Sygn. akt: KIO 1847/16

WYROK
z dnia 18 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2016 r. przez wykonawcę **P.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TENEO P.G., ul. Trylogii 2/16, 01-982 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Muzyczny Fryderyka Chopina, ul. Okólnik 2, 00-368 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "Markbud" M.K. Budownictwo Ogólne, ul. Marii Kazimiery 23g, 01-641 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **P.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TENEO P.G., ul. Trylogii 2/16, 01-982 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TENEO P.G., ul. Trylogii 2/16, 01-982 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **P.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TENEO P.G., ul. Trylogii 2/16, 01-982 Warszawa** na rzecz **Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina, ul. Okólnik 2, 00-368 Warszawa** kwotę **3 600 zł**

---

00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1847/16

Uzasadnienie

Uniwersytet Muzyczny Fryderyka Chopina, ul. Okólnik 2, 00-368 Warszawa (dalej: „Zamawiający"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej: "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczące wykonania robót budowlanych w zakresie naprawy stropu nad piwnicą w Oficynie zespołu budynków ds. Dziekanka w Warszawie, ul. Krakowskie Przedmieście 58/60 w celu zapewnienia bezpieczeństwa użytkowania sali koncertowej.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach

wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 sierpnia 2016 r. pod nr 304116.

W dniu 27 września 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców - w tym wykonawcę P.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TENEO P.G., ul. Trylogii 2/16, 01-982 Warszawa (dalej: „Odwołujący" lub „TENEO") - o wyniku postępowania, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy M.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "Markbud" M.K. Budownictwo Ogólne, ul. Marii Kazimiery 23g, 01-641 Warszawa (dalej: „Przystępujący" lub „Markbud") .

W dniu 3 października 2016 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucał Zamawiającemu wadliwe dokonanie czynności, polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja"), podczas gdy oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu,
2. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Markbud ,
3. w konsekwencji zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią siwz i odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie,
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Markud, podczas gdy za najkorzystniejszą należało uznać ofertę złożoną przez Odwołującego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
o unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

o unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27.09.2016 r.,

o powtórzenia czynności oceny ofert spośród ofert niepodlegających

odrzuceniu,
o dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że w dniu 27 września 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, jako podstawę prawną podając art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie dołączył do złożonej przez siebie oferty harmonogramu wykonania zamówienia, o którym mowa w § 10 ust. 18 lit. c) siwz.

Zdaniem wykonawcy TENEO decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty została podjęta z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż niezłożenie przez Odwołującego wraz z ofertą harmonogramu wykonania zamówienia, o którym mowa w § 10 ust. 18 lit. c) siwz nie skutkuje zgodnie z tym przepisem i treścią siwz odrzuceniem oferty Odwołującego. Pamiętać bowiem należy, iż brak wskazanego w siwz harmonogramu musi być rozpatrywany w świetle konkretnych postanowień specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu. („Każdy stan faktyczny dotyczący harmonogramu rzeczowo- finansowego należy analizować odrębnie, badając jaka jest rola harmonogramu w świetle postanowień SIWZ" - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3.09.2015 r., KIO 1835/15). Niezgodnym z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest automatyczne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, ponieważ wymagane jest stwierdzenie czy złożonemu harmonogramowi Zamawiający nadał istotne znaczenie umowne. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie pochylił się tymczasem nad analizą tego znaczenia, a dokonał automatycznego odrzucenia

oferty Odwołującego, bazując jedynie na formalnym postawionym przez siebie wymogu. Tymczasem Zamawiający ze złożeniem z ofertą harmonogramu, o którym mowa § 10 ust. 18 lit. c) siwz, nie wiąże w siwz żadnych konsekwencji prawnych, w tym ani w zakresie

przebiegu postępowania, ani w zakresie realizacji umowy. Tymczasem odrzuceniu podlega jedynie oferta, która jest niezgodna z merytoryczną treścią specyfikacji.

Zdaniem Odwołującego wymóg dotyczący harmonogramu jest czysto formalny, a oferta Odwołującego zapewnia realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie z merytorycznymi wymaganiami Zamawiającego, czego de facto Zamawiający nie kwestionuje. Brak harmonogramu złożonego wraz z ofertą - w odniesieniu do postanowień siwz dotyczących kryteriów oceny ofert oraz braku faktycznego znaczenia harmonogramu - nie może być rozpatrywany jako istotna treść oferty. Z jego złożeniem nie wiążą się żadne konsekwencje w zakresie postanowień siwz, w tym umownych. Odwołujący podkreślał, że jego oferta jest zgodna z siwz co do zakresu, ilości, sposobu, jakości, warunków realizacji, terminu końcowego realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Następnie wykonawca TENEO odwoływał się do orzecznictwa Izby wskazując, że przykładowo zgodnie z wyrokiem KIO z 05.05.2016 r., KIO 585/16; KIO 593/16: „Ustalenie, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji musi wynikać z faktu, że oferta nie zapewnia realizacji przedmiotu zamówienia w całości - zgodnie z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia jego uzasadnionych określonych w specyfikacji potrzeb.”

W wyroku KIO z dnia 17.05.2016 r., KIO 726/16 Izba stwierdziła, iż: „Oferta może zostać uznana za niezgodną z SIWZ przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia łub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu. ”

Kolejno w wyroku z dnia 25.03.2016 r., KIO 384/16 KIO wskazuje, iż: „Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 p.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego”.

Wyrok KIO z 03.02.2016 r., KIO 65/16: „Treść oferty to zobowiązanie wykonawcy wykonania zamówienia w jego istotnej merytorycznej warstwie, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, stanowiącymi treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia."

Wyrok KIO z 27.01.2016 r., KIO 60/16: „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z

zastrzeżeniem art. 87 p.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. ”

W wyroku KIO z 29.04.2014, KIO 693/14; KIO 694/14 wskazano: „Ustawa z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zobowiązuje zamawiających zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. do odrzucenia oferty, o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy zamawiający ma

możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. ''

Następnie odnosząc się do poszczególnych postanowień siwz Odwołujący wskazywał na treść § 10 ust. 1 pkt 1 i ust. 18 lit. a) i c) oraz § 4 i § 13 ust. 1 siwz, a także § 2 ust. 1 i 2, § 3 ust. 1 załącznika nr 5 do siwz „ Wzór umowy.''

W § 4 „Termin wykonania zamówienia"' wskazano, iż:
„Wymagany termin zakończenia realizacji zamówienia — nie później niż do dnia 15.12.2016 r. Termin wykonania zamówienia jest jednym z kryteriów oceny ofert. ”

W § 3 ust. 1 „Terminy realizacji” załącznika nr 5 do siwz „Wzór umowy”, wskazano iż:
„1. Wykonawca zrealizuje przedmiot Umowy w terminie do dnia 2016 roku, zgodnie ze złożoną ofertą.'"

Treść § 13 „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” ust. 1 brzmi:
„1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierować się następującymi kryteriami i ich znaczeniem oraz w następujący sposób będzie oceniać oferty w poszczególnych kryteriach: Kryterium I- Cena - 60 pkt.,
Kryterium II- Termin wykonania zamówienia -30 pkt..
Kryterium III— Gwarancja —10pkt. ”
Zgodnie z § 10 „Opis sposobu przygotowywania ofert"' ust. 1 pkt 1: „1. Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

1) wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do S1WZ, zawierający w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SIWZ i wzoru umowy bez zastrzeżeń, a także informację którą część zamówienia Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy; ”

Zgodnie z treścią § 10 ust. 18 lit. a) i c) siwz:
18. W ofercie Wykonawca poda: ryczałtową cenę brutto oferty za wykonanie całości zamówienia, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności jego realizacji. W ofercie Wykonawca poda również:
a. termin realizacji zamówienia jako wskazanie jednej z dat:
- do dnia 30.11.2016 r.
- do dnia 01.12.2016 r.
- do dnia 02.12.2016 r.
- do dnia 05.12.2016 r.
- do dnia 06.12.2016 r.
- do dnia 07.12.2016 r.
- do dnia 08.12.2016 r.
- do dnia 09.12.2016 r.
- do dnia 12.12.2016 r.
- do dnia 13.12.2016 r.
- do dnia 14.12.2016 r.
- do dnia 15.12.2016 r.
W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie terminu wykonania zamówienia lub wskaże datę inną niż wskazane powyżej lub późniejszą niż 15.12.2016 r., uznaje sie, iż wykona on zamówienie w terminie do dnia 15.12.2016 r. i w takim przypadku oferta Wykonawcy otrzyma 0 pkt. w przedmiotowym kryterium. W przypadku, gdy Wykonawca wskaże datę wcześniejszą niż 30.11.2016 r., przyjmuje się, że wykona on zamówienie w terminie określonym w ofercie, jednakże w kryterium terminu wykonania zamówienia otrzyma on maksymalną liczbę 30 pkt. Data zawarcia umowy pozostaje bez wpływu na ostateczny zawarty przez Wykonawcę w ofercie termin zakończenia realizacji zamówienia.

c. Szczegółowy - wstępny - harmonogram wykonania zamówienia i wszystkich prac towarzyszących - zawierający szczegółowy opis terminów realizacji poszczególnych

elementów zamówienia wyrażony w kolejnych dniach kalendarzowych przewidzianych na

realizację zadania od dnia zawarcia umowy na realizację przedmiotu zamówienia do dnia zakończenia realizacji umowy przy założeniu realizacji robót od dnia 15.10.2016 r. do terminu wskazanego w ofercie (patrz lit. a powyżej). ”

Odwołujący podnosił, że zgodnie z cytowanymi wyżej postanowieniami siwz należało podać w ofercie - formularzu ofertowym (vide pkt 1.2. tego formularza) termin końcowy realizacji przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie określonej daty. Termin końcowy realizacji przedmiotu zamówienia był jednym z kryteriów oceny ofert, natomiast w kryteriach nie były oceniane żadne terminy pośrednie, wobec czego brak złożenia harmonogramu wraz z ofertą nie skutkował brakiem możliwości przyznania punktacji w kryterium oceny ofert. Podkreślić należy, iż Wykonawca wskazał w ofercie oferowany przez siebie termin końcowy (pkt 1.2. formularza ofertowego), wskazując iż „Zamówienie zobowiązujemy się zrealizować w terminie nie dłuższym niż do dnia 30.11.2016’. W wyniku zaoferowania wskazanego terminu końcowego, wskazanego w § 10 ust. 18 lit. i c) siwz, Odwołujący sprostał wymogowi siwz, a jednocześnie powinien był otrzymać maksymalną ilość punktów w kryterium „Termin wykonania zamówienia

Zdaniem TENEO dodać należy, iż zgodnie z § 10 ust. 18 lit. i c) siwz wskazanie jakiegokolwiek terminu końcowego (wskazanie daty innej niż wskazane w tym paragrafie lub późniejszej niż 15.12.2016 r.) nie skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z siwz, gdyż wtedy Zamawiający przyjmuje, że wykonawca wykona on zamówienie w terminie do dnia 15.12.2016 r. Oznacza to, że wskazanie nawet terminu końcowego realizacji nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia wymagań zamawiającego. W związku z tym niezłożenie harmonogramu przez Odwołującego nie może być uważane za jakąkolwiek sprzeczność treści oferty z wymaganiami treści siwz.

Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający nie dołączył do siwz wzorca harmonogramu, wymaganego zgodnie z treścią § 10 ust. 18 lit. c) siwz. Nie określił zatem opisu i kategorii poszczególnych robót oraz węzłowych czasookresów, a także stopnia szczegółowości poszczególnych pozycji. W tym zakresie pełną dowolność pozostawił wykonawcom, co jednocześnie oznacza że treść harmonogramu nie mogła podlegać żadnej ocenie Zamawiającego. Oceny tej nie mógł dokonywać ani w zakresie stopnia szczegółowości harmonogramu (bo jej nie określił), ani terminu początkowego wskazanego w harmonogramie, którym miało być zawarcie umowy (ponieważ nie wiadomo kiedy miałaby ona być faktycznie zawarta), ani też w zakresie terminu końcowego, (skoro - jak wskazano - nawet niepodanie w ofercie żadnego terminu końcowego czy podanie innego niż wskazany przez zamawiającego nie skutkuje odrzuceniem oferty).

W opinii Odwołującego dość należy, iż o niewiążącym (orientacyjnym, pomocniczym) charakterze harmonogramu składanego wraz z ofertą oraz o tym że może podlegać

zmianom na życzenie Zamawiającego przed zawarciem umowy i w jej trakcie, w tym z uwagi na bieżącą działalność i potrzeby Zamawiającego, świadczy nadanie mu charakteru „wstępnego” harmonogramu (vide §10 ust. 18 lit. c) siwz) oraz następujące postanowienia Załącznika nr 5 do SIWZ „Wzór Umowy”:

- § 2 ust. 1 i 3 „Wzoru Umowy” stanowi, iż:

1. Przed podpisaniem Umowy złożony przez Wykonawcę wraz z ofertą harmonogram zostanie uzupełniony o wskazówki Zamawiającego (o ile takie będą niezbędne), który stanowić będzie harmonogram rzeczowy realizacji zamówienia (dalej „Harmonogram rzeczowy”).

2. Harmonogram o którym mowa w ust. 1 może być modyfikowany za zgoda Zamawiającego w trakcie realizacji Umowy w zakresie zmian dotyczących pośrednich terminów realizacji poszczególnych części Umowy, z tym zastrzeżeniem, że nie mogą one dotyczyć terminu wskazanego w § 3 ust. 1.

3. Wykonawca przyjmuje do wiadomości, iż istnieje konieczność każdorazowego uzgadniania realizacji poszczególnych prac z Zamawiającym i uwzględnienie muzycznego charakteru Uczelni oraz faktu realizacji zamówienia w cały czas czynnym i funkcjonującym

obiekcie Wyższej Uczelni Muzycznej.

- § 8 ust. 14 „Wzoru Umowy" stanowi, iż:

14. „Wykonawca zobowiązuje również do każdorazowego, uprzedniego ustalenia z Zamawiającym terminu wykonywania prac głośnych".

Ponadto również uregulowania § 9 „Odbiór prac budowlanych" Załącznika nr 5 do siwz „Wzór Umowy" w żaden sposób nie wskazują, że odbiory częściowe maja się odbywać w terminach wynikających z harmonogramu. W § 9 ust. 4 wskazano jedynie, że „Odbiór częściowy robót zanikających i ulegających zakryciu będzie każdorazowo potwierdzony protokołem odbioru częściowego. " W tym zakresie obowiązują zatem ogólne uregulowania Kodeksu cywilnego, zgodnie z którymi Zamawiający ma obowiązek odbioru robót zakończonych zgłoszonych do odbioru.

Z przekroczeniem terminów pośrednich wskazanych w Harmonogramie postanowienia §12 „Kary umowne" Załącznika nr 5 do siwz „Wzór Umowy" nie wiążą również żadnych konsekwencji w postaci nałożenia kar umownych. Kara umowna została natomiast zastrzeżona za niedochowanie terminu końcowego (§12 ust. 1 lit. a) Załącznika nr 5 do SIWZ „Wzór Umowy").

W dalszej kolejności Odwołujący podkreślał, iż Harmonogram jest jedynie harmonogramem rzeczowym (§10 ust. 18 lit. c) siwz, § 2 ust. 1 i 3 „Wzoru Umowy"), a nie finansowym i jako taki nie zawiera żadnych odniesień do fakturowania czy finansowania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 4 i 5 Załącznika nr 5 do siwz „Wzór Umowy" umowa ma być rozliczona w całości wynagrodzeniem ryczałtowym jedną fakturą końcową po odbiorze przedmiotu zamówienia. Treść § 4 ust. 1 „Wynagrodzenie" Załącznika nr 5 do siwz „Wzór Umowy" wskazuje, że „Wykonawca wykona niniejszą Umowę za ryczałtowe wynagrodzenie netto w wysokości (...), które będzie płatne jednorazowo po wykonaniu wszystkich prac będących przedmiotem Umowy", a treść § 5 ust. 2, że „Podstawą zaakceptowania faktury przez Zamawiającego będzie przekazanie podpisanego protokołu odbioru końcowego (...)".

Zgodnie z wyrokiem KIO z 27.03.2014 r.„ KIO 478/14:

„O pomocniczym charakterze harmonogramu prac świadczy również to, że z treści projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, wynika, że termin wykonania zadania może zostać zmieniony, jak i to, że nie przewidziano kar umownych za dotrzymanie poszczególnych etapów prac, a jedynie za przekroczenie terminu końcowego zamówienia ".

W wyroku KIO z dn. 28.02.2014 r., KIO 267/14 Izba wskazała, że:

„Postanowienia wstępnego harmonogramu rzeczowo-finansowego nie stanowią treści oferty i nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Możliwość zmiany harmonogramu po zawarciu umowy z danym wykonawcą oznacza, iż harmonogram ten nie stanowi w istocie treści oferty i nie może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. "

Wyrok KIO z 11.03.2013 r., KIO 415/13:

„Skoro harmonogram rzeczowo-finansowy jest 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 z SIWZ, w konsekwencji odrzucając ofertę z postępowania. "

Odwołujący podsumowując twierdził, że harmonogram wskazany przez Zamawiającego nie dotyczy kryterium oceny ofert, nie ma znaczenia w zakresie realizacji umowy: nie ma żadnego przełożenia na płatności/fakturowanie czy finansowanie umowy przez Zamawiającego, a także na nakładanie kar umownych, gdyż wykonawca odpowiada z tytułu kar umownych jedynie za niedochowanie terminu końcowego (podanego przez Odwołującego w formularzu ofertowym). Zamawiający zatem nie udowodnił, co dodatkowo

potwierdza odwołanie, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego - jako bowiem wskazuje KIO w wyroku z dn. 02.11.2015 r., KIO 2255/15: „Odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ możliwe jest po ustaleniu, że bez wątpienia taka okoliczność zachodzi, przy czym jest to obowiązek obciążający zamawiającego, nie zaś Izbę. Postępowanie odwoławcze służy kontroli prawidłowości podejmowanych przez zamawiającego decyzji, nie zaś zastępowaniu go w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego".

W dniu 7 października 2016 r. do Izby, ze strony Markbud wpłynęło pismo, zawierające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Z ustaleń Izby wynika, że w omawianej sprawie stan faktyczny sprawy zreferowany powyżej jest między stronami właściwie bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 2 lutego 2015 r. sygn. akt. KIO 103/15, w który stwierdzono: *„ (…) Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawienia oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ".*

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcia wymaga kwestia, czy treść oferty TENEO spełnia wymagania Zamawiającego, opisane w specyfikacji w zakresie wymogu zawartego w siwz w § 10 ust. 18 lit. a) i c) siwz, tj. złożenia wraz z ofertą szczegółowego wstępnego harmonogramu wykonania zamówienia i wszystkich prac towarzyszących ? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Izba zgadza się z Odwołującym oraz orzecznictwem Izby przywołanym przez niego w treści odwołania, z którego wynika, że każdy stan faktyczny, dotyczący harmonogramu rzeczowo- finansowego należy analizować odrębnie, badając jaka jest rola harmonogramu w świetle postanowień siwz. Izba dokonała takiego badania i w omawianym stanie faktycznym i w związku z brakiem harmonogramu w złożonej przez Odwołującego ofercie stwierdziła niezgodność jego oferty ze treścią siwz w § 10 ust. 18 lit. c) siwz.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający w § 10 ust. 18 lit. c) siwz wprost sformułował wymóg, przedstawienia przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie wraz z ofertą, szczegółowego wstępnego harmonogramu wykonania zamówienia i wszystkich prac towarzyszących.

12

W związku z tym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien był zastosować się do powyższych wymagań Zamawiającego i wraz z ofertą złożyć harmonogramu wykonania zamówienia i wszystkich prac towarzyszących.

Według § 10 ust. 18 lit. a) i c) siwz harmonogram miał być dokumentem, zawierający szczegółowy opis terminów realizacji poszczególnych elementów zamówienia wyrażony w kolejnych dniach kalendarzowych, przewidzianych na realizację zadania od dnia zawarcia umowy na realizację przedmiotu zamówienia do dnia zakończenia realizacji umowy. Nadmienić należy, że na potrzeby sporządzenia harmonogramu Zamawiający, jako termin rozpoczęcia prac, przyjął datę 15.10.2016 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany był złożyć harmonogram w ściśle określonym kształcie, tj. opisać terminy realizacji poszczególnych elementów zamówienia w podziale na poszczególne dni. Bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu jest to, że Zamawiający nie przestawił wzorcowego harmonogramu w formie załącznika do siwz, gdyż jak wskazano powyżej Zamawiający w siwz zawarł szczegółowe wytyczne jak należy sporządzić harmonogram. Jednak podkreślenia wymaga, że opracowanie i przedstawienie harmonogramu pozostaje w gestii wykonawcy, ponieważ to wykonawca ubiegający się o zamówienie posiada najlepszą wiedzę na temat posiadanych zasobów oraz swoich możliwości realizacyjnych, związanych z przedmiotem zamówienia. Tym samym to właśnie na wykonawcy, jako podmiocie w przyszłości realizującym zamówienie, spoczywał obowiązek wskazania w harmonogramie konkretnych terminów realizacji poszczególnych elementów zamówienia.

Opisany powyżej wymóg specyfikacji nabiera szczególnego znaczenia w kontekście wyjaśnień Zamawiającego, który w toku rozprawy wskazywał, że *„dokument harmonogramu i wymogi z nim związane wskazane w siwz są dla Zamawiającego bardzo istotne z uwagi na to,* że *Zamawiający jest uczelnią wyższą o specyficznym charakterze, a prace mają odbywać się w sąsiedztwie sal do* ćwiczeń *muzycznych dla studentów oraz miejsc ich zamieszkania. W związku z tym istotnym jest posiadanie wiedzy na temat terminów realizacji prac w tym obszarze”.*

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na przywoływaną przez Odwołującego treść wzoru umowy, zawartą w załączniku nr 5 do siwz.

13

---

§ 2 załącznika nr 5 do siwz - Wzór Umowy - stanowi, że:

1. Przed podpisaniem Umowy złożony przez Wykonawcę wraz z ofertą harmonogram zostanie uzupełniony o wskazówki Zamawiającego (o ile takie będą niezbędne), który stanowić będzie harmonogram rzeczowy realizacji zamówienia (dalej „Harmonogram rzeczowy”), stanowiący załącznik nr 4 do umowy.
2. Harmonogram o którym mowa w ust. 1 może być modyfikowany za zgoda Zamawiającego w trakcie realizacji Umowy w zakresie zmian dotyczących pośrednich terminów realizacji poszczególnych części Umowy, z tym zastrzeżeniem, że nie mogą one dotyczyć terminu wskazanego w § 3 ust. 1.

3. Wykonawca przyjmuje do wiadomości, iż istnieje konieczność każdorazowego uzgadniania realizacji poszczególnych prac z Zamawiającym i uwzględnienie muzycznego charakteru Uczelni oraz faktu realizacji zamówienia w cały czas czynnym i funkcjonującym obiekcie Wyższej Uczelni Muzycznej.

§ 8 ust. 14 załącznika nr 5 do siwz - Wzór Umowy stanowi, iż:

14. „Wykonawca zobowiązuje również do każdorazowego, uprzedniego ustalenia z Zamawiającym terminu wykonywania prac głośnych".

W kontekście ww. treść załącznika nr 5, stanowiącego wzór do umowy, stwierdzić należy przede wszystkim, że harmonogram jest dokumentem, który nie może być rozpatrywany jedynie w charakterze formalnym, ponieważ w swojej treści miał zawierać merytoryczną treść, odnoszącą się do aspektu rzeczowego realizacji zamówienia, tj. konkretne wskazanie poszczególnych elementów prac z przyporządkowaniem ich realizacji w konkretnej dacie. Potwierdzeniem takiego rozumowania jest nie tylko treść siwz, znajdująca się w § 10 ust. 18 lit. c) ale także postanowienia załącznika nr 5 w § 2 ust. 1, gdzie harmonogram wprost nazwano „Harmonogramem rzeczowym". Wobec tego Izba uznała za nieprawidłowe stanowisko Odwołującego, który opierając się na pojedynczym, wyrwanym z kontekstu, słowie „wstępny" wywodził, że harmonogram jest jedynie dokumentem pomocniczym dla Zamawiającego i jego brak nie może stanowić przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią siwz.

Zaś co możliwości dokonywania w jego treści zmian, które opisano powyżej, to Izba stoi na stanowisku, że ww. postanowienia umowne potwierdzają prawdziwość przytoczonych

wcześniej wyjaśnień, składanych przez Zamawiającego w toku rozprawy, który twierdził, że istotnym dla niego było posiadanie wiedzy o konkretnych terminach poszczególnych prac, realizowanych przez wykonawcę w ramach zamówienia, gdyż prace mają odbywać się w sąsiedztwie sal do ćwiczeń muzycznych dla studentów oraz miejsc ich zamieszkania. Informację w tym zakresie Zamawiający miał właśnie pozyskać z harmonogramu złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą i w przypadku wystąpienia okoliczności, wymagających konieczności zmiany terminów pośrednich Zamawiający w § 2 ust. 1 wzoru umowy przewidział przed podpisaniem umowy możliwość uzupełnienia harmonogramu o wskazówki Zamawiającego (o ile takie będą niezbędne).

Biorąc pod uwagę specyfikę wykonywanych prac przy uwzględnieniu muzycznego charakteru Uczelni jaką jest Zamawiający nie powinno dziwić zawarcie we wzorze umowy postanowień, kładących nacisk na każdorazowe, uprzednie uzgadniania terminów realizacji poszczególnych prac z Zamawiającym, w szczególności tzw. „prac głośnych". Oczywistym jest, że Zamawiający w takiej sytuacji chce mieć wpływ na termin prac realizowanych przez wykonawcę, bowiem mogą one kolidować, a nawet zaburzać sposób funkcjonowania Zamawiającego. Wobec tego za słuszne i właściwe należy uznać działanie Zamawiającego, który chcąc zabezpieczyć własne interesy, już na etapie specyfikacji przewidział potencjalne sytuacje, zagrażające jego prawidłowemu funkcjonowaniu i poprzez postanowienia umowne zagwarantował sobie możliwość ich wyeliminowania. Izba zwraca uwagę, że możliwość dokonywania zmian w harmonogramie nie przesądza o tym, że jest to dokument pomocniczy o znaczeniu formalnym.

W związku z zaprezentowaną powyżej argumentacją Izba uznała stanowisko prezentowane przez Odwołującego, opierające się na tym, że wymóg przedstawienia harmonogramu jest jedynie wymogiem formalnym, za błędne. W świetle opisanych okoliczności Izba uznała harmonogram za dokument istotnym o charakterze merytorycznym, bowiem to właśnie na jego podstawie Zamawiający był w stanie dowiedzieć się w jaki sposób dany wykonawca będzie realizował zamówienie, tj. w jakich datach będzie wykonywał określone elementy zamówienia.

Podsumowując, Izba stwierdziła niezgodność oferty Odwołującego z treścią siwz z § 10 ust. 18 lit. c) siwz z uwagi na nie złożenie z ofertą harmonogramu szczegółowego

wstępnego harmonogramu wykonania zamówienia i wszystkich prac towarzyszących. Tym samym oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W związku z tym nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

15

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……

16