Sygn. akt: KIO 1771/16

WYROK
z dnia 07 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2016 r. przez wykonawcę **GE Power Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrociepłowni Bydgoszcz, ul. Energetyczna 1, 85-950 Bydgoszcz**

przy udziale:

A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ERBUD S.A., YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH, ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
B. wykonawcy **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego GE Power Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego GE Power Sp. z o.o., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1771/16

UZASADNIENIE

Zamawiający: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. prowadzi postępowanie, w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. „Budowa instalacji katalitycznego odazotowania spalin dla dwóch kotłów".
Odwołujący: GE Power sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie ERBUD S.A. i YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH (dalej łącznie jako „ERBUD/YARA" lub „Konsorcjum") z uwagi na niezgodność tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ"), a także wobec zaniechania wezwania ERBUD/YARA do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wobec YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH (dalej jako „YARA") nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2, 3 i 9 Pzp. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (dalej jako „PrBud") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

ERBUD/YARA jako zawierającej zobowiązanie do prowadzenia prac fundamentowych z naruszeniem przepisów Prawa budowlanego, tj. prowadzenie istotnej części prac fundamentowych bez wymaganego pozwolenia budowlanego, podczas gdy prace te powinny być prowadzone dopiero po uzyskaniu takiego pozwolenia; art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 Pzp w zw. z art. 387 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERBUD/YARA jako zawierającej zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, tj. przeprowadzenia prac fundamentowych w terminie 16 dni, co z uwagi na zakres prac jak i dostępną technologię, jest obiektywnie niemożliwe; art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERBUD/YARA jako niezgodnej z treścią SIWZ, tj. wymogiem rozpoczęcia szkolenia personelu na 60 dni przed rozruchem instalacji odsiarczania spalin, podczas gdy oferta tego wykonawcy przewiduje rozpoczęcie tego szkolenia na 5 dni przed rozruchem instalacji; art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERBUD/YARA jako niezgodnej z treścią SIWZ, tj. zadeklarowania w Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym zakończenia poszczególnych Etapów Realizacji w nieoznaczonym przedziale czasu („nie *później niż... miesięcy"),* podczas gdy Zamawiający wymagał, aby wskazać w sposób jednoznacznie określić konkretny miesiąc względem daty podpisania Umowy, w którym Etap zostanie zakończony; art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako „Rozporządzenie ws. dokumentów") poprzez zaniechanie wezwania

---

ERBUD/YARA do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wobec YARA nie zachodzą podstawy do wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2,3 i 9 Pzp, podczas gdy ERBUD/YARA nie przedstawił takiego dokumentu lub zastępującego go oświadczenia, o którym mowa w § 4 ust. 3 Rozporządzenia ws. dokumentów, a do oferty załączył jedynie oświadczenie członka zarządu YARA z podpisem notarialnie poświadczonym; art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez podejmowanie czynności w Postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Pzp.
Wniósł o unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej; przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu; odrzucenie oferty ERBUD/YARA z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ; wezwanie ERBUD/YARA do złożenia dokumentu wystawionego w kraju siedziby YARA, potwierdzającego, że wobec YARA nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne lub w przypadku, gdy dokumentu takiego nie wydaje się, do złożenia dokumentu zawierającego stosowne oświadczenie przed właściwym organem lub notariuszem.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ w Harmonogramie Realizacji (dalej jako „HR") Zamawiający oczekiwał wskazania terminu rozpoczęcia i zakończenia realizacji poszczególnych etapów realizacji zamówienia. Jednym z etapów są prace budowlane (pkt 4 HR), na które składają się m. in. prace fundamentowe (ppkt 4.2 HR).
Wykonawca Konsorcjum Erbud załączył do oferty HR, w którym wskazano, że prace fundamentowe rozpoczną się w dniu 16 stycznia 2017 r. i łącznie będą trwać 380 dni, przy czym:
prace fundamentowe dla reaktora SCR dla Kotła nr 4 rozpoczną się 16 stycznia i zakończą 31 marca 2017 r. (pkt 4.2.1 HR),
prace fundamentowe dla stacji magazynowania reagenta trwać będą pomiędzy 16 stycznia i 31 maja 2016 r. (pkt 4.2.2 HR),
prace fundamentowe dla reaktora SCR dla Kotła nr 3 - pomiędzy 16 lutego i 30 kwietnia 2017 r. (pkt 4.2.4 HR),
fundamenty budynku technicznego z rozdzielnią - pomiędzy 16 stycznia 2017 i 31 marca 2017 r. (pkt 4.2.6.1 HR).
Jednocześnie w pkt 2.5 HR Zamawiający oczekiwał wskazania terminu uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. Wykonawca Konsorcjum Erbud zadeklarował uzyskanie pozwolenia w dniu 15 marca 2017 r.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zestawiwszy ze sobą datę uzyskania pozwolenia wraz terminami realizacji poszczególnych zadań powinien był uznać, że Wykonawca Konsorcjum

Erbud zamierza realizować istotną część prac fundamentowych bez wymaganego zezwolenia, a zatem z naruszeniem przepisów Prawa budowlanego, a mianowicie art. 28 ust. 1 PrBud, który zakazuje prowadzenia prac budowlanych przed uzyskaniem pozwolenia na budowę. Zgodnie z art. 41 ust. 1 PrBud rozpoczęcie budowy następuje z chwilą podjęcia prac przygotowawczych, zaś zgodnie z ust. 3 tego przepisu prace przygotowawcze mogą być wykonywane tylko na terenie objętym pozwoleniem na budowę lub zgłoszeniem, wobec czego w istocie nie jest dopuszczalne przystąpienie do prac fundamentowych bez uzyskania wcześniejszej zgody. Prace fundamentowe obejmują takie zadania, jak wyburzenia istniejącej posadzki, wykopy, palowanie, zbrojenie, szalowanie, betonowanie czy izolacja.

Ponadto zgodnie z pkt 1.1 Załącznika nr 1A do Umowy obowiązkiem wykonawcy jest zrealizowanie uprzednich badań gruntowych (czego harmonogram ERBUD/YARA w ogóle nie uwzględnia), a których wynik może przesądzić o konieczności posadowienia pośredniego (palowania), co jest szczególnie czasochłonne. Średni czas realizacji tych zadań wynosić powinien ok. 2,5 miesiąca (tak zresztą wskazano w ofercie ERBUD/YARA). Jeżeli zatem w przypadku posadowienia fundamentów dla reaktora SCR dla Kotła nr 4 Konsorcjum zamierza rozpocząć pracę w dniu 16 stycznia 2017, pozwolenie na budowę uzyskać dopiero w dniu 15 marca, a zadanie zakończyć w dniu 31 marca, to pozostaje uznać, że na rzeczywiste prace budowlane wykonawca przeznaczył zaledwie 16 dni, co jest obiektywnie niewykonalne i w istocie stanowi zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, a zatem jest nieważne. Przyjmując jednak, że ERBUD/YARA składając ofertę nie zamierza podjąć się zobowiązania niemożliwego, tym bardziej że dla poszczególnych zadań Konsorcjum przyjęło realistyczne terminy (czego Odwołujący nie kwestionuje), to jedynym logicznym wnioskiem jest stwierdzenie, że prace rozpoczną się przed uzyskaniem pozwolenia na budowę, co w istocie wiązałoby się z samowolą budowlaną stanowiącą naruszenie przepisów Prawa budowlanego (w tym przepisów karnych - art. 93 pkt 4 w zw. z. art. 41 ust. 4 PrBud). Podobnie ma się rzecz w przypadku pozostałych trzech zadań opisanych w pkt 4.2.2, 4.2.4 i 4.2.61 HR, których rozpoczęcie Konsorcjum również planuje przed uzyskaniem pozwolenia na budowę.

Odwołujący wskazał, że oba dokumenty, tj. Harmonogram Realizacji i skorelowany z nim Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, będą stanowić część umowy zawartej z Zamawiającym, co oznacza, że daty i kwoty wskazane w harmonogramach nie mają charakteru pomocniczego czy przykładowego, lecz przeciwnie, stanowią istotną i wiążącą deklarację wykonawcy co do terminów realizacji poszczególnych zadań. Z tego też powodu Harmonogram - jako integralna część Umowy - nie może też podlegać późniejszym modyfikacjom.

Odwołujący wskazał, że załączony Harmonogram Realizacji nie zawiera omyłek, lecz wielokrotnie i w sposób spójny - choć przy tym niezgodny z SIWZ - przedstawia następujące po sobie terminy wykonania poszczególnych etapów. Brak jest zatem podstaw dla założenia, że wskazane w HR daty zostały podane omyłkowo, lecz przeciwnie - treść tego załącznika stanowi jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia.
Taki sposób wypełnienia HRF jest dla Zamawiającego całkowicie nieprzydatny, bowiem ERBUD/YARA zamiast wskazać konkretne terminy, podał jedynie okresy, w których określone zdarzenie ma miejsce. Nawet gdyby założyć, że dopuszczalne było wskazanie okresów, zamiast terminów, to Zamawiający powinien przyjąć za wiążące termin przypadający na koniec okresu przypisanego do danego zadnia. Nie ma bowiem jakichkolwiek przesłanek do uznania, że dany etap zostanie zrealizowany wcześniej.
Zdaniem Odwołującego, zaakceptowanie tak wadliwej oferty ERBUD/YARA w sposób szczególny naruszyło zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący w sposób literalny odczytując wymogi co do sposobu uzupełnienia Harmonogramu Realizacji w konsekwencji podał takie terminy realizacji kolejnych etapów, aby wykluczyć sprzeczność i niezgodność z SIWZ analogiczną do tej w ofercie ERBUD/YARA. W konsekwencji jednak oznaczało to konieczność przyjęcia mniej korzystnych dla wykonawcy założeń, eksponując też na ryzyko niedotrzymania terminów umownych i tym samym na ryzyko naliczenia kar umownych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że naruszenie zasady równego traktowania wykonawców widoczne jest również w przypadku odmiennego stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec różnych wykonawców. Przykładowo, oferta wykonawcy Polimex Energetyka sp. z o.o. została odrzucona między innymi z uwagi na nieprawidłowy sposób wypełnienia Harmonogramu Rzeczowo- Finansowego

Odwołujący podniósł, że szkolenie składa się z części teoretycznej i praktycznej. Zgodnie z pkt 3.7 Załącznika 1K do PFU pt. „Szkolenia" szkolenia teoretyczne powinny się rozpocząć najpóźniej na 60 dni przed rozruchem instalacji SCR, natomiast szkolenie praktyczne i eksploatacyjne będzie odbywać się sukcesywnie i zostanie przeprowadzone do czasu zakończenia rozruchu próbnego (pkt 3.8).
Odwołujący zauważył, że w ofercie Wykonawcy Konsorcjum ERBUD termin rozpoczęcia szkolenia w zakresie instalacji na Kotle nr 4 określono na dzień 25 września 2017 r. (pkt 6.1 HR), natomiast termin rozruchu na dzień 30 września 2017 r. (pkt 5.1.2 HR). Tym samym szkolenie rozpocznie się zaledwie 5 dni przed rozpoczęciem rozruchu, a nie 60 dni - jak tego wymagał Zamawiający. Tak określony termin szkolenia w konsekwencji oznacza, że personel elektrociepłowni przystąpi do szkolenia zbyt krótko przed planowanym rozruchem,

a zatem bez wymaganego przygotowania.
Zamawiający nie sprecyzował dokładnych ram czasowych dla każdej z części (teoretycznej i praktycznej), a jedynie wymagał, aby szkolenie teoretyczne rozpoczęło się 60 dni przed rozruchem, zaś szkolenie praktyczne zostało przeprowadzone do końca rozruchu próbnego. Natomiast w przypadku szkoleń w zakresie obu kotłów Konsorcjum nie przewidziało żadnego podziału, lecz wprost wskazało, że całe szkolenie będzie trwało jedynie 5 dni. Oznacza to nie tylko niezgodność ze specyfikacją, zgodnie z którą należało prowadzić szkolenia do czasu zakończenia rozruchu, ale w istocie wiąże się z brakiem możliwości zrealizowania szkolenia praktycznego, które powinno być realizowane właśnie w trakcie rozruchu. W ocenie Odwołującego, oferta Wykonawcy ERBUD/YARA nie jest zgodna z wymaganiami SIWZ w zakresie szkolenia personelu Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z pkt 2 tiret trzecie *Uwag dla Wykonawcy* zawartych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym *„Termin zakończenia Etapu Realizacji"* należało podać terminy zakończenia danego etapu, wyrażone w miesiącach. Jednocześnie Zamawiający nie dopuszczał zwiększenia liczby Etapów Realizacji ani dokonywania odbiorów Etapów Realizacji częściej niż raz na miesiąc (pkt 2 przedostatnie tiret). Natomiast Harmonogram Rzeczowo-Finansowy załączony do oferty ERBUD/YARA nie odpowiada tym wymogom. W rubrykach HRF, w których należało te terminy wskazać, Konsorcjum zadeklarowało, że każdy z etapów zostanie zrealizowany *„nie później niż"* po czym następowało wskazanie miesiąca, w którym najpóźniej etap zostanie zrealizowany. Bezpośrednią konsekwencją takiego uzupełnienia HRF jest dopuszczenie możliwości oddania dwóch etapów w jednym miesiącu, co przecież zostało przez Zamawiającego wyraźnie wykluczone. Konsorcjum wskazało jedynie datę końcową, lecz w sposób niezgodny z treścią SIWZ stworzyło sobie możliwość wcześniejszego zrealizowania danego etapu, a pamiętać należy, że wraz z oddaniem etapu następuje zafakturowanie zrealizowanych prac, co w konsekwencji umożliwia wcześniejsze otrzymanie wynagrodzenia niż wymagał i przewidział to Zamawiający. Zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy ERBUD/YARA jest niezgodna z treścią SIWZ, a jej nieodrzucenie prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.
Co więcej, również w tym przypadku nie sposób mówić o omyłce w uzupełnieniu HRF, bowiem korespondujące z nim pozycje w HR również są podane jako okresy, a nie konkretne terminy.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca ERBUD/YARA nie wykazał należycie braku podstaw wykluczenia z Postępowania w odniesieniu do konsorcjanta Yara. Jak wskazał, Odwołujący, oświadczenie przedstawione przez Wykonawcę na stronach 75 i 76 oferty nie spełnia

wymagań określonych w §4 ust. 3 Rozporządzenia ws. Dokumentów. Z treści wzmianki

notariusza wynika jedynie, że w jego obecności podpis złożył R.B., który zgodnie z informacjami figurującymi w Rejestrze Spółek Handlowych jest umocowany do reprezentowania YARA, natomiast brakuje wzmianki, że notariusz zapoznał się z treścią oświadczenia R.B.. W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia YARA, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2, 3 i 9 Pzp.

Do niniejszego postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ERBUD S.A., YARA ENVIRONMENTAL TECHNOLOGIES GmbH oraz Wykonawca RAFAKO S.A.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący podniósł, że w jego ocenie Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył ofertę na kwotę ok. 60 mln złotych. Jest to kwota, która przekracza kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia o ok. 8 mln złotych. Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji bez ogłoszenia. W dokumentacji postępowania, w tym w treści SIWZ, brak jest informacji, że Zamawiający przewiduje możliwość zwiększenia przewidzianej kwoty na realizację zamówienia. Oznacza to, że w przypadku, gdy oferta jednego z uczestników zostanie odrzucona, aukcja elektroniczna nie odbędzie się. W takim przypadku (braku aukcji elektronicznej w niniejszym postępowaniu) Odwołujący nie będzie miał możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym, w ocenie Przystępującego, Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanki niezbędnej do wykazania posiadania interesu we wniesieniu odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Niniejsze odwołanie dotyczy poprawności czynności Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert. Decyzja Zamawiającego o ewentualnym zwiększeniu kwoty na realizację

zamówienia może zapaść dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jest to suwerenna decyzja Zamawiającego, podejmowana w oparciu o wewnętrzną dokumentację, niezależnie od postępowania odwoławczego i jego wyników.
Ponadto, w ocenie Izby, pojęcie interesu we wniesieniu odwołania należy rozumieć szeroko. Gdyby w niniejszym przypadku kwestię interesu we wniesieniu odwołania rozumieć tak, jak wskazuje Przystępujący, Odwołujący w ogóle nie miałby możliwości kwestionowania decyzji Zamawiającego i kwestionowania błędów zawartych w ofercie konkurencyjnej.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, co następuje:

Wykonawcy byli zobowiązani wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowień § 3 ust. 1 pkt 1 i § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, Przystępujący złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia. Ponadto złożył wyciąg z rejestru Sądu Handlowego dla Konsorcjanta Przystępującego – firmy YARA Environmental Technologies GmbH z dnia 11.05.2016 r. wraz z tłumaczeniem - strona 68-72 oferty. Przystępujący wyjaśnił, że międzynarodowy system e-CERTIS jednoznacznie wskazuje, iż właściwym dokumentem, w którym odnotowuje się ewentualne informacje o upadłości lub likwidacji spółek mających siedzibę w Austrii, jest wyciąg z rejestru przedsiębiorców, czyli dokument złożony przez Przystępującego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, co do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono. W przypadku, gdy wykonawca ma siedzibę poza

terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zobowiązany jest złożyć dokument wystawiony w kraju jego siedziby i odpowiadający dokumentowi polskiemu, zaświadczający, iż wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Jak wyjaśnił Przystępujący, dokument przez niego złożony stanowi odpowiednik polskiego dokumentu z Krajowego Rejestru Sądowego. Jest to dokument nazwany „Firmenbuch Auszug mit aktuellen Daten", tj. „wyciąg z rejestru przedsiębiorców". Wobec czego przepisy prawa austriackiego zakładają także (podobnie jak przepisy polskie) obowiązki dotyczące podania informacji o otwarciu postępowania upadłościowego do rejestru handlowego. Podobnie nakazują one podanie informacji o braku możliwości otwarcia postępowania upadłościowego ze względu na brak majątku, koniecznego do pokrycia kosztów takiego postępowania. Fakt otwarcia postępowania likwidacyjnego umieszcza się w takim dokumencie dopiero po zaistnieniu takich sytuacji przez dodanie tzw. „formuły o likwidacji".

Oznacza to, że to na podstawie odpisu z rejestru handlowego można uzyskać informacje, czy wobec danej spółki w momencie uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie toczyło się żadne postępowanie likwidacyjne ani upadłościowe.

Izba dała wiarę takim wyjaśnieniom Przystępującego. W szczególności z tego względu, iż Odwołujący nie przedstawił żadnej informacji, ani dowodu, z którego wynikałoby, że regulacje prawa austriackiego w zakresie prowadzenia rejestru przedsiębiorców i danych ujawnianych w tym rejestrze są na tyle odmienne od uregulowań zawartych w prawie polskim, że fakt otwarcia likwidacji lub ogłoszenia upadłości danego podmiotu, nie jest w austriackim rejestrze przedsiębiorców (Firmenbuch) w żaden sposób odnotowywany. Tym samym więc Odwołujący nie wykazał, że pomimo braku wzmianki w złożonym przez Przystępującego wypisie z austriackiego rejestru przedsiębiorców może zdarzyć się, że postępowanie likwidacyjne lub upadłościowe w odniesieniu do tego podmiotu jednak się toczy.

Nadto Przystępujący przedstawił zaświadczenie z Sądu Handlowego w Wiedniu z dnia 25.03.2016 r. (strona 73-74) potwierdzające, że obecnie nie toczą się żadne postępowania upadłościowe w Sądzie Handlowym w Wiedniu w odniesieniu do konsorcjanta YARA Environmental Technologies GmbH, co uwzględnia również postępowanie likwidacyjne. Przystępujący przedstawił dodatkowo oświadczenie konsorcjanta YARA Environmental Technologies GmbH na potwierdzenie powyższych okoliczności. Oświadczenie to jest jedynie dokumentem pomocniczym, a tym samym (wobec wykazania braku podstaw do wykluczenia oryginalnymi urzędowymi dokumentami) forma tego dokumentu pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem Izby nie było żadnych podstaw do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie.

Odwołujący w ocenie Izby nie podniósł zarzutów w zakresie konieczności wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na brak złożenia dokumentów dotyczących niekaralności, potwierdzających brak zaległości z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne czy zaległości podatkowe. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych. Ogólne wskazanie przepisów prawa nie stanowi redakcji zarzutu. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, są bowiem pozbawieni możliwości przedstawienia argumentacji czy polemiki z przedstawionymi okolicznościami faktycznymi. Dlatego też jedynie na marginesie Izba wskazuje, że Przystępujący przedstawił w ofercie zaświadczenie z Urzędu Skarbowego w Wiedniu z dnia 20.06.2016 r. wraz z tłumaczeniem (strona 80-81 oferty), potwierdzające brak roszczeń z tytułu zaległości podatkowych

konsorcjanta YARA Environmental Technologies GmbH. Nadto złożył zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami z Wiedeńskiej Terenowej Kasy Chorych z dnia 21.06.2016 r. wraz z tłumaczeniem (strona 86-88 oferty), potwierdzające brak zaległości z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne. Złożył także zaświadczenie z Prokuratury Generalnej ds. Zwalczania Przestępstw Gospodarczych i Korupcji z dnia 31.03.2016 r. wraz z tłumaczeniem (strona 99-100 oferty) potwierdzające, że firma YARA Environmental Technologies GmbH

nie figuruje w rejestrze skazanych.

Ponownie Izba zauważa, że złożenie dodatkowo własnej deklaracji przed notariuszem na potwierdzenie powyższego stanowi jedynie dokument pomocniczy, którego forma pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem Izby nie było żadnych podstaw do prowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym zakresie. Zgodnie z treścią Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wykonawca mający siedzibę poza miejscem zamieszkania przedkłada dokumenty i zaświadczenia z odpowiednich urzędów w swoim kraju i Wykonawca takie przedłożył.

Tym samym Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Przystępujący przedstawił w ofercie dokument pn. „Harmonogram Realizacji". Dokument ten zawiera okresy realizacji Dostaw, Usług i Robót Budowlanych, odniesione do poszczególnych świadczeń wchodzących w skład Przedmiotu Umowy, uwzględnia komisyjne odbiory (częściowe i końcowy). Określa terminy „od-do", w których wykonawca oświadcza, że będą zrealizowane prace. Termin końcowy realizacji pracy nie oznacza jednak, że prace nie mogą zostać ukończone wcześniej, niż w ostatniej dacie czasookresu. W świetle powyższego, nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący w swojej ofercie zadeklarował uzyskanie pozwolenia na budowę w dniu 15 marca 2017 r. Przystępujący w swojej ofercie przewidział, że ww. czynności zostaną wykonane w danym okresie (zawierającym się pomiędzy wartością podaną w kolumnie: „Rozpoczęcie" – 15 września 2016 r., a kolumną „Zakończenie"15 marca 2017 r.), a nie w dacie konkretnego dnia.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że roboty budowlane należy prowadzić na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę. W ocenie Izby, nie można jednoznacznie stwierdzić, że roboty rozpoczną się bez uzyskania takiego pozwolenia. Jak wskazano powyżej, w harmonogramie przedstawiono określone okresy czasu, w jakich Wykonawca zamierza realizować prace, czy uzyskać pozwolenie. Tylko bezpośrednia i jednoznaczna niezgodność z treścią SIWZ może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. W ocenie Izby, takiej niezgodności nie można stwierdzić w ofercie Przystępującego.

W konsekwencji, nie można także uznać za prawidłowe twierdzenie Odwołującego, że: „Konsorcjum zamierza rozpocząć pracę w dniu 16 stycznia 2017 r., pozwolenie na budowę uzyskać dopiero w dniu 15 marca, a zadanie zakończyć w dniu 31 marca, to pozostaje uznać, że na rzeczywiste prace budowlane wykonawca przeznaczył zaledwie 16 dni, co jest obiektywnie niewykonalne i w istocie stanowi zobowiązanie do świadczenia niemożliwego (...)" Przystępujący wyjaśnił, że zobowiązał się wykonywać poszczególne zadania w okresach zgodnych z treścią SIWZ, tj. w czasookresach wykonania poszczególnych etapów robót, a nie w dniach podanych datą kalendarzową. Powyższe dotyczy także zadań z pkt: 4.2.2, 4.2.4, 4.2.61 harmonogramu realizacji. Jak powyżej zaznaczono, w harmonogramie przedstawiono określone okresy czasu, w jakich Wykonawca zamierza realizować prace, nie zaś jednoznaczne daty. Powyższe oznacza, że wszelkie prace mogą zostać ukończone wcześniej. A to z kolei oznacza, że wykonawca może dysponować znacznie dłuższym okresem czasu niż 16 dni na zakończenie prac budowlanych polegających na fundamentowaniu budynku. Istotne jest także, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że prace wskazane w pozycji 24) 4.2.6.1 fundamenty budynku nie mogą zostać ukończone w ciągu 16 dni. Jedynie jednoznaczna niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ może stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Takiej niezgodności nie można stwierdzić.

Izba podziela stanowisko, że dokumenty harmonogramu realizacji i harmonogramu rzeczowo – finansowego służą Zamawiającemu do uzyskania poglądu co do organizacji robót w okresie ich wykonywania oraz przepływów finansowych. Zamawiający poczynił określone założenia co do czasokresów, w których dane prace mają być wykonywane. Przystępujący złożył ofertę, w której dane etapy prac będą wykonywane w zakreślonych okresach, a zatem nie sposób zarzucić jej niezgodności z treścią SIWZ, czy wyciągać wniosków z faktu pokrywania się niektórych czasookresów wykonywania danych robót w harmonogramie realizacji, czy harmonogramie rzeczowo - finansowym.

Izba podziela także stanowisko, że nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym: „nawet gdyby założyć, że dopuszczalne było wskazanie okresów, zamiast terminów, to Zamawiający powinien przyjąć za wiążące termin przypadający na koniec okresu przypisanego do danego zadania. Nie ma bowiem przesłanek do uznania, że dany etap zostanie zrealizowany wcześniej". Przystępujący przyjął podane w harmonogramie realizacji czasookresy dla poszczególnych zakresów prac i robót i zadeklarował wykonanie ich w zakreślonych ramach czasowych. Nie można także przyjąć, że Wykonawca wykona prace w ostatnim dniu danego czasokresu. Wnioski takie nie wynikają z treści oferty Przystępującego. Trafnie zauważył Przystępujący, że harmonogram realizacji i

harmonogram rzeczowo - finansowy służą wykonaniu zadania inwestycyjnego, które ze swej istoty jest procesem skomplikowanym i zmiennym.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, aby w treści SIWZ przewidziano rozróżnienie na szkolenia teoretyczne i praktyczne. W treści SIWZ przewidziano natomiast szereg różnych szkoleń, które mają różny charakter (np. szkolenia służb o profilu elektrycznym i AKPiA, szkolenie personelu dozoru, eksploatacyjnego, operatorów i dyżurnych inżynierów, szkolenie inżynierów systemu) SIWZ nie zakładała także obowiązku podania w Harmonogramie Rzeczowym czasookresów wykonywania wszystkich szkoleń wskazanych w pkt 5.2 - 5.8 załącznika nr 1K do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, a jedynie wskazywała ogólnie na obowiązek ujęcia szkoleń w harmonogramie realizacji, ale bez doprecyzowania, o które szkolenia konkretnie chodzi.

Odwołujący nie zaprzeczył, że w jego ofercie nie podano w harmonogramie realizacji okresów wykonywania wszystkich opisanych wyżej szkoleń z pkt 5.2 - 5.8 załącznika nr 1K do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, a jedynie wskazano niektóre z nich. Pozostałe szkolenia, w tym teoretyczne i praktyczne, nie zostały przez Odwołującego wyszczególnione, co nie oznacza, że można w sposób uprawniony twierdzić, że w ogólne nie przewidziano ich przeprowadzenia.
Przystępujący w swojej ofercie nie opisał szczegółowo wszystkich szkoleń, a jedynie ogólnie wskazał - zgodnie z wymaganiami SIWZ, że przewiduje szkolenia.
Bezsporne jest, że zasady sporządzania HR określono w PFU na stronie 31. Wymogiem było zawarcie w HR informacji o szkoleniach: „Szkolenie personelu Zamawiającego". Przystępujący zawarł takie szkolenie w swoim harmonogramie. Nadto, wobec braku rozróżnienia w SIWZ szkoleń na teoretyczne i praktyczne, nie można mówić o konieczności rozróżnienia takich szkoleń w harmonogramie. W świetle powyższego, nie można uznać za uzasadniony zarzut Odwołującego co do niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że: w § 11 wzoru umowy („WARUNKI PŁATNOŚCI, ZALICZKA") zawarto następujące postanowienia:
„1. Strony uzgadniają, że Wynagrodzenie będzie płatne w ratach określonych zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym, stanowiącym Załącznik nr 3 do Umowy.
2. Rozliczenie realizacji Umowy będzie się odbywało fakturami częściowymi i fakturą wystawionymi przez Wykonawcę po zrealizowaniu zakresu prac końcową, wyszczególnionego w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym dla danego Etapu

Realizacji.
3. Podstawą wystawienia każdej faktury, z wyjątkiem faktury na zaliczkę, będzie podpisany przez przedstawicieli obu Stron protokół odbioru robót, potwierdzający zrealizowanie przez Wykonawcę Etapu Realizacji, opisanego w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym."
W załączniku nr 3 do projektu umowy zawarto postanowienie dotyczące harmonogramu rzeczowo – finansowego: „(…) opracowany z zastosowaniem wzoru tabeli, z uzupełnionymi kolumnami oraz wierszami, przy czym Wykonawca ograniczy edycję do uzupełnienia komórek zaznaczonych kolorem zielonym. Zamawiający nie dopuszcza

zwiększenia ilości Etapów Realizacji oraz dokonywania odbiorów Etapów Realizacji częściej niż raz na miesiąc. Zamawiający dopuszcza zmniejszenie ilości Etapów Realizacji przy czym Wykonawca dokona tego z zachowaniem wszystkich funkcjonalności wzoru Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Zamawiający informuje, że zakres rzeczowy wyspecyfikowany w kolumnie B ma charakter informacyjny i dopuszcza jego edycję przez Wykonawcę za wyjątkiem elementów przedstawionych w pozycjach dotyczących "Prac związanych z nadzorem i rozruchem instalacji" (katalog zamknięty).”

W świetle powyższego należało uznać, że harmonogram rzeczowo – finansowy służyć miał ustaleniu zasad dokonywania przepływów finansowych w okresie wykonywania przyszłego zamówienia publicznego. W ocenie Izby, nie można stwierdzić, aby Przystępujący miał naruszyć zakaz zwiększenia ilości Etapów Realizacji albo oczekiwać dokonywania odbiorów Etapów Realizacji częściej niż raz na miesiąc. Przystępujący przyjął analogiczną jak Zamawiający metodologię wypełniania poszczególnych pól harmonogramu rzeczowo - finansowego w projekcie harmonogramu rzeczowo - finansowego.

Przystępujący w złożonej ofercie wskazał czasokresy. W projekcie harmonogramu rzeczowo – finansowego (stanowiącym załącznik do SIWZ) dla etapów 4 i 5 podano, że okres ich wykonywania ma wynosić: „nie później niż 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy”. Podobną metodologię opisywania czasookresów wykonywania poszczególnych etapów przyjął Przystępujący, dlatego też w ocenie Izby nie zostały naruszone postanowienia SIWZ co do zasad sporządzania harmonogramu rzeczowo – finansowego w tym zakresie. Odwołujący nie wykazał także, aby Przystępujący założył fakturowanie dwa razy w danym miesiącu. Nie jest to także możliwe z uwagi na wiążące wszystkich wykonawców postanowienia wzoru umowy.

W świetle powyższego należało uznać, że Przystępujący nie naruszył postanowień SIWZ. Tym samym Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……