

WYROK
z dnia 17 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 marca 2015 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe ECEBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inżynieria Rzeszów S.A.** z siedzibą w Rzeszowie [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
 - 1) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu;**
 - 2) PHUP Frib-ex F. N., ul. Zdziebkowskiej 1, 41-710 Ruda Śląska [pełnomocnik], EDA-SERWS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Instalmedia Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach.**

- 2. Nakazuje zamawiającemu:**
 - 1) dokonanie unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu;**
 - 2) dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert.**
- 3. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
- 4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i:**
 - 1) zalicza na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe ECEBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach tytułem kosztów postępowania odwoławczego;**
 - 2) zasądza od TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe ECEBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Sygn. akt: KIO 417/15

Uzasadnienie

Zamawiający TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa napowietrznej sieci ciepłowniczej 2 x DN 600 od źródła ciepła Elektrownia Łagisza do komory 1266C1 w ramach inwestycji pn. „Wykonanie zasilania Magistrali Wschodniej oraz Południowej ze Źródła Łagisza” «.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **05.12.2014 r.** pod nrem **2014/S 235-414038**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **20.02.2015 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inżynieria Rzeszów S.A.** z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe ECEBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Dojazdowa 8, 43-100 Tychy, zgodnie z **art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp**, wniósł **02.03.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie.

Zdaniem **odwołującego zamawiającego** naruszył:

- 1) **art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp i § 5 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez nieudostępnienie do 26.02.2015 r. kompletnego protokołu postępowania;
- 2) **art. 87 ust. 1 Pzp** przez prowadzenie negocjacji dotyczących treści harmonogramów stanowiących załącznik do ofert, złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- a) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz,
 - b) PHUP Frib-ex F. N., ul. Dziebkowskiej 1, 41-710 Ruda Śląska [pełnomocnik], EDA-SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Migdałowa 87, 02-796 Warszawa i Instalmedia Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Targiela 8, 43-100 Tychy;
- 3) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez niedokonanie odrzucenia ofert złożonych przez obu wymienionych wyżej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt, że złożone w ofertach wykonawców harmonogramy nie odpowiadały treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zwanej dalej „SIWZ” lub specyfikacją bez bliższego określenia, a nie jest możliwe poprawienie omyłki, o której mowa w **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**;
 - 4) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez niedokonanie odrzucenia ofert złożonych przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na fakt, że zaproponowany przez obu wykonawców system rur produkowanych przez Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o.

jest niezgodny z treścią **specyfikacji**;

- 5) **art. 26 ust. 3 Pzp** przez wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PHUP Frib-ex . N., EDA-SERWIS Sp. z o.o., Instalmedia Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty przez podanie zakresu prac, które wykonawcy mają zamiar powierzyć podwykonawcom;
- 6) **art. 90 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ofert złożonych przez wykonawców, o których mowa w pkt 2 lit. a i b.

Odwolujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert oraz
- 3) odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
 - a) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz,

4

b) PHUP Frib-ex F. N., ul. Zdziebkowskiej 1, 41-710 Ruda Śląska [pełnomocnik], EDA-SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Migdałowa 87, 02-796 Warszawa i Instalmedia Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Targiela 8, 43-100 Tychy

– z uwagi na fakt, że oferty złożone przez tych wykonawców nie odpowiadały treści specyfikacji;

- 4) ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Argumentacja **odwołującego**

20.02.2015 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inżynieria Rzeszów S.A.** z siedzibą w Rzeszowie, ul. P 59A, 35-082 Rzeszów [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz.

I. Odwołujący podnosi naruszenie przez **Zamawiającego** zasady jawności postępowania przez nieudostępnienie w całości protokołu z prowadzonego postępowania do **26.02.2015 r.**

Odwolujący pierwszy raz wystąpił o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami w dniu rozstrzygnięcia postępowania, czyli **20.02.2015 r.** (dowód: mail **Odwolującego** z **20.02.2015 r.**).

W odpowiedzi na wniosek, **Odwolujący** dopiero **23.02.2015 r.** otrzymał część załączników do protokołu [pisma **Zamawiającego** do **Wykonawców**, o uzupełnienie i wyjaśnienie treści ofert), (dowód: mail **Zamawiającego** z **23.02.2015 r.**).

Dopiero w odpowiedzi na powtórny wniosek **Odwolującego** o udostępnienie protokołu postępowania, **Zamawiający** przekazał kopię Protokołu ZP-PN **26.02.2015 r.**

(dowód: pismo **Odwolującego** z **24.02.2015 r.**).

(dowód: mail **Zamawiającego** z **26.02.2015 r.**).

Zaniechanie to utrudniło **Odwolującemu** przygotowanie treści odwołania, skracając w sposób rażący ustawowy dziesięciodniowy termin na złożenie odwołania. Mając na uwadze, że:

- odwołanie musiało zostać dostarczone do **Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej** w poniedziałek **02.03.2015 r.**
- uprzednio kopia odwołania musiała zostać dostarczona **Zamawiającemu**
- fakt otrzymania kompletnej dokumentacji we czwartek **26.02.2015 r.**, spowodował, że na sporządzenie odwołania w oparciu o pełną dokumentację postępowania, **Odwolujący** miał znacznie mniej czasu. Brak odrębnych protokołów z każdego posiedzenia komisji

5

przetargowej, jak również brak dostępu do protokołu ZP-PN, powodował, że **Odwolujący** pozostawał w stanie niepewności co do czynności **Zamawiającego** dokonywanych w postępowaniu, co utrudniło odniesienie się do prawidłowości prowadzenia postępowania.

II. 10.02.2015 r. Zamawiający wystąpił do lidera PHUP Frib-ex F. N. o wyjaśnienie i uzupełnienie treści ofert. W wezwaniu **Zamawiający** m. in. wskazał, że **Wykonawca** w ramach dołączonego do oferty Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego w ramach Etapu nr 2, 3, 5 i 6 wskazał daty późniejsze aniżeli – wymagany przez **Zamawiającego** w specyfikacji – 26 dzień danego miesiąca kalendarzowego. W ślad za tym **Zamawiający** wezwał **Wykonawcę** do udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy **Zamawiający** ma traktować wspomniane wyżej daty zakończenia Etapów nr 2, 3, 5 i 6 jako 26 dzień miesiąca kalendarzowego, wskazanego w HRF dla Etapów realizacji (odpowiednio: czerwiec, lipiec, sierpień, listopad 2015 r.) czy też miesiąca kalendarzowego następującego po miesiącu wskazanym przez **Wykonawcę** w HRF (odpowiednio lipiec, sierpień, wrzesień, grudzień 2015 r.) (dowód: pismo **Zamawiającego** z 10.02.2015 r. – w aktach sprawy).

W odpowiedzi na pytanie **Wykonawca** poinformował, że **Zamawiający** ma traktować daty zakończenia etapów 2, 3, 5 i 6 jako 26 dzień miesiąca kalendarzowego (dowód: pismo PHUP Frib-ex F. N. z 16.02.2015 r. – w aktach sprawy).

Z identycznym wnioskiem o wyjaśnienie **Zamawiający** wystąpił 10.02.2015 r. do lidera Inżynieria Rzeszów S.A. (dowód: pismo **Zamawiającego** z 10.02.2015 r. – w aktach sprawy).

W odpowiedzi **Wykonawca** oświadczył, że w datach zakończenia Etapów 2, 3, 5 i 6 wymienionych w dołączonym do Oferty HRF zawierają się terminy odbiorów elementów tych robót, wymaganych przez SIWZ (IDW) tzn. 26 dzień miesiąca kalendarzowego wskazanego w HRF, tj. 26 czerwca, 26 lipca, 26 sierpnia oraz 26 listopada – 2015 r.

Dodatkowe 4-5 dni powyżej tych terminów **Wykonawca** przeznacza na czynności i działania w ramach Umowy wykraczające poza przedmiot odbioru elementu robót. Jednocześnie **Wykonawca** podniósł, że zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 2 do Wzoru Umowy **Zamawiający** pozostawił możliwość doprecyzowania HRF przed podpisaniem umowy, z zachowaniem wymagań zawartych w specyfikacji (dowód: pismo Inżynieria Rzeszów S.A. z 16.02.2015 r. – w aktach sprawy).

W protokole z 20.02.2015 r. w pkt 12 Komisja Przetargowa uznała po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień, że „Wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a ich oferty nie podlegają odrzuceniu”.

Takie postępowanie **Zamawiającego** stanowi wprost naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp.

Żądany przez **Zamawiającego** harmonogram rzeczowo-finansowy ma charakter merytoryczny i stanowi treść oświadczenia woli **Wykonawcy** co do sposobu realizacji

przedmiotu zamówienia. Wskazują na to szczegółowe postanowienia SIWZ. Wskazać tu należy przede wszystkim na postanowienia pkt 2.6 zawarte w podrozdziale: „Termin wykonania zamówienia”, gdzie **Zamawiający** wskazał, że „terminy realizacji poszczególnych etapów Przedmiotu Zamówienia zawiera harmonogram rzeczowo-finansowy, stanowiący Załącznik nr 2 do Części III SIWZ (Wzór umowy), który po jego wypełnieniu przez **Wykonawcę** (w miejscach wskazanych w treści) stanowić będzie załącznik do umowy z **Wykonawcą**, któremu **Zamawiający** udzieli zamówienia.

Niewątpliwie też **Zamawiający**, żądając złożenia w ofercie tego dokumentu (pkt 4.2.1.22.2 SIWZ) oczekiwał, że harmonogram rzeczowo-finansowy będzie stanowił przedmiotowo istotny element oferty. **Zamawiający** również w konkretnych postanowieniach wzoru umowy przewidział regulacje wskazujące na taki właśnie charakter harmonogramu rzeczowo-finansowego. Takie postanowienia to np. określenie:

- w art. 68.1: „Wykonawca zakończy realizację poszczególnych Etapów Realizacji w terminach określonych w Załączniku nr 2 [Harmonogram Rzeczowo-Finansowy]”,
- w art. 69.1: „przedłożony z ofertą Harmonogram Realizacji Umowy, zostanie inkorporowany do umowy”,
- w art. 69.3: „W każdym czasie Harmonogram będzie zgodny z Harmonogramem Rzeczowo Finansowym”,
- w art. 73.1.1: „Kara umowna za opóźnienie w należyтым wykonaniu Etapu Realizacji nr _ w terminie, zgodnie z tabelą nr 1 Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego...”,

- w art. 101, który stanowi podstawę do rozliczenia wysokości wypłaty wynagrodzenia umownego po należytej realizacji każdego z etapów.

Przywołane postanowienia SIWZ wskazują w sposób niewątpliwy, że harmonogram rzeczowo-finansowy, który **Wykonawcy** mieli złożyć **Zamawiającemu** w ofercie, stanowił przedmiotowo istotne oświadczenie woli **Wykonawcy**, mające znaczenie dla sposobu realizacji przedmiotu umowy. **Wykonawcy**, składając ofertę mieli obowiązek samodzielnego określenia istotnych elementów tego oświadczenia woli, przez indywidualne wyrażenie woli **Wykonawcy** co do momentu, w którym dany zakres robót będzie przez danego **Wykonawcę** wykonany, a tym samym, kiedy również nastąpi zapłata za wykonanie tego zakresu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem generalnych, końcowych terminów wykonania całości robót oraz określonych, wyszczególnionych przez **Zamawiającego** prac.

Zamawiający określił że HRF ma uwzględniać lub zachować wszystkie Etapy Realizacji Przedmiotu Kontraktu. W ofercie złożonej przez **wykonawców** PHUP Frib-ex F. N., EDA-SERWIS Sp. z o.o., Instalmedia Sp. z o.o., **wykonawca** pominął Etap 8 – Podpisanie Protokołu Przekazania Robót do Eksploatacji w zakresie podstawowym co prawda ujął tę pozycję w Etapie 6 jako podpunkt 6.4 – jednakże intencją **zamawiającego** była spójność obu opracowań, aby możliwa była pełna kontrola nad terminowością i monitorowaniem

7

zaawansowania prac. Wykonawca zmienił Również Etap 8, który w HRF zawiera Podpisanie Protokołu Przekazania Robót do Eksploatacji na Przygotowanie dokumentacji technicznej, stanowi to kolejną niespójność w harmonogramach.

Odnosząc się do ewentualnej możliwości poprawienia przez **Zamawiającego**, wskazanych w obu ofertach pomyłek w treści harmonogramu, w trybie przewidzianym w **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** stwierdzić należy, że aby poprawienie w tym trybie oferty **Wykonawcy** było możliwe konieczne jest stwierdzenie, że:

- określona niezgodność oferty z SIWZ ma charakter merytoryczny (dotyczy treści oferty, a nie przykładowo jej formy),
- wskazana niezgodność ma charakter omyłkowy (z treści oferty, okoliczności złożenia oświadczenia woli przez wykonawcę, można wywieść, że niezgodność oferty wykonawcy z SIWZ nie była zamierzona),
- poprawienie określonej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty **Wykonawcy** (zaś istotność należy oceniać w konkretnych warunkach danego postępowania).

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowało określony kierunek wykładni przywołanego przepisu ustawy, wskazując m.in., że o istotnej zmianie w treści oferty wykonawcy nie będzie można mówić, jeśli określone, właściwe treści oświadczenia woli **wykonawcy** będzie można wywieść z innych elementów oferty wykonawcy, choćby w sposób pośredni. Orzecznictwo także wskazuje, że nie można uznać za dopuszczalną sytuację poprawienia oferty wykonawcy we wskazanym trybie, jeśli naprawienie określonej sprzeczności w ofercie tego wykonawcy z treścią SIWZ musiałoby doprowadzić do konieczności składania przez tego wykonawcę, po upływie terminu do składania ofert, odrębnego, nowego oświadczenia woli, które nie wynikałoby z treści samej oferty. Przeciwnie rozumienie wskazanego przepisu prowadziłoby bowiem wprost do niezgodności z odrębnym przepisem **art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp**. Przepis ten bowiem zabrania **Zamawiającemu** prowadzenia z **Wykonawcą** jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zastrzeżenie zawarte w tym przepisie odnoszące się do **art. 87 ust. 2 Pzp** (a więc także **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**) dotyczy zakazu dokonywania zmian w ofercie, nie dotyczy zaś zakazu prowadzenia negocjacji z **Wykonawcą**. Konieczność złożenia przez **Wykonawcę** odrębnego, nie znajdującego się w treści oferty, a nawet wprost z tą treścią oferty sprzecznego, oświadczenia woli po upływie terminu do składania ofert nie stanowi niczego innego, jak tylko prowadzenie niedopuszczalnych w świetle przepisów ustawy negocjacji z **Wykonawcą** co do treści jego oferty (wyrok KIO z 2 lipca 2014 r. **KIO 1247/14**).

W postępowaniu wystąpiła niezgodność treści ofert złożonych przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z treścią SIWZ co do oferowanego terminu realizacji określonego w harmonogramach złożonych wraz z ofertami. Potwierdził to

8

sam **Zamawiający** w protokole komisji przetargowej z **20.02.2015 r.**, w którym wprost, w **pkt 5** protokołu wskazano, że w przypadku oferty złożonej przez wykonawców Inżynieria Rzeszów S.A., Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. „terminy zakończenia niektórych etapów robót określono niezgodnie z instrukcją wypełniania formularza HRF”. W zakresie zaś oferty złożonej przez wykonawców PHUP Frib-ex F. N., EDA-SERWIS Sp. z o.o., Instalmedia Sp. z o.o., w **pkt 7** protokołu komisja przetargowa stwierdziła, że „w harmonogramie rzeczowo-finansowym stwierdzono niezgodność w zakresie terminów zakończenia robót, w stosunku do wytycznych określonych przez **Zamawiającego**”.

Mając powyższe na uwadze, przyjmując, że nie jest możliwa poprawa błędów zawartych w harmonogramach z uwagi na istotność ich postanowień, **Zamawiający** powinien był odrzucić oferty złożone przez wykonawców Inżynieria Rzeszów S.A., Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. oraz wykonawców PHUP Frib-ex F. N., EDA-SERWIS Sp. z o.o., Instalmedia Sp. z o.o.

Nie może przy tym ostać się wniosek, do którego doszedł w piśmie z wyjaśnieniami **Wykonawca** Inżynieria Rzeszów S.A., powołując się na możliwość doprecyzowania treści Harmonogramu przed podpisaniem umowy. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego doprecyzować znaczy tyle co dookreślić coś bardziej szczegółowo; uściślić, uszczegółowić (<http://sjp.pl/>). Idzie zatem o bardziej precyzyjne określenie wcześniej złożonego oświadczenia o terminach, a nie ich zmiana, jakby chciał tego **Wykonawca**.

Ponadto w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego, oferta złożona przez wykonawców Inżynieria Rzeszów S.A., Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ. **Zamawiający** w Części III SIWZ – Wzór umowy, Załącznik nr 2 [Harmonogram Rzeczowo-Finansowy] do Aktu Umowy zawarł następujące wymaganie: „**Zamawiający** zwraca uwagę, że każdy Etap Realizacji podany w HRF musi pokazywać opis lub wyszczególnienie czynności wchodzących w jego zakres od daty poprzedniego Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji do daty bieżącego Protokołu Zakończenia Etapu Realizacji”.

Wykonawca nie spełnił tego wymogu SIWZ ponieważ jak można odczytać z załącznika nr 3 [HRU] wykonawca wyszczególnił daty rozpoczęcia i zakończenia Etapów Realizacji, w taki sposób, że Etap realizacji 2 nie rozpoczyna się po zakończeniu Etapu Realizacji 1, co nie pozwala w sposób zakładany w SIWZ dokonać odbioru Etapu Realizacji, ponieważ prace przy Etapach 1 i 2 są prowadzone równolegle. To samo dotyczy wszystkich pozostałych Etapów Realizacji z wyjątkiem Etapów 7, 8, 9, które zostały narzucone przez **Zamawiającego**. Prawidłowo skonstruowany harmonogram powinien uwzględniać fakt, że każda wykonywana praca lub usługa wykonana i odebrana zostanie w sposób całościowy. Takie sporządzenie przez **Wykonawcę** harmonogramu, nie odpowiada treści SIWZ. W ślad

9

za tym oferta **Wykonawcy** powinna zostać odrzucona na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**. Granicą korzystania przez **Zamawiającego** z instytucji żądania wyjaśnień od **Wykonawców** stanowi trwałość treści oferty w takim znaczeniu, że uzyskane wyjaśnienia nie mogą prowadzić do istotnych zmian w treści złożonej oferty (wyrok KIO z 18 listopada 2014 r., **KIO 2320/14**).

III. Zamawiający żądał, aby zadanie wykonać zgodnie z dokumentacją techniczną, stanowiącą integralną część SIWZ. W projekcie wykonawczym „Branża technologiczna”, str. 9, **zamawiający** podał, że sieć zaprojektowano w rur SPIRO i HDPE o długości 16 m. Również na schematach montażowych oraz zestawieniach materiałów widnieją rury 16 m, zarówno dla odcinków sieci podziemnych (w płaszczu HDPE) jak i napowietrznych (SPIRO). Na str. 17-18 STWiOR **Zamawiający** zażądał, aby oferowany materiał posiadał Aprobata Techniczną wydaną przez ITB. Postanowienie to, na etapie składania ofert nie było przez nikogo kwestionowane. W ofercie złożonej przez wykonawców Inżynieria Rzeszów, załączone zostały 2 Aprobaty Techniczne, producenta systemu rur preizolowanych:

- str. 274-310 Aprobata Techniczna nr **AT-15-8301/2014**, Preizolowane rury, kształtki, armatura oraz zespoły złączy systemu ZPU Międzyrzecz Sp. z o.o., do podziemnych sieci ciepłowniczych; w pkt 1.2 Aprobaty (strona 275 oferty) napisano: „rury preizolowane produkowane są w odcinkach 6, 12 i 16 m”,
- str. 312-333 Aprobata Techniczna nr **AT-15-8619/2011**, Preizolowane rury, kształtki,

- kompensatory i armatura ZPU Międzyrzecz Sp. z o.o. Typ SPIRO do naziemnych sieci ciepłowniczych; w pkt 1.2 Aprobaty (strona 313 oferty) napisano: „rury preizolowane produkowane są w odcinkach o długości 6 i 12 m”,
- str. 313 Aneks nr 1 do Aprobaty Technicznej ITB AT-15-8619/2011, w której nie ma wzmianki o długościach rur.

W odpowiedziach na pytania **Wykonawców** (Komunikat nr 1 z **22.12.2014 r.**) pytanie nr 1 „Czy **Zamawiający** dopuszcza zastosowanie wyrobów preizolowanych z płaszczem HDPE odpornym na promieniowanie UV, zamiennie za wyroby preizolowane w osłonie SPIRO?”, zamawiający nie wyraził na to zgody, podtrzymując tym samym postanowienia w SIWZ. **Wykonawcy:** Inżynieria Rzeszów S.A. i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o., zaoferowali wykonanie zadania z materiałów produkowanych przez Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. Oferowany materiał spełnia wymagania **Zamawiającego** jedynie w zakresie systemu rur do podziemnych sieci ciepłowniczych, jednakże nie spełnia wymogów SIWZ w przeważającej większości zaprojektowanej sieci ciepłej, tj. sieci ciepłej napowietrznej, gdyż w aprobacie technicznej, wymaganej bezwzględnie przez **Zamawiającego** nie wymieniono rur

10

preizolowanych o długości 16 m. Zatem w zakresie rur preizolowanych o długości 16 m.

Wykonawca nie posiada aprobaty technicznej co nie dopuszcza wyrobu do stosowania na rynku polskim.

Oferta złożona przez wykonawców PHUP Frib-ex F. N., EDA-SERWIS Sp. z o.o. i Instalmedia Sp. z o.o. – zgodnie z oświadczeniem mo stosowanym materiale (strona 99 oferty) – przewiduje ten sam produkt, który wskazano wyżej w ofercie wykonawców Inżynieria Rzeszów S.A. i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. Zatem dla oceny braku zgodności oferty z treścią SIWZ należy przyjąć tę samą argumentację jak wyżej, mimo, że do tej oferty nie zostały załączone Aprobaty Techniczne.

Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, na ten sam produkt nie mogą zostać wydane dwie różne aprobaty, dlatego też należy przyjąć, że materiał oferowany przez wykonawców PHUP Frib-ex F. N., EDA-SERWIS Sp. z o.o. i Instalmedia Sp. z o.o., również nie spełnia tego wymogu (brak dopuszczenia do stosowania rur 16 m do sieci napowietrznych). Mając na uwadze powyższe, oferty złożone przez obu wykonawców powinny zostać odrzucone, jako niezgodne z treścią SIWZ. Podnieść również należy, że wskazane błędy, z uwagi na ich istotność, nie mogą zostać poprawione w trybie **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

IV. Odwołujący podniósł, że **Wykonawcy** PHUP Frib-ex F. N., EDA-SERWIS Sp. z o.o. i Instalmedia Sp. z o.o. nie potwierdzili spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w **pkt 3.1.1.2 SIWZ**, który to punkt dotyczył budowy sieci ciepłowniczej. Referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju (strona 22 oferty) dotyczyła przebudowy sieci ciepłowniczych na terenie miasta Jastrzębie Zdrój. Jednocześnie sam **Zamawiający** w Komunikacie nr 2, zawierającym odpowiedzi na pytania **Wykonawców**, odpowiadając na pytanie nr 6 potwierdził jednoznacznie, że spełnieniem warunku przewidzianego w **pkt 3.1.1.2.1** oraz **pkt 3.1.1.2.2 IDW** będzie wyłącznie budowa sieci ciepłowniczych. Nie ulega wątpliwości, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. **Prawo budowlane w art. 3 pkt 6** definiuje pojęcie budowy, zaś w **art. 3 pkt 7a** przebudowy. Interpretacja oraz ocena spełnienia warunków nie może być dokonana w oderwaniu od pojęć prawnych mających zastosowanie do czynności stanowiących przedmiot zamówienia [Wyrok KIO z 22 września 2011 r. (KIO 1944/11)]. Stąd też należy przyjąć, że wskazane referencje nie potwierdzają spełnienia warunku przez **Wykonawców**. Jednak na zasadzie **art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający** nie wzywa do uzupełnienia oferty, bowiem podlega ona odrzuceniu z powodów wskazanych w odwołaniu.

11

V. Odwołujący podniósł, że gdyby przyjąć, że oferty obu wykonawców są zgodne z

treścią SWZ, to **Zamawiający** zaniechał badania rażąco niskich cen, zaoferowanych przez obu wykonawców. Zgodnie z **art. 90 ust. 1 Pzp**, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości **Zamawiającego** co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez **zamawiającego** lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia, **Zamawiający** zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy PHUP Frib-ex F. N., EDA-SERWIS Sp. z o.o. i Instalmedia Sp. z o.o. złożyli ofertę z ceną niższą o prawie 33% od wartości zamówienia, natomiast wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A., Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. złożyli ofertę z ceną niższą ponad 35% od wartości zamówienia.

W obu przypadkach **Zamawiający** zaniechał badania rażąco niskiej ceny, mimo że przyjął, że obie oferty zostały złożone prawidłowo. Swoim zaniechaniem **Zamawiający** naruszył **art. 90 ust. 1 Pzp**. **Zamawiający** powinien był zwrócić się do **wykonawców** o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwolujący wskazał, że **Zamawiający** dopuścił się w trakcie prowadzenia postępowania szeregu innych nieprawidłowości, takich jak wezwania wykonawców PHUP Frib-ex F. N., EDA-SERWIS Sp. z o.o., Instalmedia Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty przez podanie zakresu prac, które **Wykonawcy** mają zamiar powierzyć podwykonawcom. Wezwanie takie jest nieuprawnione na gruncie **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp**, na który powołał się **Zamawiający**.

Podobnie nieuprawnione było wezwanie **Zamawiającego** do wskazania liczby stron oferty złożonej przez **Wykonawców**.

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu** 02.03.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 02.03.2015 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

05.03.2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Inżynieria Rzeszów S.A.** z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu, ul. Zakaszewskiego 4, 66-300 Międzyrzecz złożył (1)

12

Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez **odwołującego**:

- 1) (dowód nr 1 i 2) str. 30 i 31 Projektu wykonawczego, Branża technologiczna, z których to dowodów **odwołujący** wywodzi, że **zamawiający** żądał rur o długości 16 m
- 2) (dowód nr 3) schemat montażowy załączony do specyfikacji, z którego to dowodu **odwołujący** wywodzi, że **zamawiający** żądał rur o długości 16 m oraz dowodu złożonego przez **zamawiającego**:
- 3) (dowód nr 4) str. 10 Projektu wykonawczego, Branża technologiczna, z którego to dowodu **zamawiający** wywodzi, że **zamawiający** wymagał stosowania rur o długościach handlowych 12 m lub 16 m

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu
- 2) PHUP Fri-b-ex F. N., ul. Zdziebkowskiej 1, 41-710 Ruda Śląska [pełnomocnik], EDA-SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Instalmedia Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach

– jest zasadne. W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dowody złożone na rozprawie przez odwołującego i zamawiającego.

13

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 90 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu (zwanych dalej wykonawcą Inżynieria)
- 2) PHUP Fri-b-ex F. N., ul. Zdziebkowskiej 1, 41-710 Ruda Śląska [pełnomocnik], EDA-SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Instalmedia Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (zwanych dalej wykonawcą Fri-b-ex)

– zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **05.12.2014 r.** pod nrem **2014/S 235-414038**, a więc postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232). Dlatego do postępowania należy stosować m.in. art. **90 ust. 1 Pzp** w brzmieniu obowiązującym od **19.10.2014 r.** na podstawie art. 1 pkt 12 lit. a ustawy z dnia 28 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Wprowadzenie do wyliczenia przepisu **art. 90 Pzp** brzmi »Jeżeli **cena oferty** wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności **jest niższa o 30% od wartości zamówienia** lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie [...] [podkreślenie Izba]«.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę **31 214 317,00 zł**. Sam zamawiający stwierdził na rozprawie cyt. »Porównując do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert nie ma przekroczenia 30%, a w przypadku porównywania z wartością zamówienia minimalnie przekroczony jest próg 30% („w granicach błędu”)«.

14

W związku z jednoznacznie brzmiącym przepisem **art. 90 ust. 1 Pzp** zamawiający nie mają innej możliwości, a tylko w przypadku wystąpienia kwoty oferty niższej o 30% od wartości zamówienia mają obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Obowiązek takiego badania ceny powstaje nawet jeżeli różnica cen w najmniejszym stopniu

przekracza 30%. Zamawiający określił to, cyt. „w granicach błędu”.

Obowiązek ten występuje nawet jeżeli w innych postępowaniach zaoferowana cena nie budziła wątpliwości lub została wyjaśniona jako cena uzasadnienie niższa niż ustawowy próg 30%. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie dopuszczają istnienia żadnych wyjątków od bezwzględnego żądania wyjaśnień przez zamawiającego w stosunku do każdego z wykonawców, którego oferta opiewa na cenę niższą niż 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia **art. 90 ust. 1 Pzp**.

W związku z tym Izba musi uwzględnić odwołanie w zakresie rozpoznawanego zarzutu i nakazać zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu oraz nakazać zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W trakcie czynności badania złożonych ofert zamawiający musi zastosować się do przepisu **art. 90 ust. 1 Pzp** i zwrócić się o udzielenie wyjaśnień do wykonawców, których ceny ofertowe są niższe o 30% od wartości zamówienia.

W ocenie Izby pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp i § 5 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez nieudostępnienie do 26.02.2015 r. kompletnego protokołu postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący pierwszy raz wystąpił o udostępnienie protokołu wraz z załącznikami w dniu rozstrzygnięcia postępowania, czyli w piątek **20.02.2015 r.** Jednak odwołujący wystąpił o to po zakończeniu godzin pracy zamawiającego. W odpowiedzi na wniosek, zamawiający w poniedziałek 23.02.2015 r. (w pierwszy dzień pracy) i 24.02.2015 r. przekazał wymagane części dokumentacji odwołującemu.

Izba podkreśla, że **art. 96 ust. 2 Pzp** stanowi, które części dokumentacji stanowią załączniki do protokołu. **Art. 96 ust. 2 Pzp** brzmi »Oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne

15

dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu».

Odwołujący nie wykazał, że wśród nieudostępnionych części dokumentacji znajdowały się protokół postępowania o udzielenie zamówienia i załączniki do protokołu określone w **art. 96 ust. 1 i 2 Pzp**. Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że przekazanie pozostałych dokumentów będących w dyspozycji zamawiającego po upływie dwóch dni – 26.02.2015 r. – nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, który brzmi »Izba **uwzględnia odwołanie**, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«. Izba nie może stwierdzić, że w rozpoznawanym postępowaniu nieprzekazanie przez dwa dni – od 24 do 26.02.2015 r. – dokumentów, które nie były protokołem i nie stanowiły załączników do protokołu miało wpływ na wynik postępowania.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić zarzutu naruszenia **art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp i § 5 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez nieudostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami.

W ocenie Izby zarzut naruszenia **art. 87 ust. 1 Pzp** przez prowadzenie negocjacji dotyczących treści harmonogramów stanowiących załącznik do ofert, złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [pełnomocnik] i Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyrzeczu, (2) PHUP Frib-ex F. N., ul. Zdziebkowskiej 1, 41-710 Ruda Śląska [pełnomocnik], EDA-SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Instalmedia Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach oraz zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez niedokonanie odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt, że złożone w ofertach wykonawców harmonogramy nie odpowiadały treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie jest możliwe poprawienie omyłki, o której mowa w **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp** nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający ustanowił we wprowadzeniu do wyliczenia 9 kropki załącznika nr 2 do specyfikacji cyt. »Termin zakończenia Etapów Realizacji i sporządzania Protokołów Zakończenia Etapów Realizacji – najpóźniej do 26 – dnia miesiąca za wyjątkiem [...]«. Wykonawcy mogli to postanowienie specyfikacji odczytywać jako wymóg kończenia poszczególnych etapów realizacji od 1 do 26 dnia miesiąca, a wskazanie zakończenia etapów realizacji od 27 do ostatniego dnia miesiąca będzie dozwolone, jednak z

16

zastrzeżeniem, że zakończenie to będzie zaliczane do zakończenia w następnym miesiącu, czyli do 26 dnia następnego miesiąca.

Tak więc korespondencja między zamawiającym i wykonawcą nie wprowadzała nowych uwarunkowań, a jedynie precyzowała postanowienia między tymi podmiotami uwzględniając nadrzędne znaczenie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zwłaszcza postanowień wyżej zacytowanego załącznika nr 2 do specyfikacji. W specyfikacji (także odwołujący tego nie wykazał) postanowień zabraniających kończenia poszczególnych etapów realizacji w terminach po 26 dniu danego miesiąca. Również należy wziąć pod uwagę, że nie można tłumaczyć postanowień specyfikacji w sposób restrykcyjny dla wykonawców, a w szczególności należy interpretować nieprecyzyjne postanowienia specyfikacji w sposób niedopuszczający wyciągania negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców. Ponadto należy również podkreślić utrwaloną linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie traktowania harmonogramów nie jako nadrzędnej wartości, ale jako dokumentów podlegających zmianom w trakcie procesu realizacji zamówienia. Tak np. w wyroku z 26 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1724/10 »[...] 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 wyrażnie odniesione do realizacji robót i ich postępu (rzeczywistego wykonania) i na tę kwestię położono akcent w treści [...] specyfikacji [...] oraz stanowiącym załącznik do specyfikacji projekcie umowy. O takim też z zasady charakterze harmonogramu rzeczowo-finansowego przekonują liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo: wyrok z 13 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 549/09; wyrok z 3 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1338/09, [...], wyrok z 28 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1491/10. [...] oferta zawierająca nieścisłości i błędy w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego nie podlega odrzuceniu; zamawiający może poprawić ofertę w zakresie braku harmonogramu

17

stosując art. 87 ust. 1 Pzp bądź nawet art. 26 ust. 3 Pzp. Z powyższych orzeczeń wynika też możliwość poprawiania harmonogramu, co nie stanowi zmiany treści oferty i podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp«.

W związku z powyższym w ocenie Izby należało uznać za bezzasadne stanowisko odwołującego, że zamawiający naruszył **art. 87 ust. 1 Pzp** przez prowadzenie negocjacji dotyczących treści harmonogramu stanowiącego załącznik do oferty oraz że zamawiający naruszył **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez niedokonanie odrzucenia oferty z uwagi na fakt, że

złożony w ofercie harmonogram nie odpowiadał treści specyfikacji, a nie jest możliwe poprawienie omyłki, o której mowa w **art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp**.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez niedokonanie odrzucenia ofert złożonych przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwagi na fakt, że zaproponowany przez obu wykonawców system rur produkowanych przez Zakład Produkcyjno-Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane Sp. z o.o. jest niezgodny z treścią **specyfikacji** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w pkt 3.2.1 projektu wykonawczego branży technologicznej oraz w zestawieniu materiałów do projektu wykonawczego branża technologiczna str. 30 i 31, które to dokumenty złożył **odwołujący jako dowód nr 1 i 2**, zamawiający wskazywał na rury o długościach 16 m. Także w załączonym do specyfikacji schemacie, który odwołujący złożył jako **dowód nr 3** widać stosowanie rur o długości 16 m. Jednak zamawiający nigdzie nie sformułował nakazu stosowania tylko takich rur bądź zakazu stosowania rur o innych długościach.

Należało też wziąć od uwagę, że zamawiający w różnych miejscach specyfikacji dopuszczał stosowanie rur o innych długościach. W projekcie wykonawczym na str. 10 znajduje się postanowienie »wymaga się stosowania rur o długościach handlowych 12 lub 16 m«, na co wskazał zamawiający składając **dowód nr 4 str. 10 projektu wykonawczego**. Podobne postanowienie znajduje się w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych na str. 16 »wymaga się stosowania rur o długościach handlowych 6, 12 lub 16 m«.

Z uwagi na fakt, że wykonawcy w żadnym fragmencie swoich ofert nie wskazali, że będą wykonywać przedmiot zamówienia przy zastosowaniu rur o długości 16 m, zamawiający wobec dysponowania aprobatami technicznymi dla rur o długości 12 m przyjął, że przystępujący oraz wykonawcy Frib-ex będą realizować przedmiot zamówienia z rur 12 m na sieci napowietrznej, na które to rury złożyli aprobaty techniczne. Nie naruszało to w żadnym zakresie postanowień specyfikacji.

18

Z tego względu w ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – przez niedokonanie odrzucenia wskazanych ofert z uwagi na fakt, że zaproponowany przez wykonawców system rur jest niezgodny z treścią specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Frib-ex do uzupełnienia oferty w zakresie referencji, które mają wykazać spełnienie warunków zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że – zgodnie z oświadczeniem – zamawiający sprawdzał dokumenty referencyjne w celu ustalenia rzeczywistego zakresu robót wskazanych w referencjach. W ramach weryfikacji oferty wykonawców Frib-ex zamawiającego ustalił, że linia referencyjnej sieci przebiega w części innej, nową trasą, a więc jest to nowa budowa.

Izba stwierdza, że nazwa zadania nie koniecznie musi oznaczać charakter prawny zamierzenia inwestycyjnego i jemu odpowiadać. Nazwa nadana przez zamawiającego w ogłoszeniu, a w tym ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia – przebudowa nie odnosi się do wszystkich cech danej inwestycji. Jednocześnie Izba stwierdza, że referencje są wydawane ogólnie w całkiem innym momencie i nie muszą się odnosić do konkretnie wskazanych w specyfikacji robót. W tym przypadku najistotniejsze jest zakwalifikowanie danych robót przez wykonawcę w wykazie robót, które wykonawca wykazał na rzecz spełnienia warunku. Referencje mają przede wszystkim świadczyć o należyтым wykonaniu umów wskazanych w wykazie.

Odwołujący przytaczając same nazwy robót, których należyte wykonanie zostało potwierdzone referencjami, nie mógł dowiedzieć, że wykonawcy Frib-ex nie spełniali warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, jak wskazał na rozprawie zamawiający, cyt. »ewentualne uznanie wadliwości referencji wykonawcy Frib-ex nie może być uznawane, jako mające wpływ na wynik postępowania z uwagi na fakt, że wykonawca ten złożył drugą ofertę pod względem ceny i

innych kryteriów wyboru».

W związku z powyższym w ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez wezwanie wykonawców Frib-ex do uzupełnienia oferty – nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** odnośnie podwykonawstwa odwołujący nie wskazał w treści odwołania uzasadnienia do tego zarzutu, a na samej rozprawie odwołujący stwierdził, że nie odnosi się do zarzutu związanego z podwykonawstwem.

19

Izba stwierdza, że w tym zakresie odwołanie nie spełnia formalnych warunków odwołania, zgodnie z **art. 180 ust. 3 Pzp**, który brzmi »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«.

W związku z tym odwołanie w tym zakresie nie podlega rozpoznaniu, zgodnie z **art. 187 ust. 1 pkt 1 Pzp**, który brzmi »Odwołanie **podlega rozpoznaniu**, jeżeli [...] nie zawiera braków formalnych«.

Zamawiający naruszył **art. 90 ust. 1 Pzp**.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

20