Sygn. akt: KIO 1835/15

WYROK
z dnia 3 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 września 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 sierpnia 2015 r.** przez wykonawcę **D.** Ś. **prowadzący działalności gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.** Ś., **al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wyższą Szkołę Oficerską Wojsk Lądowych im. Tadeusza Kościuszki, ul. Czajkowskiego 109, 51-150 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **OZ BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o., ul. Fabryczna 20, 53-609 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 18.08.2015 r. oraz nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z tego samego dnia, nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

2. kosztami postępowania obciąża **OZ BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o., ul. Fabryczna 20, 53-609 Wrocław** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **D.** Ś. **prowadzącego działalności gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.** Ś., **al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **OZ BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o., ul. Fabryczna 20, 53-609 Wrocław** na rzecz **D.** Ś. **prowadzącego działalności gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.** Ś., **al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1835/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Przebudowa i termomodernizacja budynku kuchennego, nr-7 ze zmianą sposobu użytkowania na budynek biurowo- sztabowy",* zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 106721 - 2015, data zamieszczenia 17.07.2015 r., przez Wyższą Szkołę Oficerska Wojsk Lądowych im. Tadeusza Kościuszki, ul. Czajkowskiego 109, 51-150 Wrocław zwaną dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 18.08.2015 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: OZ BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o., ul. Fabryczna 20, 53-609 Wrocław zwane dalej: *„OZ BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym".* Poinformował także o odrzuceniu oferty D. Ś. prowadzącego działalności gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś., al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa zwana dalej: *„Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D.* Ś." albo *„Odwołującym"* na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp",* z uwagi na to, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: *„SIWZ").* W uzasadnieniu odrzucenia stwierdził, że *„Zgodnie z pkt 3 rozdziału VIII siwz, w celu potwierdzenia, że oferowane przez Wykonawcę roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w siwz przez Zamawiającego, Zamawiający żądał przedstawienia harmonogramu rzeczowo -finansowego realizacji zadania zgodnie z załączonym do siwz wzorem (załącznik 15). Harmonogram rzeczowo-finansowy powinien być sporządzany z uwzględnieniem między innymi szacunkowego przerobu i płatności z dokładnością do kolejnego miesiąca kalendarzowego. Harmonogram rzeczowo - finansowy powinien uwzględniać w szczególności szacowanie przerobu i płatności (brutto)* ***w układzie miesięcznym,*** *oraz koszty ogólne rozłożone proporcjonalnie na cały czas trwania Umowy (zgodnie z pkt 13.6 istotnych warunków umowy). Wykonawca Przedłożył harmonogram rzeczowo - finansowy określający zakres rzeczowy jedna bez rozbicia finansowego na poszczególne miesiące, co zdaniem Zamawiającego jest niezgodne z wymaganiami określonymi w siwz i w sposób bezpośredni może utrudniać monitorowanie wykonania umowy jak również rozliczenie postępu prac z instytucją nadrzędną, która finansuje inwestycje o czym Wykonawca został powiadomiony na etapie publikacji siwz.*

Należy stwierdzić, że przedstawiony przez Wykonawcę harmonogram nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, a błędy w nim zawarte nie można traktować jako omyłki oczywiste. Dokument ten także nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3".

W dniu 24.08.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś. wniosło odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 21.08.2015 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i bezpodstawne- stwierdzenie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ;
3. oraz innych przepisów wymienionych w treści niniejszego odwołania. Wnosił o:

nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji z 18.08.2015 r. o wyborze jako - najkorzystniejszej oferty złożonej przez OZ-BUD Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Sp. z o.o.;

nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez - Odwołującego;

nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny i badania złożonych ofert, -

nakazanie wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. -

Odnosząc się do informacji o odrzuceniu swojej oferty, stwierdził, że czynność Zamawiającego została dokonana z naruszeniem prawa, a treść oferty Odwołującego jest zgodna z wymogami SIWZ. W treści SIWZ w zakresie wymogów dotyczących

harmonogramu rzeczowo-finansowego zamawiający zamieścił następujące postanowienia: *„Rozdz. VIII, pkt 3 W zakresie potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:*
3.1. Harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji zadania - załącznik 15". Podkreślił, że załączony do oferty harmonogram został sporządzony w formie identycznej jak załącznik przygotowany przez Zamawiającego, z uwzględnieniem wszystkich informacji wymaganych w treści załącznika. Na marginesie podkreślił, że Zamawiający uznał, ze wzory załączników są materiałem uzupełniającym/pomocniczym a ich forma nie może być traktowana przez wykonawców jako obowiązująca. Tak więc zupełnie niezrozumiałe jest podnoszenie okoliczności dotyczącej załącznika 15 w treści informacji o odrzuceniu oferty.

Innym wymogiem odnoszącym się do harmonogramu a wynikającym z treści SIWZ, jest zastrzeżenie Rodz. IV pkt. 14.19 w którym Zamawiający zastrzegł obowiązek

uwzględnienia - w harmonogramie wartości wykonanych robót w poszczególnych okresach rozliczeniowych z uwzględnieniem, że wartość w 2015 r. nie może przekroczyć kwoty 2.605.000, 00 zł. brutto. W harmonogramie załączonym do oferty zgodnie z jego wzorem i wymogiem przytoczonym powyżej Odwołujący wskazał wartości brutto poszczególnych zakresów w taki sposób, że wartość robót brutto do wykonania do dnia 12.11.2015 r. wniosła 2.605.000,00 zł. a więc zgodnie z wymogami SIWZ. Tak więc brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty z wymogami SIWZ w odniesieniu do argumentacji zawartej w treści odrzucenia, a dotyczącej rozliczania z instytucją finansującą inwestycję. Podkreślił, że żaden wymóg SIWZ odnoszący się do harmonogramu finansowo-rzeczowego odwołującego się do załącznika 15 nie zobowiązywał do przedstawienia zakresów rzeczowych w rozbiciu na wartości za poszczególne miesiące. Podkreślił również fakt, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, a wartością niezbędną dla porównania ofert w ramach kryterium oceny ofert była cena brutto za wykonanie robót. Tak więc wartości miesięczne, bez względu na ich zamieszczenie w treści oferty, czy też ich ewentualne wartości nie stanowiły przedmiotu badania i oceny ofert, a tym samym informacji tej nie można uznać za treść oferty. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy istotne elementy treści oferty z punktu widzenia przedmiotu zamówienia zostały w ofercie skonstruowane w sposób odmienny od wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ. Potwierdza to utrwalone orzecznictwo KIO w tym np. wyrok z 08.01.2013 r., sygn. akt. KIO 2707/12 w którym m.in. czytamy: *"Na wstępie zasadne jest wskazanie, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wtedy gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane* świadczenie *nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom (…)".*

Tak więc brak jakichkolwiek wymagań w zakresie sposobu sporządzenia harmonogramu rzeczowo- finansowego, z którego treści musiałyby wynikać miesięczne wartości dla poszczególnych zakresów, jak również okoliczność, że informacje te w ogóle nie podlegały badaniu na etapie oceny ofert, świadczą o bezzasadności odrzucenia oferty Odwołującego. Uznał, że harmonogram jaki musiał być dołączony do oferty, który określa zakres świadczenia i spełnia wymagania co do nie przekroczenia wartości w 2015 r. ma charakter projektu Harmonogramu. Biorąc pod uwagę całokształt postanowień SIWZ, a przede wszystkim z uwagi na brzmienie załącznika C - Istotnych postanowień treści umowy, w tym w szczególności pkt. 13 *„Harmonogram rzeczowo finansowy"* w którym zawarto postanowienia o konieczności w terminie 5 dni roboczych od dnia zawarcia Umowy

przedstawienia do zatwierdzenia, uaktualnionego Harmonogramu rzeczowo-finansowego, przedstawiono sposób jego sporządzenia oraz wytyczne dla jego sporządzenia w celu zatwierdzenia go przez Zamawiającego, oznacza, że harmonogram rzeczowo-finansowy załączony do oferty nie będzie załącznikiem do umowy i nie jest wiążący na etapie jej realizacji. Podkreślił, że harmonogram załączony do oferty przez Odwołującego się zawierał

niezbędne informacje zgodnie z wytycznymi wynikającymi ze sporządzonego przez Zamawiającego załącznika 15, oraz respektował wymóg maksymalnej wartości przewidzianej na rok 2015 r. Bezzasadne jest zatem powoływanie się w treści informacji o odrzuceniu na brzmienie pkt 13.6. istotnych warunków umowy, bowiem wymagania te dotyczą harmonogramu jaki musi zostać przedstawiony w terminie wskazanym w pkt. 13.1. istotnych warunków umowy. Podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego odnoszącym się do kwestii rozliczania inwestycji, to warunki płatności zostały określone w § 25, gdzie w pkt 25.1.5.1. wskazano, że całość inwestycji zostanie rozliczona za pomocą dwóch faktur częściowych, stanowiących łącznie do 70% wartości brutto umowy , gdzie pierwsza będzie wystawiona do 20.11.2015 r. na kwotę nie wyższa niż 2.605.000 zł. brutto, druga w terminie do 30.04.2016 r., a ostania po zakończeniu całości robót i dokonaniu odbioru końcowego. Tym samym nawet z punktu widzenia rozliczenia inwestycji wartości miesięczne nie mają żadnego znaczenia. Doszło zatem zdaniem Odwołującego do odrzucenia oferty w oparciu o nieistniejące w SIWZ postanowienia, ewentualnie postanowienia, które dotyczą etapu realizacji umowy i obowiązków wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa.

Harmonogram rzeczowo-finansowy przedstawiony do oferty zawiera wszystkie elementy scalone według kosztorysu ofertowego, zawiera wartości dla poszczególnych zakresów, respektuje wymogi w zakresie maksymalnej kwoty określonej w SIWZ w roku 2015 r. oraz graficznie przedstawia okresy realizacji dla poszczególnych zakresów. Jest więc wymaganym w SIWZ harmonogramem rzeczowo-finansowym. Podobne stanowisko wynika z orzecznictwa KIO i tak np. w wyroku z 15.02.2013 r. sygn.. akt. KIO 242/13 Izba stwierdziła: *„Izba stwierdziła, że nie zachodzi zarzucana w odwołaniu niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ. W ocenie Izby całokształt postanowień SIWZ przywoływanych przez Odwołującego wskazuje na to, że do ofert składanych w niniejszym postępowaniu należało dołączyć wyłącznie projekt harmonogramu (pkt 8.1, pkt 8.5.4, pkt 8.6 Rozdziału I SIWZ), a dopiero najpóźniej z datą zawarcia umowy wybrany w postępowaniu wykonawca miał przedłożyć Zamawiającemu zaktualizowany harmonogram robót (pkt 8.7 Rozdziału I SIWZ), który również na etapie realizacji zamówienia w miarę potrzeb oraz postępu robót miał być także aktualizowany przez wykonawcę (...) U podstaw takiego twierdzenia i ustalenia Izby stoją dwie okoliczności istotne dla niniejszego postępowania o zamówienie publiczne - po pierwsze to, że Zamawiający nie nadał*

wymaganemu w ofercie dokumentowi rangi istotnej treści oświadczenia woli wykonawcy stanowiącego zakres świadczenia *objętego niniejszym zamówieniem (ten zakres zostanie uściślony dopiero we właściwym dokumencie harmonogramu sporządzonym najpóźniej z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego), po drugie to, że w treści dokumentu projekt harmonogramu załączonego do oferty Przystępującego nie można stwierdzić jakichkolwiek niegodności z treścią SIWZ."* W wyroku z 26.08.2010 r. sygn. akt KIO 1724/10 czytamy: *"W pierwszym rzędzie dostrzeżenia wymagało, że zarówno harmonogram rzeczowo - finansowy jak i harmonogram- płatności to dokumenty, które z zasady mają charakter elastyczny, podlegają zmianom, a przede wszystkim są nierozłącznie związane ze stopniem realizacji zadania a nie mają być tylko abstrakcyjnymi planami sporządzonymi w oderwaniu od postępu prac i nieuwzględniającymi realiów procesu budowlanego. Harmonogram rzeczowo - finansowy oraz harmonogram płatności na etapie składania ofert mogą bowiem być co najwyżej pewnymi planami, projekcjami zakładanych robót i wydatków z nimi związanych, skoro nie jest wtedy jeszcze możliwe określenie w jakim czasie nastąpi rozpoczęcie robót (to wszak jest uzależnione od rozstrzygnięcia postępowania, daty zawarcia umowy), co dodatkowo uzależnione jest od zdarzeń niepewnych takich jak niewystąpienie technicznych przeszkód w rozpoczęciu robót. (...) Co do harmonogramu rzeczowo - finansowego oraz harmonogramu płatności należy zatem - w zakresie ich treści - przyznać walor dokumentu o znaczeniu pomocniczym, informacyjnym, a nie definitywnie zobowiązującego do konkretnych działań zgodnie z jego treścią. Harmonogram rzeczowo - finansowy oraz harmonogram płatności zostały w przedmiotowym postępowaniu wyraźnie odniesione do realizacji robót i ich postępu (rzeczywistego wykonania) i na tę kwestię położono akcent w treści zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stanowiącym załącznik do specyfikacji projekcie umowy."*

Z ostrożności, podtrzymując w całości stanowisko, że Harmonogram rzeczowo-finansowy jest zgodny z wymogami SIWZ, należy również wskazać, że w treści SIWZ

Zamawiający sam określił, iż jest to dokument dla potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Skoro taką klasyfikację dla harmonogramu przyjął sam Zamawiający, to oznacza, że jest to dokument określony w art. 25 ust. 1 pkt. 2 Pzp. W związku z powyższym wbrew twierdzeniu Zamawiającego ma do niego zastosowanie art. 26 ust 3 Pzp, zgodnie z brzmieniem tego przepisu wskazującym, że uzupełnieniu podlegają dokumenty *„o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp".*

Zamawiający w dniu 24.08.2015 r. (faxem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

7

W dniu 27.08.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) OZ BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. ***Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.*** Uznał, iż Zamawiający podjął właściwą decyzję odrzucając ofertę firmy CZĘSTOBUD, ponieważ harmonogram rzeczowo-finansowy zawiera istotne błędy i jest niezgodny z wymaganiami SIWZ:
1. Poz. 19 harmonogramu pn. „Poddasze-sufit" - wartość 180.949,68 zł. Pozycję wykazano w kolumnie nr 3 wymaganego przerobu do dnia 12.11.2015r. Natomiast część graficzna harmonogramu nie wykazuje żadnych robót w tym okresie. Realizację tych robót wskazano od grudnia 2015 do lutego 2016 r. Czyli kwota 180.949,68 zł powinna być uwidoczniona w kolumnie 4. Po odjęciu w kolumnie nr 3 wartości 180 949,68 zł nie został spełniony warunek SIWZ pkt 14.19 ppkt. 1) mówiący o wymaganej wartości wykonania robót do dnia 12.11.15 r. w kwocie 2 605 000,00 zł. Dodatkowo należy zauważyć, iż w momencie przeoczenia tego błędu Wykonawca będzie mógł otrzymać należność pieniężną pomimo braku wykonania w tym okresie wskazanych prac, co niewątpliwie jest nieuczciwe względem pozostałych oferentów.
2. Poz. 24 „drzwi zewnętrzne wejściowe" wartość 11.273,68 zł. - w harmonogramie brak terminu realizacji tej pozycji.
3. Poz. 37 „wywóz odpadów" - wartość 39.793,78 zł. - całość robót zaplanowano w okresie do 12.11.2015r. Podczas budowy odpady będą powstawać przez cały okres budowy jednak nie przewidziano na ten cel żadnych środków finansowych na 2016 r. Stanowi to również przykład nieuczciwej konkurencji, dlatego iż wykonawca ma prawo do całkowitej należności finansowej nie wykonując jej w całości.
4. W kolumnach 5-19 harmonogramu nie uwzględniono rozbicia kwot na miesiące kalendarzowe. Należy zauważyć, że nie ujęcie kwotowo wartości wykonanych prac w okresie miesięcznym praktycznie uniemożliwia Zamawiającemu dokładny nadzór nad robotami, gdyż Zamawiający nie jest w stanie ocenić jaką wartość robot do wykonania zagwarantował w danym miesiącu Wykonawca. Brak poddania się takiej kontroli również jest sprzeczne z zapisami w SIWZ i stanowi przykład nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym uznał że harmonogram sporządzony przez Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ i uniemożliwia prawidłowe rozliczenie się z jednostką finansującą.

W dniu 02.09.2015 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu.

8

W dniu 02.09.2105 r. (faxem) OZ BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o. wniosło pismo procesowe, w ramach którego poinformowało, że mimo uwzględnienia w całości zamierza uczestniczyć w planowanej rozprawie w dniu 03.09.2015 r.

W konsekwencji uwzględnia w całości odwołania przez Zamawiającego w trybie art. 186 ust. 4-5 Pzp - Przystępujący po stronie Zamawiającego, tj. OZ BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o. zgłosiło na posiedzeniu - 03.09.2015 r. - sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. Przedkładając dodatkowo - wersje pisemną sprzeciwu. Stwierdził, że jak słusznie wskazał Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty, zgodnie z rozdz. VIII, pkt 3 SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane

przez Odwołującego roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ przez Zamawiającego, Zamawiający zażądał przedstawienia harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji zadania zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem.

Ponadto, zgodnie z rozdz. IV, pkt 14.19 SIWZ *„w związku z finansowaniem zamówienia ze* środków *zewnętrznych, w realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić,* że *wartość wykonanych robót w poszczególnych okresach rozliczeniowych musi wynieść:*
1) w 2015 r. - 2.605.000,00 zł brutto, w okresie rozliczeniowym do dnia 12 listopada 2015 r.
2) w 2016 r. - pozostałą kwotę należy rozliczyć w terminie do 30 dni od daty zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem płatności częściowych, o których mowa we wzorze umowy. Powyższe warunki muszą być uwzględnione w realizacji zamówienia oraz w harmonogramie Wykonawcy przedstawionym wraz z ofertą. Odstępstwo od warunku określonego powyżej, traktowane będzie przez Zamawiającego jako złożenie oferty niezgodnej z treścią siwz". Jednocześnie, pkt 13.6 Istotnych Postanowień Treści Umowy, stanowiących Załącznik C do SIWZ stanowi wyraźnie, że: *„Harmonogram rzeczowo - finansowy będzie uwzględniał w szczególności:*
a) kolejność, w jakiej Wykonawca zamierza prowadzić roboty budowlane stanowiące przedmiot Umowy; terminy wykonywania, daty rozpoczęcia i zakończenia robót składających się na przedmiot Umowy;
b) szacowanie przerobu i płatności (brutto) w układzie miesięcznym, oraz koszty ogólne rozłożone proporcjonalnie na cały czas trwania Umowy".

Przedstawiony przez Odwołującego harmonogram rzeczowo-finansowy nie zawiera oszacowania przerobu i płatności w układzie miesięcznym, a jedynie z podziałem na *„do wykonania do dnia 12.11.2015r."* oraz *„do wykonania od dnia 12.11.2015 do dnia 31.12.2016r.".* Natomiast rubryki harmonogramu przeznaczone właśnie do wpisania wartości prac w układzie miesięcznym - zostały przez Odwołującego przekreślone.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego jako nieodpowiadającą treści SIWZ, wskazując przywołane powyżej postanowienia

/wymagania SIWZ *(w szczególności pkt 13.6 Istotnych Warunków Treści Umowy)* jako te, których nie spełnia przedstawiony przed Odwołującego harmonogram, a nadto wskazał, że błędy zawarte w tym harmonogramie nie mogą zostać potraktowane jako oczywiste omyłki, podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Przystępujący podkreśla, że nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego, przedstawione w treści odwołania, jakoby *„żaden wymóg SIWZ odnoszący się do harmonogramu rzeczowo-finansowego odwołującego się do załącznika 15 nie zobowiązywał do przedstawienia zakresów rzeczowych w rozbiciu na wartości za poszczególne miesiące".* Takim twierdzeniem przeczy przywołana powyżej treść pkt 13.6 Istotnych Postanowień Treści Umowy, stanowiących Załącznik C do SIWZ. Załącznik do SIWZ stanowi jej integralną część, na co wielokrotnie zwracano uwagę m.in. w orzecznictwie KIO (przykładowo wyrok KIO z 13.10.2011 r., KIO 2124/11, zgodnie z tezą którego: *"Nie uznaje się za słuszną argumentacji, iż jedynie zamawiający jest uprawniony do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne. Ustawodawca nie wyłączył z zakresu zaskarżenia wobec postanowień siwz - wzoru umowy, który wchodzi w skład siwz, jako jej załącznik").*

Odwołujący był zatem zobowiązany do sporządzenia harmonogramu zgodnie z treścią przywołanych powyżej postanowień SIWZ, w tym zgodnie z treścią załączników, czego jednak nie uczynił, co stanowiło podstawę do odrzucenia jego oferty. Jednocześnie, jak wskazuje Zamawiający w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, zawierała ona błędy, których nie można było zakwalifikować w kategoriach oczywistej omyłki, jak również nie podlegały one uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Błędy te zostały wskazane przez Przystępującego w treści jego pisma z dnia 25.08.2015r., mianowicie:
1. Poz. 19 harmonogramu - Odwołujący wskazał, że prace te zostaną wykonane w okresie do 12.11.2015r. (wpisując w tą rubrykę wartość prac), natomiast w części dotyczącej poszczególnych miesięcy - zakreślił rubryki w dalszym okresie, a więc od 12.11.2015r. do 31.12.2016r. Skoro Odwołujący zamierzał wykonać te prace we wskazanym przez siebie późniejszym okresie, jego oferta nie spełnia wymogu wykonania określonej wartości prac do 12.11.2015r. (rozdział IV, pkt 14.19 SIWZ).
2. Poz. 24 harmonogramu - nie wskazano terminu realizacji prac.

3. Poz. 37 wywóz odpadów - całość robót zaplanowano w okresie do 12.11.2015r. *(zwiększając tym samym wartość prac w tym okresie wymaganych przez Zamawiającego),* przy czym wywóz odpadów jest przecież konieczny w całym okresie wykonywania prac, zatem oczywiste jest, że Odwołujący wykonywałby te prace również w późniejszym okresie.
4. Brak rozbicia wartości prac na poszczególne miesiące - o czym szczegółowo już mowa powyżej.

10

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego (Sprzeciwiającego) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia odwołania. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz oryginały dostarczone na czas wydania orzeczenia, w tym w szczególności postanowień SIWZ, projektu umowy (zał. nr C do SIWZ), harmonogramu rzeczowo-finansowego (zał. nr 15 do SIWZ), oferty Odwołującego, a zwłaszcza załączonego harmonogramu rzeczowo – finansowego oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z 18.08.2015 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, sprzeciw Przystępującego złożony na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego (Sprzeciwiającego) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny wskazany w odwołaniu, w tym postanowienia SIWZ, przystąpieniu, odpowiedzi na odwołanie, sprzeciwie, ofercie Odwołującego oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z 18.08.2015 r.

Odnosząc się do kwestii spornych w ramach rozpatrywania zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

11

W ramach przystąpienia oraz wniesionego sprzeciwu Przystępujący po stronie Zamawiającego podniósł zarzuty dotyczące poz. 19 harmonogramu pn. „Poddasze-sufit" - wartość 180.949,68 zł, poz. 24 „drzwi zewnętrzne wejściowe" wartość 11.273,68 zł., poz. 37 „wywóz odpadów" - wartość 39.793,78 zł oraz kolumn 5-19 harmonogramu, gdzie nie uwzględniono rozbicia kwot na miesiące kalendarzowe.

W tym zakresie należy wskazać, co następuje. Po pierwsze, w ocenie Izby, za wyjątkiem ostatniej kwestii mamy do czynienia z nowymi zarzutami, które nie mają oparcia ani w odwołaniu ani w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i w konsekwencji pozostają bez rozpoznania. Przystępujący, który następnie wniósł sprzeciw wskazuje także, że są one przejawem nieuczciwej konkurencji, czyli wskazuje pośrednio na art. 89 ust.1 pkt 3, a nie 2 Pzp. W tym zakresie Izba podnosi za wyrokiem KIO z 05.05.2010 r., sygn. akt: KIO/ 636 /10: *„Izba pozostawiła bez rozpoznania nowe okoliczności zgłoszone w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, a mianowicie wskazujące na dodatkowe*

przesłanki nie wskazane przez Zamawiającego w informacji o rozstrzygnięciu postępowania, które w ocenie Przystępującego mogły uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Przystąpienie dotyczy zatem przyłączenia się do postępowania wszczętego wniesieniem konkretnego odwołania zawierającego określone zarzuty i żądania *dotyczące czynności lub zaniechania zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać* żądanie *oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać o zarzutach nie zawartych w odwołaniu. Ponadto na podstawie art. 185 ust. 3 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu , o którym mowa w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp przez uczestnika, który przystąpił po stronie zamawiającego. Wprawdzie obecnie obowiązująca ustawa nie powtarza w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego regulacji zawartej poprzednio w art. 181 ust. 5 ustawy Pzp, a mianowicie, że zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazuje się swój interes prawny w przystąpieniu i określa swoje* żądanie *w zakresie zarzutów zawartych w proteście, jednak w opinii Izby nie oznacza to wprowadzenia merytorycznej zmiany w charakterze samego przystąpienia jako immanentnie związanego z danym odwołaniem. Celem instytucji przystąpienia pozostaje nadal uzyskanie rozstrzygnięcia postępowania wywołanego określonym odwołaniem na*

korzyść strony, do której się przystępuje poprzez odpowiednio poparcie lub opozycję w stosunku do zarzutów zawartych w odwołaniu (zależnie od strony, do której uczestnik przystąpił). Nie jest zatem celem przystąpienia zgłaszanie nowych zarzutów, lecz odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ponadto należy zwrócić uwagę, że *za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wskazuje on na istnienie okoliczności, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych* żądań. *Z tego względu wskazanie innych okoliczności jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 935/09). Uzasadniając akcesoryjny wobec postępowania odwoławczego charakter przystąpienia warto także wskazać,* że *dopuszczenie podnoszenia w przystąpieniu nowych zarzutów zwalczających ofertę oznaczałoby ograniczenie uprawnień odwołującego wykonawcy wnoszącego odwołanie i ponoszącego jego koszty. Wykonawca w odwołaniu odnosi się bowiem tylko do tych okoliczności, które zostały dokonane lub zaniechane przez zamawiającego, a nie takich, które hipotetycznie powinny były mieć miejsce, i pod tym kątem ocenia swoje potencjalne szanse w postępowaniu odwoławczym. Przyznanie prawa do podnoszenia nowych zarzutów zwalczających ofertę odwołującego, które nie były mu znane na etapie poprzedzającym odwołanie oznaczałoby także przerzucenie na odwołującego kosztów i ryzyka niezgodnych z ustawą Pzp czynności lub zaniechań zamawiającego. Ponadto dopuszczenie zgłaszania nowych zarzutów w przystąpieniu oznaczałoby de facto przedłużenie terminu na wniesienie odwołania oraz unikanie kosztów jego wniesienia. Należy zatem uznać,* że *w przypadku stwierdzenie dodatkowych okoliczności zwalczających ofertę Odwołującego, które nie były przedmiotem analizy i rozstrzygnięcia zamawiającego właściwą drogą jest wniesienie własnego odwołania, do czego Przystępujący miał pełne prawo.".*

Po drugie, zasadnie podnosił Odwołujący na rozprawie, że w aktualnym stanie prawnym, abstrahując od przygotowywanej nowelizacji Pzp, zaniechania Zamawiającego w postępowaniach podprogowych nie mogą być przedmiotem odwołania, ani rozpoznania z uwagi na art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp, jedyna droga jest art. 181 ust.1 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i bezpodstawne - stwierdzenie, że treść

oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, Izba uznała zasadność w/w zarzutu, a w konsekwencji odwołanie za zasadne i podlegające uwzględnieniu.

13

Z orzecznictwa KIO wynika, że każdy stan faktyczny dotyczący harmonogramu rzeczowo - finansowego należy analizować odrębnie, badając jaka jest rola harmonogramu w świetle postanowień SIWZ. Może być ona dwojako ukształtowana:
a) albo harmonogram rzeczowo- finansowy i terminy w nim wskazane wykonania zamówienia są wiążące dla wykonawcy i przed, jak i po zawarciu umowy nie mogą ulec zmianie
b) albo harmonogram posiada jedynie charakter orientacyjny.

Z tych względów wskazuje się, że: *„(…) Podkreślenia wymaga to, że skutki niezłożenia wraz z ofertą wymaganego harmonogramu rzeczowo-finansowego zależą od roli, jaką przypisano temu dokumentowi w świetle postanowień SIWZ. Spotykane są bowiem dokumenty stanowiące treść oferty, czyli zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych (określonych) etapów robót w zadeklarowanych czasookresach (terminach). Żądane są jednak również przez zamawiających takie dokumenty, które nie mają statusu treści oferty, posiadając jedynie charakter pomocniczy czy wstępny. W orzecznictwie i piśmiennictwie wypracowane zostały reguły, których przeanalizowanie pozwala na odpowiedź czy na gruncie danej SIWZ wymagany przez zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi treść oferty. Wskazuje się m.in. na następujące cechy:*
a) zakwalifikowanie dokumentu jako załącznika do umowy (integralnej części umowy), który ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy,
b) powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót, określonych i wyszczególnionych w harmonogramie,
c) *zastrzeżenie kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie. (…)”* (za wyrokiem z 17.02.2014 r., sygn. akt: KIO 188/14).

Wskazuje się, że: *„(…) aby móc zastosować przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, że wyrażona wola zawarcia umowy (oferta) jest niemożliwa do zmiany czy modyfikacji z uwzględnieniem wyjątków w ustawie przewidzianych. Skoro zatem HRF jest tym elementem oferty, który przed zawarciem umowy oraz w trakcie jej realizowania będzie podlegał zmianom i modyfikacjom, to nie można mu przypisać charakteru bezwzględnie obowiązującego, a z błędów w nim popełnionych wywodzić niezgodności ze s.i.w.z., w konsekwencji odrzucając ofertę z postępowania. (…)”* (wyrok z 11.03.2013 r., sygn. akt: KIO 415/13).

W przedmiotowym stanie faktycznym w ocenie Izby zaistniał sytuacja taka jak opisana w wyroku KIO z 21.08.2013 r., sygn. akt: 1702/12: *„(…) przesadzająca kwestią*

14

---

w zakresie uznania zasadności zarzutów, a w konsekwencji całego odwołania była rola, jaką nadał Zamawiający harmonogramowi opracowań w ramach postanowień SIWZ – w Rozdz. X ust. 4 pkt 1 oraz XIV ust. 5 SIWZ. Wynika z nich bowiem, ze harmonogram opracowań stanowi swoistą propozycję harmonogramu, która przed podpisaniem umowy będzie zastąpiona harmonogramem realizacji prac stanowiącym propozycje załącznika do umowy. Zgodnie ze zdaniem pierwszym Rozdz. XIV ust. 5 SIWZ dostarczony harmonogram realizacji prac będzie musiał uwzględniać uwarunkowania określone w Rozdz. IV SIWZ. W rezultacie powyższego, harmonogram opracowań ma charakter niewiążący, informacyjny, zaś wiążący charakter ma harmonogram realizacji prac, czy też harmonogram realizacji opracowań sporządzony przez Wykonawcę i zaakceptowany przez Zamawiającego stanowiący załącznik do przyszłej umowy (§ 1 i 16 wzoru umowy). (…)”. Podobnie w wyroku z 15.02.2013 r., sygn. akt: KIO 242/13.

Zgodnie z Rozdz. VIII pkt 3 SIWZ należało dołączyć do oferty: *„W zakresie potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: 3.1 Harmonogram rzeczowo - finansowy realizacji zadania - załącznik 15 (…)UWAGA: Zamawiający dołączył do niniejszej siwz wzory załączników, które są*

materiałem uzupełniającym/pomocniczym, a ich forma nie może być traktowana przez Wykonawców, jako obowiązująca. Za treść oferty oraz jej kompletność odpowiada Wykonawca.". Zaś według Rozdz. IV pkt 14. 19 SIWZ: *„W związku z finansowaniem zamówienia ze* środków *zewnętrznych, w realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić,* że *wartość wykonanych robót w okresach poszczególnych rozliczeniowych musi wynieść:*
1) w 2015 r. - 2.605.000,00 zł brutto, w okresie rozliczeniowym do dnia 12 listopada 2015 r.
2) w 2016 r. - pozostałą kwotę należy rozliczyć w terminie do 30 dni od daty zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem płatności częściowych, o których mowa we wzorze umowy. Powyższe warunki muszą być uwzględnione w realizacji zamówienia oraz w harmonogramie Wykonawcy przedstawionym wraz z ofertą. Odstępstwo od warunku określonego powyżej, traktowane będzie przez Zamawiającego jako złożenie oferty niezgodnej z treścią siwz.". Powyższe wymagania spełniał harmonogram rzeczowo - finansowy przedstawiony w ofercie przez Odwołującego.

Załącznik nr 15 nie przewidywał wprost oszacowania przerobu i płatności w układzie miesięcznym, a rubryki harmonogramu nie zostały wbrew stanowisku Przystępującego (Sprzeciwiającego) przekreślone, ale przedstawiają stan zaawansowania. Nie wynika także z nich że służyły do wpisania wartości prac w układzie miesięcznym. Jeżeli taka była intencja Zamawiającego to nie została ona jednoznacznie wyrażona przez Zamawiającego w SIWZ, co nie może działać na niekorzyść Odwołującego. Izba podnosi to jedynie

dodatkowo, albowiem skonfrontowanie przytoczonych postanowień SIWZ z postanowieniami przyszłej umowy świadczą za zasadnością argumentacji Odwołującego oraz adekwatności przytoczonego powyżej orzecznictwa KIO. Nie chodzi bowiem o to, czy postanowienia przyszłej umowy stanowią element SIWZ, bo nie było to przedmiotem sporu, ale rolę jaką nadał Zamawiający harmonogramowi załączonemu do oferty w kontekście harmonogramu załączonego do przyszłej umowy. W ramach § 13 podnosi się kwestie złożenia nowego harmonogramu przed podpisaniem umowy: *„W terminie 5 dni roboczych od dnia zawarcia Umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do zatwierdzenia, uaktualniony Harmonogram rzeczowo – finansowy, będący załącznikiem do Oferty, zgodnie z którym będzie realizowany przedmiot Umowy. Uaktualniony harmonogram musi być zgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ."* (§ 13.1), *„Zamawiający zatwierdzi Harmonogram, o którym mowa w pkt 13.1., w ciągu 3 dni roboczych od daty przedłożenia Harmonogramu do zatwierdzenia lub w tym terminie zgłosi do niego uwagi ze wskazaniem w ich uzasadnieniu na wymagania realizacyjne opisane w SIWZ, Dokumentacji projektowej lub Umowie."* (§ 13.7), czyli wynika z nich, że harmonogram z oferty nie jest ostateczny, ale będzie uaktualniany. To właśnie tego nowego harmonogramu rzeczowo-finansowego dotyczy postanowienie przyszłej umowy - (§ 13.6): *„Harmonogram rzeczowo – finansowy będzie uwzględniał w szczególności:*
a) kolejność, w jakiej Wykonawca zamierza prowadzić roboty budowlane stanowiące przedmiot Umowy; terminy wykonywania, daty rozpoczęcia i zakończenia robót składających się na przedmiot Umowy;
b) *szacowanie przerobu i płatności (brutto) w układzie miesięcznym, oraz koszty ogólne rozłożone proporcjonalnie na cały czas trwania Umowy.",* jak i (§ 13.5): *„Harmonogram rzeczowo – finansowy będzie sporządzony z podziałem na elementy robót według działów STWiORB poprzez odniesienie do technologii wykonania, specyfikacji i zasobów wykorzystywanego sprzętu oraz zasobów osobowych niezbędnych do wykonania robót oraz będzie zawierał harmonogram płatności jako sumę należności za wszystkie elementy robót realizowanych w danym okresie rozliczeniowym. Asortymenty robót mniej znaczących będą łączone w grupy pod jedną nazwą. Grupy asortymentów robót powinny być naniesione na grafik Harmonogramu rzeczowo – finansowego w zakresie harmonogramu robót, z uwzględnieniem daty rozpoczęcia robót, czasu na ich wykonanie oraz z uwzględnieniem daty zakończenia tych robót, z dokładnością do kolejnego miesiąca kalendarzowego. W planowaniu czasu potrzebnego na wykonanie poszczególnych asortymentów robót Wykonawca uwzględni przerwy wynikające z przyczyn technologicznych i atmosferycznych, typowych dla okresu jesienno – zimowo – wiosennego oraz inne okoliczności mogące mieć wpływ na terminowość wykonania Umowy i zagwarantuje realizację przedmiotu Umowy w terminie określonym w pkt 3.1.".*

Co więcej będzie on zamieniany w trakcie realizacji przedmiotu umowy: *„Harmonogram oraz wszystkie jego aktualizacje (…)”* (§ 13.3), *„Harmonogram rzeczowo – finansowy może podlegać aktualizacji na wniosek każdej ze Stron Umowy w zakresie przesunięcia terminów realizacji poszczególnych robót lub Terminu zakończenia robót.”* (§ 13.12), *„Jeżeli wprowadzenie zmian do Harmonogramu rzeczowo-finansowego nie prowadzi do zmiany Terminu zakończenia robót, ich wprowadzenie nie wymaga zmiany Umowy.”* (§ 13.13), *„W przypadku konieczności aktualizacji Harmonogramu rzeczowo – finansowego, w szczególności, gdy poprzednia wersja Harmonogramu stanie się niespójna z faktycznym postępem w realizacji przedmiotu Umowy, jak również w sytuacji, gdy Inspektor nadzoru inwestorskiego powiadomi Wykonawcę,* że *Harmonogram rzeczowo-finansowy jest niezgodny z wymaganiami określonymi Umową a złożenie takiego Harmonogramu jest możliwe, Wykonawca sporządzi niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 5 dni roboczych od dnia ujawnienia konieczności aktualizacji, projekt zaktualizowanego Harmonogramu i przedstawi go Inspektorowi nadzoru inwestorskiego do zatwierdzenia. (…)”* (§ 13.14).

Co więcej: *„Jeżeli przyczyna, z powodu której będzie zagrożone dotrzymanie Terminu zakończenia robót lub określonego terminu zakończenia etapu robót budowlanych wynika z winy Wykonawcy, Wykonawca nie jest uprawniony do wystąpienia do Inżyniera nadzoru inwestorskiego i do Zamawiającego o przedłużenie Terminu zakończenia robót oraz odpowiednio etapów robót i do zwrotu poniesionych kosztów.”* (§ 13.20), czyli istnieje możliwość przedłużenia nawet terminu zakończenia robót nie tylko etapów robót. Potwierdza to § 28 przyszłej umowy, a w szczególności § 28.1 od lit. a) do g). Także kwestia monitorowania postępu prac nie jest zagrożona, chociażby w kontekście możliwości wdrożenia programu naprawczego - § 13.18 – 13.19 przyszłej umowy.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że wbrew stanowisku Przystępującego (Sprzeciwiającego) rozliczenie inwestycji przewidziane jest na zasadach wynikających z § 25 w trzech etapach: *„25.1.5. Rozliczenie realizacji przedmiotu umowy będzie miało charakter przejściowy i nastąpi na podstawie:*
25.1.5.1 dwóch faktur częściowych, stanowiących łącznie do 70 % wartości brutto umowy wystawionych wg poniższych zasad:
- I faktura – w terminie do 20.11.2015 r. - na kwotę nie wyższą niż 2,605 mln zł, zgodnie z aktualnym harmonogramem rzeczowo – finansowym, potwierdzonym Protokołem procentowego zaawansowania robót (stanowiącym załącznik do faktury) zatwierdzonym przez Nadzór Inwestorski (właściwego przedstawiciela Zamawiającego).
- II faktura – w terminie od dnia 30.04.2016 r. – pod warunkiem osiągnięcia przez Wykonawcę stanu zaawansowania robót na poziomie 70 % wartości brutto umowy, zgodnie z Protokołem procentowego zaawansowania robót wyszczególnionych w aktualnym

harmonogramie rzeczowo-finansowym.
25.1.5.2 faktury końcowej obejmującej pozostałą (niezafakturowaną) część wynagrodzenia ustalonego w pkt 25.1.1. Umowy, po zakończeniu całości robót i dokonaniu Odbioru końcowego robót.”. W żadnym wypadku Zamawiający nie przewiduje rozliczenia – fakturowania miesięcznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego innych przepisów wymienionych w treści niniejszego odwołania, tj. art. 26 ust.3 Pzp, Izba uznała w/w zarzut za nietrafny.

Izba wskazuje za adekwatnym do niniejszego stanu faktycznego orzeczeniem - wyrok KIO z 25.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1434/14: *„W wyroku z dnia 3 listopada 2009 r., KIO 1338/09, 1346/09, 1347/09, wskazano, iż* że *„harmonogram terminowo - rzeczowo - finansowy odnoszący się w* świetle *postanowień zał. nr 8 do siwz do terminów, zakresu prac oraz rozbicia poszczególnych płatność przypadających na poszczególne części prac w ich postępie czasowym, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument składający się na treść oferty, a nie dokument potwierdzający,* że *oferowane usługi odpowiadają wymaganiom siwz. W konsekwencji, Izba podkreśla brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia. Jednakże, powyższe nie przesądza o prawidłowości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego*

w niniejszym postępowaniu.". Podobnie w wyroku KIO z 26.03.2013 r., sygn. akt: KIO 554/13: *„Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia lub złożenia wyjaśnień dotyczących harmonogramu rzeczowo - finansowego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p.. Przywołane przez odwołującego przepisy dotyczą wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p.. Harmonogram rzeczowo-finansowy nie należy zaś do tej kategorii dokumentów, gdyż nie jest ani dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1ustawy P.z.p.), ani dokumentem potwierdzającym, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.). W ocenie Izby jest to dokument odnoszący się do treści oferty, zaś jego niezgodności z SIWZ mogą być usuwane jedynie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p., a nie z wykorzystaniem instytucji z art. 26 ust. 3 czy ust. 4 ustawy P.z.p. Stanowisko takie wyraził m.in. Sąd Okręgowy w T. w wyroku z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt V GA 40/09 (dostępny na stronie internetowej art. 87 ust. 2). Harmonogram rzeczowo - finansowy nie jest dokumentem, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jako dokument przedmiotowy. Na przeszkodzie takiemu uznaniu stoi bowiem treść art. 25 ust. 1 p.z.p. oraz przepisy rozporządzenia z dnia 19 maja*

2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.). Harmonogram rzeczowo-finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy mają być rozliczane sukcesywnie, zaś zamawiający ma właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki *na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ.".* Kluczowym wiec jest ocena charakteru harmonogramu z punktu widzenia postanowień SIWZ, co było przedmiotem rozpoznania w ramach zarzutu omówionego powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała także zasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp - poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania Izba obciążyła kosztami postępowania Przystępującego, stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Stosownie do wskazanych regulacji Izba, działając w oparciu przepisy wskazanego rozporządzenia zasądziła także - na podstawie przedłożonych w toku rozprawy do akt sprawy rachunków - uzasadnione koszty Odwołującego, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący:

……