDW): *„W Harmonogramie należy wykazać wszystkie elementy zawarte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, stanowiącej Załącznik do SIWZ IDW, w formie diagramu Gantta, z podanymi datami rozpoczęcia i zakończenia wykonywania prac w ramach danego elementu oraz jego wartość zgodnie z Tabelą; należy przy tym uwzględnić okres przewidziany Umową na czynności odbiorowe."*

Odwołujący wskazał, że w ślad za tym stwierdzeniem, zamawiający przesłał przystępującemu do akceptacji de facto nowy harmonogram rzeczowo – finansowy, tj. w miejsce harmonogramu sporządzonego przez wykonawcę zamawiający stworzył nowy harmonogram rzeczowo – finansowy, w którym:

− Zamawiający samodzielnie ustalił terminy realizacji poszczególnych Elementów Rozliczeniowych zawartych w TER, co przy tym istotne zmieniając założenia przyjęte przez samego przystępującego, np. przystępujący założył wykonywanie etapu przygotowawczego między 7 a 29 stycznia 2021r., zamawiający natomiast pominął w HRF termin rozpoczęcia tego Etapu i ustalił datę jego zakończenia na 31 stycznia 2021r. (podobnie postąpił w zasadzie przy każdym Etapie i Podetapie), zamawiający ustalił przy tym terminy rozpoczęcia i zakończenia robót dla wszystkich pozycji TER,

− Zamawiający usunął z HRF, wbrew jednoznacznym oświadczeniom przystępującego w tym zakresie, czynności związane z wykonaniem odbiorów robót, nie wskazując na daty ich wykonywania,

− Zamawiający pominął w HRF wartości dla wszystkich Elementów Rozliczeniowych TER, poprzestając na wskazaniu wartości podanych przez przystępującego. Zdaniem odwołującego, HRF opracowany przez zamawiającego nadal więc nie pozwala na ustalenie, w jaki sposób zamawiający będzie się rozliczał z wykonawcą w toku wykonywania robót budowlanych. Brak w HRF wartości dla wszystkich Elementów Rozliczeniowych TER i brak rozdzielenia tych wartości na poszczególne okresy realizacji robót powoduje bowiem, że nadal nie wiadomo, jakie środki będą wypłacane wykonawcy w kolejnych miesiącach realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że działania zamawiającego polegające na stworzeniu de facto nowego harmonogramu rzeczowo – finansowego nie dość, że nie doprowadziły do zgodności tego dokumentu z zapisami SIWZ, to nadto wykraczały poza ramy dopuszczonego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp działania zamawiającego. Według odwołującego zamawiający przeprowadził de facto negocjacje z przystępującym co do treści złożonej przez niego oferty, naruszając art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Nadto, mimo dokonanych przez zamawiającego zmian w ofercie przystępującego nadal niezgodny z zapisami SIWZ pozostaje dokument zatytułowany Tabela elementów rozliczeniowych (TER), jak i sam harmonogram (HRF). Dokument TER pozostaje w ścisłej korelacji z HRF, a co za tym idzie nie jest możliwe dokonywanie oceny tych dokumentów w oderwaniu od siebie, czy dokonanie poprawek tylko w jednym z nich, bez stosownej korekty drugiego z dokumentów.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z pkt 15.8.1. SIWZ – IDW, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z wypełnionym Formularzem Oferty wypełniony kosztorys ofertowy. Kosztorys ofertowy to wspominana powyżej Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER), przy czym dokument ten należało sporządzić w oparciu o załącznik nr 5 do SIWZ zatytułowany „*Szacunkowe ilościowo/procentowe zestawienie podstawowych prac w ramach zadania: "Rozbudowa ul. Św. Marcin na odcinku pomiędzy ul. Ratajczaka i aleją Marcinkowskiego wraz z przebudową fragmentu alei Marcinkowskiego na odcinku od ul. Św. Marcin do pl. Wolności*" (plik exel, w którego nazwie występuje określenie TER).

Odwołujący zwrócił uwagę, że załącznik nr 5 do SIWZ (plik excel) zawierał kilkaset pozycji rozliczeniowych, które były pogrupowane w działy. Działy z kolei składały się na Podetapy. Dokument ten zawierał dodatkowo określenie maksymalnego udziału poszczególnych pozycji w cenie oferty (kosztach inwestycji) i w rozliczeniach częściowych, które były wiążące dla wykonawców. Odwołujący przedstawił w odwołaniu fragment wzoru TER.

Odwołujący podniósł, że przystępujący wypełniając TER, pominął wycenę tych pozycji TER, dla których zamawiający we wzorze TER nie podał wymaganej wartości procentowej względem, czy to ceny oferty (kosztów inwestycji), czy to rozliczeń częściowych. Nawiązując do podanego w odwołaniu przykładu, odwołujący podniósł, że przystępujący nie podał w swoim TER wartości dla pozycji 1004 Demontaż infrastruktury sygnalizacji świetlnej 12 grup sygnalizacyjnych oraz pozycji 1009 Montaż kabla YAKY 1 x 630/25 mm2 Cu 0,6/1 kV. Przekładając to na cały TER takich

niewycenionych pozycji (Elementów Rozliczeniowych) było kilkadziesiąt.

Zdaniem odwołującego, okoliczność, że zamawiający nie narzucił dla wszystkich pozycji rozliczeniowych TER wymaganej wartości procentowej nie jest, w świetle zapisów SIWZ, wystarczająca dla przyjęcia, że dla takiej pozycji nie była wymagana wycena. Wg odwołującego, zapis pkt 15.8.1. SIWZ – IDW należy czytać w powiązaniu z innymi zapisami SIWZ, w tym w szczególności z zapisami wzoru umowy. Jak wynika z zapisów SIWZ, każdy element rozliczeniowy podany w TER - każda pozycja tego dokumentu będzie przedmiotem osobnego rozliczenia, nadto zaś dla każdego z tych elementów/dla każdej pozycji TER wymagane było podanie w ofercie terminów jej wykonania.

Z § 3 ust. 1 wzoru umowy jednoznacznie wynika, że określenie „pozycje TER" wiązać należy z pozycjami opisanymi we wzorze TER liczbami czterocyfrowymi, np. Podetap II.2, pozycje TER 2001 – 2056 (str. 7 wzoru umowy). Z kolei w § 9 ust. 4 wzoru umowy wskazano: *Wynagrodzenie będzie wypłacane Wykonawcy na następujących zasadach: 1) w zakresie części Przedmiotu Umowy objętej TER (suma WTER i WZZ): po wykonaniu poszczególnycł części Przedmiotu Umowy opisanych poszczególnymi pozycjami TER, w wysokości określonej w TER.*

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że każda z pozycji TER stanowi samodzielny Element Rozliczeniowy pomiędzy stronami. W celu doprowadzenia do zgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ, należałoby więc podać wycenę dla każdej pozycji/elementu rozliczeniowego podanego w TER.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie mając wiedzy płynącej z treści oferty, w jaki sposób wycenić pozycje TER, dla których przystępujący nie podał wyceny, nie dokonał zmian w dokumencie TER (poza zmianami w zakresie poprawnego przeliczenia procentów). Dokument TER przystępującego pozostaje więc nadal niezgodny z treścią SIWZ. Niezgodność ta powoduje przy tym niemożliwość poprawnego sporządzenia harmonogramu rzeczowo – finansowego (HRF).

Odwołujący przywołał pkt 3.1.6 SIWZ:*Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania Harmonogramu Rzeczowo–Finansowego, zgodnego z terminami Etapów i Podetapów realizacji Zadania podanych w Umowie. W Harmonogramie należy wykazać wszystkie elementy zawarte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, stanowiącej Załącznik nr … do SIWZ IDW, w formie diagramu Gantta, z podanymi datami rozpoczęcia i zakończenia wykonywania prac w ramach danego elementu oraz jego wartość zgodnie z Tabelą.*

Odwołujący podniósł, że z cytowanego postanowienia SIWZ wynika, że w HRF należało:

− uwzględnić wszystkie elementy TER - co Zamawiający poprawiając ofertę przystępującego uczynił, przeklejając wzór TER do harmonogramu,

− dla każdego elementu należało podać datę rozpoczęcia i zakończenia - daty te również zamawiający do harmonogramu dopisał, dołączając do harmonogramu ostatnią jego część zawierającą zaznaczenie kolorem niebieskim, w jakich miesiącach poszczególne prace będą wykonywane) oraz

− wartość zgodną z Tabelą – wartość ta, dla każdego elementu (pozycji TER) nie została uzupełniona przez zamawiającego. Zamawiający zasadnie przyjął, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie pozwala mu na samodzielne ustalenie tych wartości, natomiast ich brak powoduje, że HRF nadal pozostaje niezgodny z pkt 3.1.6. SIWZ.

W tej sytuacji, zdaniem odwołującego, harmonogram rzeczowo – finansowy sporządzony przez zamawiającego nadal nie pozwala na poprawne, tj. zgodne z § 6 wzoru umowy, dokonanie wzajemnych rozliczeń pomiędzy stronami umowy. Nie pozwala także na dochodzenie od wykonawcy kary umownej zgodnie z § 33 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, o czym szerzej poniżej.

Zdaniem odwołującego, działania zamawiającego są wewnętrznie sprzeczne. Dopisując do HRF wykonawcy wszystkie pozycje z TER zamawiający przyznał, że dla każdej z tych pozycji należało określić terminy ich wykonywania (vide oznaczone na niebiesko kolumny tabeli sporządzonej przez Zamawiającego). Przyznając, że dla każdej pozycji TER należało ustalić terminy jej wykonywania, zamawiający nie może obecnie twierdzić, że równocześnie dla każdej pozycji TER nie należało podawać jej wartości. Zapisy pkt 3.1.6 SIWZ dotyczące terminów i wartości wspólnie odnoszą się do elementów TER – pozycji tego dokumentu. Według odwołującego, zamawiający zdaje się przy tym marginalizować rolę HRF, gdy tymczasem sporządzając SIWZ jednoznacznie przesądził, że HRF ma stanowić element oferty wykonawcy (jej treść) i niemożliwe będzie dokonanie jego jednostronnej zmiany przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 3 ust. 7, 11, 12 wzoru umowy:

7. Strony ustalają, że terminy wykonania Podetapów oraz określone w HRF terminy wykonania poszczególnych pozycji TER będą uznawane za dotrzymane w przypadku sporządzenia przed ich upływem odpowiednich protokołów odbioru zgodnie z zasadami określonymi Umową, w szczególności w §19.

11. Ewentualne propozycje dotyczące zmiany Harmonogramu Rzeczowo–Finansowego Wykonawca przedstawi w Raporcie o Postępie Prac wraz z odpowiednim ich uzasadnieniem. Zmiany HRF, które nie powodują zmiany terminów określonych w ust. 1 powyżej, nie stanowią zmiany Umowy.

12. Zamawiający w terminie 5 dni roboczych od dnia przedstawienia wniosku o zmianę HRF wraz z szczegółowym uzasadnieniem odmówi wyrażenia zgody na zmianę lub zatwierdzi przedstawiony zmieniony HRF.

Odwołujący wskazał także na zapis § 33 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy wprowadzający karę umowną w przypadku przekroczenia terminu zakończenia danej pozycji TER w terminie określonym w HRF karą umowną w wysokości 0,2% kwoty wynagrodzenia brutto za tę pozycję TER za każdy dzień zwłoki. Według odwołującego, harmonogram rzeczowo – finansowy, w świetle zapisów SIWZ, jest dokumentem kluczowym dla oferty wykonawcy – określa sposób wykonania przez wykonawcę jego świadczenia wynikającego z oferty, wyznaczając jednocześnie ramy jego przyszłej odpowiedzialności za należyte wykonanie zobowiązania.

Zdaniem odwołującego, zamawiający, wprowadzając kwestionowane odwołaniem zmiany do HRF przystępującego i wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą, dopuścił do takiej sytuacji, że względem tego wykonawcy nie będzie możliwe zastosowanie § 33 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, gdy tymczasem wybór oferty odwołującego wiązałby się z możliwością nałożenia na wykonawcę kary umownej, do której odnosi się to postanowienie. Zamawiający, po otwarciu ofert i wbrew jednoznacznym zapisom SIWZ, różnicuje więc sytuacje wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zmienia i modyfikuje zapisy SIWZ, dostosowując je do swoich bieżących potrzeb – tu do wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Zdaniem odwołującego, działanie takie stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania, w tym zasad wynikających z art. 7 Pzp.

Odwołujący wywiódł także, że zamawiający nie był uprawniony do samodzielnego ustalenia w HRF dat rozpoczęcia i wykonania robót opisanych poszczególnymi pozycjami TER. Zamawiający w SIWZ narzucił terminy rozpoczęcia i wykonania Etapów i Podetapów. Terminy wykonywania robót składających się na Etapy i Podetapy w SIWZ nie były określone, a co za tym idzie wykonawcy mogli ustalić je w sposób indywidualny, właściwy dla siebie i zarazem uwzględniający technologie ich wykonywania. Zamawiający nie ma więc, wynikającej z oferty i z SIWZ wiedzy, w jaki

sposób przystępujący ustaliłby terminy wykonywania robót opisanych w poszczególnych pozycjach, gdyby nie popełniło błędu przy sporządzaniu HRF. Odwołujący zaznaczył, iż już z samego HRF załączonego przez przystępującego do oferty wynika, że wykonawca ten w sposób indywidualny podszedł do terminów wykonywania poszczególnych robót i ustalając je nie poprzestał, jak czyni to obecnie zamawiający, na prostym skopiowaniu terminów z SIWZ.

Zdaniem odwołującego nieuprawnione było także pomijanie, przy ocenie oferty przystępującego, jednoznacznych oświadczeń przystępującego co do terminów, w jakich wykonawca ten zamierza wykonywać i zgłaszać do odbioru roboty budowlane wykonane przez siebie. Skoro wykonawca w ofercie oświadczył, jaki czas pozostawia na przeprowadzenie odbiorów (0 dni), zamawiający oświadczenia tego nie mógł potraktować jako „niebyłego".

Zdaniem odwołującego, zamawiający, nie mogąc odtworzyć oświadczenia przystępującego w opisanym powyżej zakresie, zastąpił je własnym na co art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zezwala. Wskazany przepis służy odtworzeniu poprawnej treści oświadczenia wykonawcy w oparciu o dane zawarte w jego ofercie, nie zaś na kreowaniu w to miejsce nowych oświadczeń, sprzecznych z założeniami wykonawcy i zapisami SIWZ.

Zdaniem odwołującego, przystępujący nie przedstawił poprawnego harmonogramu rzeczowo – finansowego, co skutkować winno odrzuceniem jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec braku w ofercie informacji koniecznych do poprawienia HRF przedstawionego przez przystępującego, zamawiający nie mógł zastosować w niniejszej sprawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TORMEL sp. z o.o. w Poznaniu oraz TERLAN sp. z o.o. w Poznaniu. Wnieśli o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, modyfikacje SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, wyjaśnienia treści oferty przystępującego z dnia 24 listopada 2020 r. wraz z załącznikami, pismo zamawiającego z dnia 3 grudnia 2020 r. o poprawieniu omyłki w ofercie przystępującego wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego z dnia 3 grudnia 2020 r. do złożenia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu z dnia 3 grudnia 2020 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenie przystępującego o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki z dnia 7 grudnia 2020 r., dokumenty złożone przez przystępującego w dniu 14 grudnia 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp , zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 18 grudnia 2020 r., załącznik do odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą przystępującego. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego względnie wykluczenia go z udziału w postępowaniu skutkować będzie koniecznością nakazania wykonania takich czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac budowlanych wraz z opracowaniem projektów wykonawczych dla zadania: „Rozbudowa ul. św. Marcin na odcinku pomiędzy ul. Ratajczaka i Al. Marcinkowskiego wraz z przebudową fragmentu Alei Marcinkowskiego na odcinku od ul. Św. Marcin do Pl. Wolności.

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 3.1.6 SIWZ wskazał, że*Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania Harmonogramu Rzeczowo–Finansowego, zgodnego z terminami Etapów i Podetapów realizacji Zadania podanych w Umowie. W Harmonogramie należy wykazać wszystkie elementy zawarte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, stanowiącej Załącznik nr … do SIWZ IDW, w formie diagramu Gantta, z podanymi datami rozpoczęcia i zakończenia wykonywania prac w ramach danego elementu oraz jego wartość zgodnie z Tabelą; należy przy tym uwzględnić okres przewidziany Umową na czynności odbiorowe.*

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 7 SIWZ następująco opisał termin wykonania zamówienia:

7. Termin wykonania zamówienia

Termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu umowy – od dnia podpisania Umowy.

Zamawiający ustala następujące etapy realizacji zamówienia:

7.1. ETAP I: Prace przygotowawcze:

7.1.1. zakres: Montaż oznakowania objazdów wraz z ewentualnymi zmianami programów sygnalizacji świetlnej – wprowadzenie czasowej organizacji ruchu w ramach całego Terenu Budowy zgodnie z zatwierdzonym projektem COR,

7.1.2. pozycje TER: BRAK,

7.1.3. termin: do: 31 stycznia 2021r., lecz nie wcześniej niż do 90 dni kalendarzowych od zawarcia Umowy,

7.2. ETAP II: Realizacja robót budowanych wraz z pracami powiązanymi: termin: od … r. do … r. obejmujący następujące Podetapy:

7.2.1. PODETAP II.1.:

7.2.1.1. zakres: Wykonanie robót budowlanych w ramach całego Terenu Budowy w zakresie budowy i przebudowy infrastruktury podziemnej (sieci ciepłownicze, gazowe, elektroenergetyczne, telekomunikacyjne, informatyczne, wodociągowe, kanalizacji sanitarnej, deszczowej, ogólnospławnej, odwodnieniowej) wraz z niezbędnymi rozbiórkami nawierzchni, torowisk i elementów infrastruktury oraz wycinkami drzew, za wyjątkiem przyłączy do budynków i prac wykończeniowych przy studzienkach i zasuwach,

7.2.1.2. pozycje TER: 1001-1159,

7.2.1.3. termin: od 1 lutego 2021r. do 31 stycznia 2022r.,

7.2.2. PODETAP II.2.:

7.2.2.1. zakres: Wykonanie robót budowlanych w zakresie trakcji i torowiska tramwajowego wraz ze słupami oświetleniowo-trakcyjnymi, systemami sterowania, peronem przystanku tramwajowego oraz podłączeniem zasilania, odbiorami technicznymi i uzgodnieniami, umożliwiającymi przywrócenie stałego ruchu tramwajowego w Alei Marcinkowskiego na odcinku od ul. Św. Marcin do Placu Wolności z węzłem rozjazdowym Podgórna oraz wykonanie prac budowlanych w zakresie nawierzchni ulic i chodników (wraz z krawężnikami) w ilości co najmniej 90% całkowitej powierzchni na wskazanym odcinku – wraz z uzyskaniem wykonalnej decyzji o częściowym pozwoleniu na użytkowanie wydanej przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Poznania (w zakresie korzystania z trakcji i torowiska tramwajowego), przeprowadzeniem rozruchów i testów Urządzeń oraz szkolenia wskazanych przez Zamawiającego osób w zakresie obsługi i serwisowania Urządzeń oraz funkcjonowania i zarządzania wskazanej części Inwestycji,

7.2.2.2. pozycje TER: 2001-2056,

7.2.2.3. termin: do 28 lutego 2022r.,

7.2.3. PODETAP II.3.:

7.2.3.1. zakres: Wykonanie robót budowlanych w zakresie trakcji i torowiska tramwajowego wraz ze słupami oświetleniowo-trakcyjnymi, systemami sterowania, peronem przystanku tramwajowego oraz podłączeniem zasilania, odbiorami technicznymi i uzgodnieniami, umożliwiającymi przywrócenie stałego ruchu tramwajowego w ul. Św. Marcin na odcinku od ul. Ratajczaka do Al. Marcinkowskiego wraz z wykonaniem prac budowlanych w zakresie nawierzchni ulic, chodników i miejsc postojowych (wraz z krawężnikami) w ilości co najmniej 90% całkowitej powierzchni oraz wykonaniem robót budowlanych w zakresie montażu oświetlenia ulicznego,

7.2.3.2. pozycje TER: 3001-3046,

7.2.3.3. termin: do 30 kwietnia 2022r.,

7.2.4. PODETAP II.4.:

7.2.4.1. zakres: Wykonanie robót budowlanych w ramach całego Terenu Budowy w zakresie sygnalizacji, elementów małej architektury i infrastruktury, oznakowania i organizacji ruchu drogowego wraz z pozostałymi robotami w zakresie sieci podziemnych (w tym wykonaniem przyłączy do budynków, prac wykończeniowych przy studzienkach i zasuwach w ulicach i chodnikach oraz montażu szaf elektrycznych i teletechnicznych) oraz pozostałych nawierzchni ulic i chodników,

7.2.4.2. pozycje TER: 4001-4084,

7.2.4.3. termin: do 30 czerwca 2022r.,

7.2.5. PODETAP II.5.:

7.2.5.1. zakres: Wykonanie robót w ramach całego Terenu Budowy w zakresie nasadzeń zieleni wraz z wykonaniem systemu nawadniającego z układem sterowania oraz pracami towarzyszącymi,

7.2.5.2. pozycje TER: 5001-5024,

7.2.5.3. termin nasadzeń drzew oraz wykonania systemu nawadniającego z układem sterowania oraz pracami towarzyszącymi: do 30 marca 2022r.,

7.2.5.4. termin nasadzeń zieleni niskiej: do 30 kwietnia 2022r.,

7.3. ETAP III: Zakończenie i Odbiory robót i prac powiązanych: termin: 30 września 2022r. obejmujący następujące Podetapy:

7.3.1. PODETAP III.1.:

7.3.1.1. zakres: Odbiór Końcowy Robót Budowlanych (w tym rozruchy i testy Urządzeń – nie dot. rozruchów i testów Urządzeń przeprowadzonych w ramach Podetapu II.2),

7.3.1.2. pozycje TER: BRAK,

7.3.1.3. termin: do 31 lipca 2022r.,

7.3.2. PODETAP III.2.:

7.3.2.1. zakres: uzyskanie wykonalnych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu oraz zawiadomienie Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Miasta Poznania o zakończeniu budowy wraz z uzyskaniem zaświadczeń o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu pozwalających na przystąpienie do użytkowania całego zakresu Inwestycji,

7.3.2.2. pozycje TER: BRAK;

7.3.2.3. termin: do 31 sierpnia 2022r.,

7.3.3. PODETAP III.3.:

7.3.3.1.zakres: Przeprowadzenie szkolenia wskazanych przez Zamawiającego osób w zakresie obsługi i serwisowania Urządzeń oraz funkcjonowania i zarządzania Inwestycją – nie dot. szkoleń przeprowadzonych w ramach Podetapu II.2,

7.3.3.2. pozycje TER: BRAK,

7.3.3.3. termin: do 15 września 2022r.,

7.3.4. PODETAP III.4.:

7.3.4.1. zakres: Odbiór Końcowy,

7.3.4.2. pozycje TER: BRAK,

7.3.4.3. termin: do 30 września 2022r.,

7.4. ETAP IV: Pielęgnacja Zieleni i konserwacja systemu nawadniającego: zakres: określony w §8 Umowy - okres: od dnia odbioru końcowego do 31 marca 2029r.;

7.4.1. PODETAP IV.1.:

7.4.1.1. zakres: pielęgnacja zieleni w zakresie dot. Zarządu Zieleni Miejskiej,

7.4.1.2. pozycje TER: 6001,

7.4.1.3. termin: do 3 lat od dnia podpisania Protokołu Odbioru Końcowego,

7.4.2. PODETAP IV.2.:

7.4.2.1. zakres: pielęgnacja zieleni w zakresie dot. Zarządu Dróg Miejskich,

7.4.2.2. pozycje TER: 6002;

7.4.2.3. termin: do 31 marca 2029r.

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 9.2.3.2.3 SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z

którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują m.in. kierownikiem budowy – min. 1 osobą posiadającą: (…)

9.2.3.2.3.4. doświadczenie min. 18 miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 15.8.1 SIWZ wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest złożyć:

15.8.1. Formularz Ofertowy sporządzony i wypełniony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ IDW wraz z wypełnioną TER i Harmonogramem Rzeczowo- Finansowym (zgodnie z pkt 3.1.6 SIWZ IDW).

Ustalono ponadto, że we wzorze tabeli elementów rozliczeniowych (TER), stanowiącym załącznik do SIWZ zamawiający ujął kilkaset pozycji, które były pogrupowane w działy. Działy z kolei zawierały Podetapy. Dokument ten zawierał dodatkowo określenie maksymalnego udziału niektórych pozycji w cenie oferty (kosztach inwestycji) i w rozliczeniach częściowych, które były wiążące dla wykonawców. W kolumnie „procentowy udział branży w kosztach inwestycji', „procentowa składowa rozliczeń częściowych", czy „minimalna jednostka dla rozliczeń częściowych" zamawiający wykreślił szereg tych pozycji (wierszy), pozostawiając jednocześnie pola niewykreślone przy pozostałych pozycjach (wierszach).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ zawarł m.in. następujące postanowienia:

§1.

2. Integralnymi częściami Umowy określającymi szczegółowy zakres i sposób realizacji Przedmiotu Umowy są następujące dokumenty:

1) (…).

5) Oferta Wykonawcy z dnia _____ roku wraz z załącznikami, w tym z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym.

§ 3

3. Wykonawca będzie wykonywał obowiązki wynikające z Umowy, które nie zostały wymienione w opisach poszczególnych Etapów i Podetapów powyżej, w terminach niezbędnych z punktu widzenia celu Umowy i mając na względzie jej prawidłową realizację uwzględniającą terminy określone w ust. 1 powyżej oraz w HRF.

7. Strony ustalają, że terminy wykonania Podetapów oraz określone w HRF terminy wykonania poszczególnych pozycji TER będą uznawane za dotrzymane w przypadku sporządzenia przed ich upływem odpowiednich protokołów odbioru zgodnie z zasadami określonymi Umową, w szczególności w §19.

11. Ewentualne propozycje dotyczące zmiany Harmonogramu Rzeczowo–Finansowego Wykonawca przedstawi w Raporcie o Postępie Prac wraz z odpowiednim ich uzasadnieniem. Zmiany HRF, które nie powodują zmiany terminów określonych w ust. 1 powyżej, nie stanowią zmiany Umowy.

12. Zamawiający w terminie 5 dni roboczych od dnia przedstawienia wniosku o zmianę HRF wraz z szczegółowym uzasadnieniem odmówi wyrażenia zgody na zmianę lub zatwierdzi przedstawiony zmieniony HRF.

§9

Wynagrodzenie

1. Za wykonanie całości Przedmiotu Umowy Wykonawca otrzyma łączne wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości: _____zł netto (słownie: _____), powiększone o obowiązującą stawkę podatku VAT(23 %) tj. _____zł brutto, w dalszej części Umowy jako „Wynagrodzenie".

4. Wynagrodzenie będzie wypłacane Wykonawcy na następujących zasadach:

1) w zakresie części Przedmiotu Umowy objętej TER (suma WTER i WZZ): po wykonaniu poszczególnych części Przedmiotu Umowy opisanych poszczególnymi pozycjami TER, w wysokości określonej w TER, (…)

§19

Odbiory

5. Strony ustalają następujące zasady dokonywania Odbiorów Podetapów:

1) (…)

13) Strony ustalają, że odbiorowi w tym trybie nie będą podlegały następujące Podetapy:

a) Podetap III.1 – obowiązywać będzie procedura dot. Końcowego Odbioru Robót Budowlanych

b) Podetap III.2. – w ciągu 5 dni roboczych od terminu wskazanego w § 3 ust.1 pkt 3) lit. b) tiret trzeci lub od daty przekazania wskazanych dokumentów w § 3 ust.1 pkt 3) lit. b) tiret pierwszy, zostanie podpisany protokół potwierdzający termin wykonania prac objętych wskazanym Podetapem,

c) Podetap III.3 - w ciągu 5 dni roboczych od terminu wskazanego w § 3 ust.1 pkt 3) lit. c) tiret trzeci lub od daty przeprowadzenia szkolenia wskazanego w § 3 ust.1 pkt 3) lit. c) tiret pierwszy, zostanie podpisany protokół potwierdzający termin wykonania prac objętych wskazanym Podetapem,

d) Podetap III.4 – obowiązywać będzie procedura dot. Odbioru Końcowego.

(…)

6. Strony ustalają następujące zasady dokonania Końcowego Odbioru Robót Budowlanych:

1) O gotowości do Końcowego Odbioru Robót Budowlanych Wykonawca zobowiązany jest zawiadomić Zamawiającego na piśmie;

2) Warunkiem zgłoszenia gotowości do Końcowego Odbioru Robót Budowlanych jest:

a) wpis Kierownika Budowy do Dziennika Budowy stwierdzający zakończenie wykonywania robót budowlanych i doprowadzenie do należytego stanu i porządku Terenu Budowy, a także – w razie korzystania – drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu oraz gotowość do odbioru końcowego robót;

b) wpisy do Dziennika Budowy wszystkich Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego oraz Koordynatora Inspektorów Nadzoru, potwierdzające zakończenie wykonywania robót budowlanych oraz gotowość do odbioru końcowego robót;

7) Zamawiający w terminie trzech dni roboczych od dnia zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do Końcowego Odbioru Robót Budowlanych wyznaczy datę rozpoczęcia czynności Końcowego Odbioru Robót Budowlanych przypadającą w terminie do 5 dni roboczych od daty zgłoszenia gotowości do Końcowego Odbioru Robót Budowlanych i poinformuje o tym Wykonawcę i Inżyniera Kontraktu na piśmie;

8) Zamawiający w terminie 14 dni roboczych od zgłoszenia gotowości do Końcowego Odbioru Robót Budowlanych sporządzi Protokół Końcowego Odbioru Robót Budowlanych i przekaże go Wykonawcy albo oświadczy Wykonawcy o odmowie odbioru;

§33

Kary umowne

1.Strony ustalają, że Zamawiający obciąży Wykonawcę karami umownymi w następujących przypadkach:
(…)
3) przypadku przekroczenia terminu zakończenia danej pozycji TER w terminie określonym w HRF karą umowną w wysokości 0,2% kwoty wynagrodzenia brutto za tę pozycję TER za każdy dzień zwłoki,

Ustalono następnie, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta przystępującego.

Ustalono również, że przystępujący załączył do swej oferty harmonogram. W harmonogramie tym przedstawiono daty wykonania (rozpoczęcia i zakończenia) prac składających się na Etapy i Podetapy. Nie wskazano dat rozpoczęcia i zakończenia pozostałych robót wskazanych w poszczególnych pozycjach TER. Ponadto, w harmonogramie nie przedstawiono jakichkolwiek wartości (danych liczbowych) odnoszących się do wartości prac wykonywanych w danym okresie.

Ustalono ponadto, że przystępujący załączył do swej oferty wypełniony wzór tabeli elementów rozliczeniowych (TER - szacunkowe ilościowo/procentowe zestawienie podstawowych prac). Przystępujący wypełniając wzór TER, podał wartości globalne dla etapów i podetapów, oraz wartości dla tych pól, które były przez zamawiającego nieprzekreślone i dla których zamawiający przewidział maksymalny udział danej pozycji w cenie oferty. W wypełnionym wzorze przystępujący nie podał wartości dla kilkudziesięciu pozycji TER, które były wykreślone we wzorze i dla których nie przewidziano limitów.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w dniu 4 grudnia 2020 r. przesłał do przystępującego pismo z 3 grudnia 2020 r., w którym zawiadamia ww. wykonawcę, że *w trakcie badania złożonej przez Państwa oferty, stwierdzono wystąpienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp" lub Ustawą", tj. następujących omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), niepowodujących istotnych zmian w treści oferty:*
(1) (…)
(2) brak uwzględnienia wartości oraz pozycji TER w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym zgodnie z pkt 3.1.6. SIWZ Instrukcji dla Wykonawców (SIWZ IDW):
„W Harmonogramie należy wykazać wszystkie elementy zawarte w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, stanowiącej Załącznik do SIWZ IDW, w formie diagramu Gantta, z podanymi datami rozpoczęcia i zakończenia wykonywania prac w ramach danego elementu oraz jego wartość zgodnie z Tabelą; należy przy tym uwzględnić okres przewidziany Umową na czynności odbiorowe."
Wobec powyższego działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy Zamawiający poprawił w treści oferty stwierdzone omyłki zgodnie z załączonymi do niniejszej korespondencji TER i HRF Wykonawcy - poprawionymi wg zasad określonych w SIWZ IDW.

Do ww. pisma z dnia 3 grudnia 2020 r. zamawiający załączył m.in. poprawiony Harmonogram wykonawcy.

W poprawionym harmonogramie zamawiający wpisał terminy realizacji poszczególnych elementów rozliczeniowych TER. W poprawionym harmonogramie zamawiający wpisał wartości dla tych prac, dla których wartości te przystępujący wpisał w TER załączonym do oferty.

W dalszej kolejności ustalono, że tym samym pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia m.in. wykazu osób.

Ustalono ponadto, że w dniu 7 grudnia 2020 r. przystępujący przesłał do zamawiającego oświadczenie, że wyraża zgodę na poprawienie omyłki w sposób wskazany przez zamawiającego w piśmie z dnia 3 grudnia 2020 r.

Ustalono również, że 14 grudnia 2020 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 3 grudnia 2020 r. przystępujący złożył wykaz osób. W wykazie tym na stanowisko kierownika budowy wskazał pana P. S.. Oświadczył, że pan P. S. posiada m.in. *doświadczenie min. 18 miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury:*
- „Budowa trasy tramwajowej w ulicy Hubskiej na odcinku od ulicy Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu" – 10.2017 – 06.2018 r.
- Przebudowa torowisk tramwajowych w ciągu DK 10 w Szczecinie (zadanie 1,2, 3, 4, 5) (1 pętla tramwajowo-autobusowa – Basen Górniczy) – 07.2014 r. – 08.2015 r.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, wskazując, że przystępujący uzyskał 100 pkt, w tym 15 pkt w kryterium „doświadczenie Kierownika Budowy", zaś odwołujący 95,21 pkt, w tym 15 pkt w kryterium „doświadczenie kierownika budowy".

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały zatem przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp". Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte wniesieniem przez odwołującego odwołania w dniu 28 grudnia 2020 r., a więc przed 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 87 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający poprawia w ofercie:*
1) (…),
3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, *że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, składając oświadczenie, że wskazany przez niego na stanowisko kierownika budowy pan P. S. posiada 18 miesięcy doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków.

Rzeczywiście, zgodnie z pkt 9.2.3.2.3.4. SIWZ wykonawca ubiegający się o zamówienie musiał dysponować co najmniej 1 osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadającą doświadczenie min. 18 miesięcy w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

Nie było sporne miedzy stronami, że pojęcie „rejestru zabytków" jest zdefiniowane ustawowo, a mianowicie z art. 7 ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (tj. Dz. U. z 2020r., poz. 282) wynika, że jest to jedna z form ochrony zabytków, sam zaś rejestr zabytków dla zabytków znajdujących się na terenie województwa prowadzi wojewódzki konserwator zabytków.

Odwołujący podniósł, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd oświadczając, że wykazane doświadczenie kierownika budowy na zadaniu pn. „*budowa trasy tramwajowej w ulicy Hubskiej na odcinku od ulicy Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu*" polegało na kierowaniu robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków.

Zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oświadczenie przystępującego jest nieprawdziwe spoczywał na odwołującym. Zdaniem Izby odwołujący nie zdołał wykazać zasadności swego zarzutu.

Odwołujący na potwierdzenie swego stanowiska przedstawił pismo Dyrektor Biura Miejskiego Konserwatora Zabytków z dnia 6 grudnia 2016 r., w którym oświadczyła, że zakres inwestycji „Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej" nie wchodzi w granice obszaru wpisanego do rejestru zabytków – Zespołu Urbanistycznego Przedmieścia Oławskiego nr 538/A/05 z dnia 20.06.2015 r. (por. ww. pismo, załącznik do odwołania).

Oświadczeniu temu należało odmówić wiarygodności. Izba wzięła pod uwagę, że pismo pochodziło od organu niewłaściwego rzeczowo w sprawie. Jak przyznał sam odwołujący w odwołaniu, rejestr zabytków dla zabytków znajdujących się na terenie województwa prowadzi wojewódzki a nie miejski konserwator zabytków. Powyższe przyznał także sam Miejski Konserwator Zabytków we Wrocławiu. W piśmie z dnia 7 stycznia 2021 r., stanowiącym załącznik nr 6 do pisma procesowego przystępującego, Miejski Konserwator Zabytków we Wrocławiu potwierdził, że „*procedura wpisu i interpretacja treści decyzji o wpisie do rejestru zabytków obiektów na terenie Wrocławia należy do kompetencji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków we Wrocławiu*".

Niezależnie od powyższego w piśmie tym znalazło się mylne odwołanie do decyzji w sprawie wpisania układu urbanistycznego Przedmieścia Oławskiego dzielnicy miasta Wrocław do rejestru zabytków z dnia 20 czerwca 2015 r. nr 538/A/05, podczas gdy układ urbanistyczny Przedmieścia Oławskiego dzielnicy miasta Wrocław został wpisany do rejestru Zabytów na mocy decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 20 czerwca 2005 nr 538/A/05 (por. decyzja z dnia 20 czerwca 2005 nr 538/A/05 - załącznik nr 1 do pisma procesowego przystępującego).

Po trzecie, oświadczenie Dyrektor Biura Miejskiego Konserwatora Zabytków z dnia 6 grudnia 2016 r. okazało się także sprzeczne z bardziej szczegółowymi i wiarygodnymi dowodami przeciwnymi złożonymi przez przystępującego. Analiza decyzji Dolnośląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 20 czerwca 2005 nr 538/A/05, złożonej przez przystępującego jako załącznik nr 1 do pisma procesowego z dnia 18 stycznia 2021 r., prowadziła do wniosku, że wpisany do rejestru zabytków obszar Przedmieścia Oławskiego dzielnicy miasta Wrocław od południa „*dochodził do wiaduktu kolejowego przy ul. Pułaskiego i ujmował zabudowę po płd stronie ul Małachowskiego*". Nie ulegało wątpliwości, że obszar inwestycji „Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej" obejmował m.in. działkę nr 89. Pani Beata Lis z Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków we Wrocławiu w korespondencji mailowej prowadzonej przez przystępującego potwierdziła, że działka nr 89 leży w granicy Przedmieścia Oławskiego wpisanego do rejestru zabytków decyzją 538/A/05. Również analiza planu sytuacyjnego, stanowiącego element projektu wykonawczego dla inwestycji „Budowa trasy tramwajowej w ul Hubskiej na odcinku do ul. Glinianej do ul Dyrekcyjnej we Wrocławiu", stanowiącego załącznik nr 2 do pisma procesowego przystępującego świadczyła o tym, że początkowe 40 m inwestycji na ul. Pułaskiego znajduje się na obszarze układu urbanistycznego Przedmieścia Oławskiego, objętego rejestrem zabytków.

Ww. dokumenty złożone przez przystępującego uznano za spójne i wiarygodne. Dowody te miały charakter szczegółowy i pochodziły od organu administracyjnego uprawnionego do interpretacji decyzji o wpisie do rejestru zabytków wydanej przez ten organ.

Niezależnie od powyższego ustalono ponadto, że z planu sytuacyjnego, stanowiącego element projektu wykonawczego dla inwestycji „Budowa trasy tramwajowej w ul Hubskiej na odcinku do ul. Glinianej do ul Dyrekcyjnej we Wrocławiu", stanowiącego załącznik nr 2 do pisma procesowego przystępującego, wynikało także, że na obszarze inwestycji znajdowała się kamienica przy ul. Hubskiej 7, d. Dom Fundacji Beyerdorf wpisana do rejestru zabytków pod nr A/1493/532/Wm. Okoliczność, iż kamienica ta wpisana jest do rejestru zabytków potwierdził też Dolnośląski Wojewódzki Konserwator Zabytków w piśmie z dnia 11 stycznia 2021 r., stanowiącym załącznik nr 5 do pisma procesowego przystępującego. Fakt ten ustalono także na podstawie analizy treści decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska we Wrocławiu z dnia 13 maja 2016 r. znak: WOOŚ.4210.42.2015.HC/17 o stwierdzeniu braku potrzeby przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięcia „Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul Dyrekcyjnej we Wrocławiu". Z dokumentu tego wynikało, że w granicach ww. inwestycji, przy u. Hubskiej 7 we Wrocławiu zlokalizowana jest kamienica – Dom fundacji Beyerdorf wpisana do rejestru zabytków od numerem A/1493/532/m. (por. załącznik nr 9 do pisma procesowego przystępującego). Ww. dokumenty złożone przez przystępującego uznano za spójne i wiarygodne.

W tej sytuacji nie potwierdzały zasadności zarzutu dalsze dowody złożone przez odwołującego. Odwołujący przedstawił w charakterze dowodu decyzję o zezwoleniu na realizacje inwestycji drogowej nr 2/17 z 17.01.2017r. wydaną przez Wojewodę Dolnośląskiego oraz decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej nr 25/16 z 14.11.2016r. wydaną przez Wojewodę Dolnośląskiego. W pkt V decyzji nr 2/17 znajdowała się informacja, że „*przedmiotowa inwestycja znajduje się na terenie układu urbanistycznego dzielnicy Huby i Glinianki ujętego w ewidencji zabytków. Miejski Konserwator Zabytków pismem z dnia 13 lipca 2016 r. oraz z dnia 6 grudnia 2016 r. uzgodnił przedmiotowe zamierzenie*

bez uwag. Dolnośląski Wojewódzki Konserwator Zabytków pismem z dnia 14 lipca 2016 r. uzgodnił przedmiotowe zamierzenie bez uwag.". Przy ocenie wiarygodności dowodu wzięto pod uwagę, że odwołujący przedstawił tylko wybrane przez siebie fragmenty tych decyzji. Okoliczność, iż w przedstawionych fragmentach decyzji brak wzmianki o tym, iż inwestycja będzie się toczyć w granicach obszaru wpisanego do rejestru zabytków i że na terenie inwestycji znajduje się zabytkowa kamienica przy ul. Hubskiej 7, nie zmieniała faktu, ustalonego w oparciu o niebudzące wątpliwości dane pochodzące od Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków we Wrocławiu, że w istocie sporne zamierzenie inwestycyjne wchodziło w ten obszar i obejmowało zabytkową kamienicę.

Odwołujący w trakcie rozprawy, odnosząc się do dowodów złożonych przez przystępującego, wywiódł, że nawet gdyby przyjąć, iż w obszar inwestycji wchodził kilkudziesięciometrowy fragment ulicy Pułaskiego i kamienica wpisana do rejestru zabytków, to był to zbyt mały zakres i nie znalazło to przełożenia na nabycie przez kierownika budowy doświadczenia wymaganego zgodnie z warunkiem. Zdaniem Izby stanowisko odwołującego nie znajdowało oparcia w treści warunku. Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z warunkiem należało wykazać się dysponowaniem kierownikiem budowy posiadającym 18 miesięcy doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi prowadzonymi „przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków". W świetle warunku istotny był zatem sam fakt kierowania robotami przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru. Zakres i ilość tych robót nie była istotna w świetle warunku. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołujący nie zdołał wykazać zasadności zarzutu, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w tej części.

Chybione okazały się zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Niezasadny okazał się zarzut, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, w zakresie w jakim wykonawca ten nie podał w kosztorysie ofertowym (TER) wyceny dla każdej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Nie było sporne między stronami, że przystępujący nie podał w kosztorysie ofertowym (TER) wyceny dla każdej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Jednakże, wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający nie nałożył na wykonawców w SIWZ takiego obowiązku. Zdaniem Izby, decydujące znaczenie w tym zakresie miała treść wzoru Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), jaki przygotował zamawiający i jaki wykonawcy zobowiązani byli wypełnić. Analiza wzoru tabeli TER (por. dokument przesłany przez zamawiającego na rozprawę przy mailu z dnia 19 stycznia 2021 r. g. 14.55, w aktach sprawy) prowadziła do wniosku, że we wzorze tym, zamawiający rzeczywiście przewidział kilkaset pozycji, które były pogrupowane w działy. Działy z kolei składały się na Podetapy. Dokument ten zawierał dodatkowo określenie maksymalnego udziału niektórych pozycji w cenie oferty (kosztach inwestycji) i w rozliczeniach częściowych, które były wiążące dla wykonawców. Jednakże, co istotne, w kolumnie „procentowy udział branży w kosztach inwestycji', „procentowa składowa rozliczeń częściowych", czy „minimalna jednostka dla rozliczeń częściowych" wykreślił szereg tych pozycji (wierszy), pozostawiając jednocześnie pola niewykreślone przy pozostałych pozycjach (wierszach). Przystępujący wypełniając wzór TER, podał wartości globalne dla etapów i podetapów, oraz wartości dla tych pól, które były przez zamawiającego nieprzekreślone i dla których zamawiający przewidział maksymalny udział danej pozycji w cenie oferty.

Według Izby powyższy sposób sporządzenia TER nie stanowił podstawy to odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby przez „treść oferty" rozumie się jej merytoryczną zawartość, czy element zobowiązania wykonawcy a nie elementy o charakterze formalnym. Wzięto pod uwagę, że zgodnie z postanowieniem pkt 15.81 SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wypełniony wzór TER. Skoro pewne pozycje (pola) we wzorze zostały przez zamawiającego przekreślone, to wykonawca miał uzasadnione powody aby przypuszczać, że nie jest to działanie przypadkowe i konsekwencji nie musiał wypełniać tych pozycji. To zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem SIWZ. Jeśli jakieś pozycje we wzorze, który należy wypełnić są wykreślone, to wykonawca ma pełne prawo założyć, że jest to celowe, a nie przypadkowe.

Za taką możliwością zinterpretowania wzoru TER i sposobu jego wypełnienia mógł przemawiać także fakt, że wynagrodzenie, jakie otrzyma wykonawca, będzie miało charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy. Powyższe wynikało jednoznacznie z postanowienia § 9 ust. 1 wzoru umowy, w którym zamawiający użył wprost określenia „wynagrodzenie ryczałtowe", dodatkowo wskazując w ust. 3, że wynagrodzenie to obejmuje wszystkie zobowiązania niezbędne do wykonania przedmiotu umowy. Na taki charakter wynagrodzenia wskazywały także wprost postanowienia rozdziału 17 SIWZ.

Wbrew stanowisku odwołującego, z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało także, jakoby podstawą rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą miały być pozycje oznaczone czterocyfrowymi oznaczeniami w TER. Wręcz przeciwnie, z postanowień wzoru TER można było wyprowadzić wniosek, że podstawą odrębnych rozliczeń częściowych będą jednostki miary opisane w ostatniej kolumnie wzoru TER, zatytułowanej „minimalna jednostka dla rozliczeń częściowych". Dostrzeżenia przy tym wymagało, że w ww. kolumnie wzoru TER podano jednostki miary tylko w niektórych pozycjach. Pozostałe pozycje (wiersze) w tej kolumnie wzoru TER pozostawały wykreślone, z czego działający w zaufaniu do SIWZ wykonawca miał prawo wyciągnąć wniosek, iż dla robót w wierszach wykreślonych nie będzie uruchamiana procedura rozliczeń częściowych. Innymi słowy, przystępujący w tych okolicznościach miał prawo założyć, że będzie rozliczany po ukończeniu poszczególnych podetapów, a nie po wykonaniu określonych pozycji, wchodzących w zakres danego podetapu.

Zdaniem Izby, z analogicznych względów, brak wskazania przez przystępującego wartości finansowych dla niektórych pozycji w TER nie uniemożliwi zamawiającemu nałożenia kary umownej, o której mowa w § 33 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy. Powoływana kara dotyczyła przekroczenia terminu zakończenia danej pozycji TER w terminie określonym w HRF. Z przyczyn wskazanych wcześniej, sformułowanie „pozycja TER" należało odnosić do tych pozycji ze wzoru TER, które zamawiający pozostawił do wypełnienia, przewidując dla nich pewne wskaźniki procentowe, a także do przekroczenia terminów poszczególnych etapów i podetapów.

Odnośnie zarzutu, że harmonogram rzeczowo - finansowy złożony przez przystępującego wraz z ofertą był jedynie harmonogramem rzeczowym, gdyż nie zawierał żadnych wartości finansowych (danych liczbowych), Izba ustaliła, że rzeczywiście HRF przystępującego takich danych nie zawierał. Jednakże zamawiający, pismem z dnia 3 grudnia 2020 r., działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonał poprawy omyłki w harmonogramie przystępującego, w wyniku czego w dokumencie tym takie wartości się znalazły. Zdaniem Izby zamawiający dokonując tej poprawy nie naruszył dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący ujawnił wartości finansowe etapów i podetapów robót w innym dokumencie złożonym wraz z ofertą, a mianowicie w wypełnionej tabeli TER. W związku z powyższym dodanie do HRF wartości finansowych

(liczbowych) wynikających wprost z innego elementu oferty przystępującego mogło być dokonane przez zamawiającego samodzielnie, na podstawie danych podanych przez samego wykonawcę w ofercie. Powyższe prowadziło do wniosku, że omawiane uchybienie miało jedynie charakter formalny, a nie merytoryczny. Działanie zamawiającego, który poprawił HRF przystępującego w tym zakresie nie miało zatem charakteru niedozwolonych negocjacji z przystępującym zmiany treści jego oferty.

W dalszej kolejności należało rozstrzygnąć zarzut odwołującego, który wywiódł, że podstawą odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miała być okoliczność, że w HRF przystępującego nie podano dat rozpoczęcia i zakończenia dla wszystkich pozycji tabeli TER, a jedynie daty rozpoczęcia i zakończenia etapów i podetapów robót.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie tak postawionego zarzutu wymagało dokonania, na gruncie tej konkretnej SIWZ, analizy charakteru HRF wymaganego przez zamawiającego, w części obejmującej daty rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych pozycji tabeli TER.

Nie ulegało wątpliwości, że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy HFR wraz z ofertą stanowił integralną część umowy. Jednakże, jak wynikało z § 3 ust. 11 wzoru umowy, zmiany HRF, które nie powodowały zmiany terminów pokreślonych w § 3 ust. 1 umowy, a więc terminów wykonania poszczególnych etapów i podetapów, w ogóle nie stanowiły zmiany umowy. W związku z powyższym HRF, w części obejmującej daty rozpoczęcia i zakończenia pozycji tabeli TER, nie stanowił treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 66 § 1 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*. Element HRF, który nie określa istotnych postanowień umowy nie jest ofertą, a więc ewentualna niezgodność tego dokumentu z SIWZ nie stanowiła podstawy o do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten odnosi się bowiem do niezgodności „treści oferty" z treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego należało stwierdzić, że istnieją co najmniej poważne wątpliwości, czy w harmonogramie rzeczowo-finansowym rzeczywiście należało podawać daty rozpoczęcia i zakończenia dla wszystkich pozycji TER, a nie tylko dla etapów i podetapów. Postanowienie pkt 3.1.6 SIWZ, regulujące zawartość wymaganego harmonogramu, odsyłało w tym zakresie do wzoru tabeli TER. Natomiast, tak jak wskazano wcześniej wzór tabeli TER zawierał niektóre pozycje wykreślone. Wykreślano też tam niektóre wiersze w kolumnie „minimalna jednostka dla rozliczeń częściowych". W związku z powyższym, z uwagi na takie brzmienie wzoru tabeli TER, postanowienie 3.1.6 SIWZ można było intepretować w ten sposób, że wystarczyło podać daty rozpoczęcia i zakończenia dla tych pozycji i elementów tabeli, które nie zostały wykreślone. Tym bardziej, że jak wynika z § 3 wzoru umowy, elementami rozliczeniowymi nie będą poszczególne pozycje tabeli TER, ale wyłącznie etapy i podetapy. W związku z powyższym uprawniona była też taka interpretacja, że w tabeli TER i w konsekwencji w HRF chodzi o podanie dat rozpoczęcia i zakończenia elementów rozliczeniowych tej tabeli. Taka interpretacja jest uprawniona tym bardziej, że - jak wskazano wcześniej - zmiana terminów rozpoczęcia i zakończenia pozostałych robót nie wpływających na terminy etapów i podetapów, nie będzie w ogóle stanowiła zmiany umowy.

Przypomnienia wymaga również, że - jak wskazuje się w orzecznictwie Izby - niejasnych postanowień SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. A w rozpatrywanej sprawie co najmniej istniała wątpliwość wynikająca z brzmienia wzoru tabeli TER, czy wzoru umowy.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 87 ust. 2 pkt 3, 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, kosztami postępowania odwoławczego obciążono zatem odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 139 zł oraz koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa w wysokości 17 zł,

ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……..…