

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2009r.

Sąd Okręgowy w Tarnowie, Wydział V Gospodarczy

w następującym składzie:

Przewodniczący: SSO Andrzej Bosak

Sędziowie: SO Grzegorz Krężolek

SO Barbara Grodkowska (spr.)

Protokolant: st. sekr. Anna Moździerz

po rozpoznaniu w dniu 25 czerwca 2009r. w Tarnowie

na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego Gminy Wierzchosławice

przy udziale Przedsiębiorstwa Wielobranżowego "ELTAR" sp. z o.o. w Tarnowie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 13 maja 2009r. sygn. akt KIO/UZP 549/09

I. zmienia zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie z dnia 13 maja 2009r. sygn. akt KIO/UZP 549/09 i oddala odwołanie Przedsiębiorstwa Wielobranżowego "ELTAR" sp. z o.o w Tarnowie;

II. zasądza od Przedsiębiorstwa Wielobranżowego "ELTAR" sp. z o.o. w Tarnowie na rzecz Gminy Wierzchosławice kwotę 3000 zł tytułem kosztów postępowania za instancję

Sygn. akt V Ga 40/09

UZASADNIENIE

Wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r.

Zamawiający - Gmina Wierzchosławice wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pt. „Wykonanie modernizacji Centrum Kultury Wsi Polskiej

im. Wincentego Witosa w Wierzchosławicach".

Ogłoszenie o powyższym zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.02.2009 r. pod poz. 42904-2009.

Do przetargu zgłosiło się ośmiu oferentów w tym Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oferując wykonanie zamówienia objętego przetargiem za cenę ryczałtową: brutto 4.764.246,40 złotych. Wykonawca ten złożył swoją ofertę wraz z wymaganymi załącznikami w tym harmonogramem rzeczowo - finansowym w którym wypełniono wszystkie pola.

W dniu 27 marca 2009r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U z 2007r. nr 223 poz. 1655 z póź. zm.) (dalej zwanej Ustawą) wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym harmonogramu rzeczowo - finansowego, w którym należało określić zakres (wartość) prac w poszczególnych kwartałach w latach: 2009. 2010. 2011 w wyznaczonych to jest w zakreślonych kolorem polach - zgodnie z wymogami SIWZ.

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eltar Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie uzupełniło dokumenty zgodnie z wezwaniem.

W dniu 02 kwietnia 2009 r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, pochodzącej od Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „MARK” Sp. z o.o. z siedzibą w Brzesku (jako lidera konsorcjum) oraz Firmy Usługowo - Handlowej „STANBUD” Stanisław Pięta z siedzibą w Brzesku (jako partnera konsorcjum) za cenę 4.982.551,88 złotych.

Jako uzasadnienie takiego rozstrzygnięcia podano, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Zdaniem Zamawiającego: "Wykonawca złożył ofertę wraz z załączonym Harmonogramem rzeczowo-finansowym wypełnionym niezgodnie z wymogami SIWZ pkt. 7.3". W piśmie tym Zamawiający uznał także swoje wcześniejsze czynności polegające na wezwaniu do uzupełnienia harmonogramu rzeczowo-finansowego jako niezgodne z SIWZ i ustawą, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego.

Protest dotyczący rozstrzygnięcia postępowania złożyło Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eltar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przesyłając go Zamawiającemu faksem w dniu 7 kwietnia 2009 r. oraz doręczając do jego siedziby w dniu 8 kwietnia 2009 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U z 2007r. nr 223 poz. 1655 z póź. zm.) i żądał unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, oraz czynności oceny i wyboru ofert, a także powtórnego dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej zaś w przypadku nieuwzględnienia w/w żądań unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że skoro w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie uzupełnił dokumenty zgodnie z wezwaniem, w chwili w której Zamawiający dokonywał czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej, oferta Odwołującego była kompletna i zgodna z wymogami SIWZ i nie mogła zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie o czym zawiadomił Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eltar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie w dniu

17 kwietnia 2009 r.

Podtrzymał dotychczasowe stanowisko, iż nie można uznać, że harmonogram rzeczowo-finansowy, który początkowo błędnie wypełniony dołączył do oferty Odwołujący został wypełniony zgodnie z wymogami SIWZ. W konsekwencji Zamawiający uznał, iż Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eltar Sp. z o. o. przedłożył przy ofercie własny harmonogram rzeczowo-finansowy, wg którego wykonanie poszczególnych etapów robót następuje ciągle w okresie 2009-2011 i jest niezgodne z terminami wykonania zakolorowanymi w załączniku do SIWZ.

W dniu 21 kwietnia 2009 r. działając na podstawie art. 184 ustawy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eltar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie wniosło odwołanie od oddalenia protestu przez Zamawiającego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Podtrzymując i powielając argumentację zawartą w proteście zarzuciło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych żądając unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, oraz czynności oceny i wyboru ofert, a także powtórnego dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej zaś w przypadku nieuwzględnienia w/w żądań unieważnienia postępowania.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 12 maja 2009 r. uczestnicy postępowania złożyli dodatkowe wyjaśnienia. Odwołujący wskazał, iż harmonogram rzeczowo - finansowy został wypełniony w całości tzn. wszystkie pola bowiem w art. 7.3 nie było zapisu aby wypełnić „tylko” zakreślone kolorem pola. Rozumowanie Odwołującego, iż należy wypełnić wszystkie pola wynikało również z tego, iż z SIWZ nie wynikało jak Zamawiający będzie płacił za wykonane prace.

Z kolei Zamawiający podał, iż spośród ofert złożonych przez innych oferentów błędnie wypełniony został jedynie harmonogram rzeczowo - finansowy załączony przez Odwołującego, zaś bez prawidłowego jego wypełnienia nie uzyska środków koniecznych na wdrożenie projektu lub w przypadku ich uzyskania straci je. Podał również, iż do wersji poprawionej harmonogramu złożonej 30.03.2009 r. przez Odwołującego nie ma zastrzeżeń.

Wyrokiem z dnia 13 maja 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza

- 1) uwzględniła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
- 2) Kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego - Gminę Wierzchosławice.

W obszernych motywach rozstrzygnięcia KIO wskazała, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, że cena oferty Odwołującego jest najkorzystniejsza, a zgodnie z pkt. 19 SIWZ jedynym kryterium oceny ofert jest cena, co wypełnia dyspozycje w zakresie posiadania interesu prawnego zawarte w art. 179 ust.1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba na podstawie zapisów zawartych w SIWZ uznała, że Zamawiający jako istotny wprowadził wykonawcom wymóg podania kwoty całkowitej wynagrodzenia mającej charakter ceny ryczałtowej oraz zadeklarowania terminu końcowego realizacji zadania, natomiast skutki wynikające z wypełnienia harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego zał. nr 5 do formularza ofertowego nie zostały jednoznacznie opisane w SIWZ. Z zapisu SIWZ nie wynika, że wyodrębnione w harmonogramie etapy inwestycji (zakolorowane pola) oraz wynagrodzenie za te etapy są również istotnym elementem składanej oferty, które

podlegają merytorycznej ocenie przez Zamawiającego.

W ocenie Izby zastosowana formuła harmonogramu rzeczowo - finansowego nie upoważnia Zamawiającego do stwierdzenia, że nie wypełnienie jej według oczekiwań Zamawiającego powoduje odrzucenie oferty. Bowiem zabrakło w SIWZ tożsamego sformułowania na tę okoliczność, jakiego użyto w umowie nr MRP0.06.02.01 - 12-181/08/00-IXA/65/FE/09. Z przyczyn powyższych Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu harmonogram rzeczowo - finansowy nie stanowi istotnej treści oferty i dokonanie w nim zmian nie stanowi dokonania zmian treści oferty dlatego dopuszczalne było zastosowanie art. 87 ust. 1 zgodnie z którym Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert i uzupełnienie przez Odwołującego harmonogramu rzeczowo - finansowego pomimo, iż Zamawiający w wezwaniu podał jako jego podstawę prawną art. 26 ust. 3 ustawy.

Zastosowanie trybu wezwania z art. 87 ust. 1 wymusza w ocenie KIO systematyka dokumentów ustalona w SIWZ. Mianowicie w pkt. 6 SIWZ wyszczególnione zostały dokumenty wymagane przez Zamawiającego a potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Te właśnie dokumenty zdaniami KIO podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 PZP. Dokumenty zaś wymienione w pkt. 7 SIWZ, które Oferent zobowiązany jest dołączyć do oferty, wśród których wymieniono harmonogram rzeczowo - finansowy, nie zostały uznane za dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu a zatem nie podlegające uzupełnieniu trybie art. 26 ust. 3 ustawy lecz w trybie art. 87 ust. 1 PZP.

Dokumenty określone w pkt. 7 SIWZ jak wynika z tytułu tego punktu, w tym harmonogram rzeczowo - finansowy można zaliczyć do oferty, jednak nie do stanowiących jej istotnej treści. Brak zatem lub wadliwość harmonogramu rzeczowo - finansowego mógł w ocenie KIO skutkować jedynie wezwaniem przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 PZP, a nie do odrzucenia jej z powodu sprzeczności z SIWZ w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP.

Na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2009 r. - Zamawiający - Gmina Wierzchosławice złożył w dniu 22 maja 2009 r. (data wpływu 25.05.2009 r.) skargę do Sądu Okręgowego w Tarnowie zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. wydanie wyroku bez podstawy prawnej,
 2. sprzeczność ustaleń z treścią zebranego materiału dowodowego przez przyjęcie:
 - Że harmonogram rzeczowo - finansowy określony w punkcie 7.3 SIWZ jest innym harmonogramem niż harmonogram określony w § 6 pkt. 5 umowy stanowiącej załącznik do SIWZ,
 - Że harmonogram rzeczowo - finansowy określony w punkcie 7.3 SIWZ nie stanowi treści oferty,
 3. rażące naruszenie art. 87 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U z 2007r. nr 223 poz. 1655 z póź. zm.) poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie że wezwanie Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 jest wezwaniem z art. 87 ust. 1 i że uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy harmonogram rzeczowo - finansowy jest dokumentem wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy oraz że brak dokumentu harmonogramu rzeczowo - finansowego może skutkować jedynie wezwaniem przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta

odwołującego się nie podlega odrzuceniu,

- art. 7 ust 1 i 3 ustawy poprzez dopuszczenie do nierównego traktowania wszystkich wykonawców,
- art. 191 ust. 1a ustawy poprzez niewłaściwe zastosowanie i uwzględnienie odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Zamawiający wskazał, iż KIO bezzasadnie przyjęła, że harmonogram rzeczowo - finansowy, o którym stanowi § 6 pkt. 5 wzoru umowy jest innym harmonogramem niż ten o którym jest mowa w punkcie 7.3, punkcie 15.3 Rozdziału 1 i w rozdziale III pkt. 5 SIWZ. Zdaniem bowiem Zamawiającego skoro przedmiotem zamówienia są określone roboty (prace) i skoro SIWZ wymagała przedłożenia harmonogramu rzeczowo - finansowego to harmonogram o którym mowa w umowie dotyczył tego przedmiotu zamówienia nie zaś innego harmonogramu. Skarżący wskazał, na niekonsekwencję zawartą w wyroku KIO polegającą na uznaniu, iż dokument harmonogramu rzeczowo - finansowego nie stanowi treści oferty zaś z drugiej strony stwierdzając, iż w § 7 SIWZ są wymienione dokumenty, które należy załączyć do oferty, z czego wynika, że są to dokumenty mogące stanowić element oferty, a wśród nich wymienia się harmonogram rzeczowo - finansowy.

W ocenie Skarżącego zapisy załącznika do oferty tj. harmonogramu rzeczowo - finansowego były treścią oferty, stanowiły jej integralną część. Tym samym KIO bezpodstawnie uznała, iż czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 PZP do uzupełnienia dokumentu harmonogramu rzeczowo - finansowego jest skuteczną czynnością w trybie z art. 87 ust. 1 PZP zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Również niezasadnie w ocenie Skarżącego KIO stwierdziła, iż nieistotne są terminy etapów robót i wynagrodzenia za te etapy. Wykonawca w niniejszej sprawie przedłożył harmonogram rzeczowo-finansowy, który deklaruje wykonanie wszystkich robót w sposób ciągły w okresie 3 lat czym odbiega od żądań SIWZ, które miały dla Zamawiającego istotne znaczenie. Dlatego nie zgodził się ze stanowiskiem KIO, iż zapisy harmonogramu rzeczowo - finansowego nie stanowią treści oferty lub stanowią jej nieistotną treść czyli stanowią techniczną stronę oferty, nie jest to bowiem sytuacja porównywalna np. z brakiem ponumerowania stron.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy nakazujący odrzucenie oferty skarżący wskazał, iż winien on mieć zastosowanie w niniejszej sprawie z uwagi na fakt, iż oferta zamawiającego nie odpowiadała treści SIWZ przy czym przepis ten nie wyszczególnia istotnej lub nieistotnej treści oferty, jak to przyjmuje KIO, lecz mówi o treści oferty, która dotyczy jej strony merytorycznej.

W oparciu o podniesione zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie oraz zasądzenie od Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ELTAR” Sp. z o.o. na rzecz wnoszącego skargę kosztów procesu wg. norm przepisanych.

W pisemnej odpowiedzi na skargę wniesionej do tut. Sądu w dniu 10 czerwca 2009 r. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Sp. z o.o. wniosło o jej oddalenie oraz zasądzenie na rzecz Wykonawcy kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Wykonawca podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko wskazując na trafność i prawidłowość wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Okręgowy rozważył, co następuje:

Skarga jest zasadna i jako tak podlega uwzględnieniu.

Zarzuty Skarżącego skierowane przeciwko rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej generalnie sprowadzały się do dwóch kwestii. Pierwszy odnosił się do nieuwzględnienia przez KIO argumentu, iż harmonogram rzeczowo - finansowy stanowił część oferty i był jej istotnym elementem, podlegającym merytorycznej ocenie przez Zamawiającego. Drugi zaś dotyczył uznania przez KIO, iż wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy stanowiło skuteczną czynność dokonaną w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, uniemożliwiającą w konsekwencji odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie. Jak bowiem twierdził skarżący tryb ten w ogóle nie powinien mieć zastosowania do uchybienia popełnionego przez Wykonawcę z uwagi na fakt, iż uzupełnienie go prowadziłoby do zmiany treści SIWZ oraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

W pierwszej jednak kolejności jako najdalej idący, wymaga rozpatrzenia zarzut wydania wyroku bez podstawy prawnej. Bezzasadność tak sformułowanego zarzutu postawionego rozstrzygnięciu KIO jest w ocenie Sądu Okręgowego oczywista. Zapadły wyrok znajduje bowiem oparcie procesowe w art. 191 ust. 1a ustawy zaś jego podbudowa merytoryczna (oraz wskazana materialna podstawa) jest wynikiem dokonanej przez KIO oceny zgromadzonego materiału dowodowego oraz jego subsumcji do przepisów ustawy. Powyższe staje się zresztą przedmiotem prawidłowo sformułowanych zarzutów zawartych w dalszej części skargi.

Przechodząc do rozpatrzenia kolejnych zarzutów zgodzić należy się ze skarżącym, iż nie trafnie jest stanowisko KIO jakoby harmonogram rzeczowo - finansowy określony w pkt. 7.3 SIWZ był innym harmonogramem niż harmonogram prac określony w § 6 pkt. 5 umowy stanowiącej załącznik do SIWZ. Umowa o zamówienie publiczne zawierana jest przez Zamawiającego oraz podmiot wyłoniony w drodze przetargu i jedynie w zakresie oraz na warunkach określonych w SIWZ. Skoro zatem przedmiotem zamówienia publicznego było wykonanie określonego zakresu robót za określoną cenę tym samym nie sposób podzielić zapłaty KIO jakoby uzasadnionym było uznanie, iż harmonogramy - ten wymieniony w treści SIWZ oraz ten określony w § 6 pkt. 5 wzoru umowy odnosiły się do innych zakresów prac oraz nie były tożsame ze sobą.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy za całkowicie słuszne uznać należy natomiast stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż harmonogram rzeczowo - finansowy nie jest dokumentem który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 jako dokument przedmiotowy. Na przeszkodzie takiemu uznaniu stoi bowiem treść art. 25 ust. 1 ustawy oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 z póź. zm.). Podzielając stanowisko KIO w ocenie składu orzekającego harmonogram rzeczowo - finansowy nie jest dokumentem ani przedmiotowym ani podmiotowym, który miałby potwierdzać spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zatem jego uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nie było możliwe (*por. Wyrok KIO z dnia 31 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1119/08*). Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż jakkolwiek Zamawiający początkowo wadliwie wezwał Wykonawcę do takiego uzupełnienia harmonogramu rzeczowo - finansowego to następnie prawidłowo uznał, iż takie zastosowanie trybu z art. 26 ust. 3 byłoby wadliwe i w konsekwencji odrzucił ofertę Wykonawcy - Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie. Takie działanie mimo, iż obarczone pewną niekonsekwencją nie może być uznane za wadliwe. Biorąc bowiem pod uwagę by wymagać od Zamawiającego aby powziąwszy wiadomość, iż czynność polegająca na wezwaniu o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy była wadliwa,

zaakceptował ją na dalszym etapie postępowania i tym samym narażał się na unieważnienie przetargu z uwagi na naruszenie przepisów ustawy.

Skoro zatem nie było dopuszczalne wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, przesądzenia wymaga czy powyższa czynność mogła stanowić skuteczne wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. W ocenie Sądu Okręgowego stanowisko uznające je za dopuszczalne i w pełni skuteczne należy uznać za nietrafne. Harmonogram rzeczowo - finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy miały być rozliczane sukcesywnie, zaś Zamawiający miał właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Ewentualne uzupełnienie powyższego dokumentu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy prowadziłoby do zmiany treści oferty, co w świetle powyższego przepisu jest niedopuszczalne, a ponadto prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy). Znamienny jest przy tym fakt, iż w przedmiotowej sprawie z prostego porównania załączonego pierwotnie do oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie harmonogramu rzeczowo - finansowego oraz tegoż harmonogramu poprawionego wynikają jasno daleko idące różnice. Pierwotnie złożony formularz harmonogramu zawiera bowiem rozbić robót oraz ich wycenę we wszystkich okresach obejmujących czas trwania inwestycji. Znaczące są też różnice w podanych pierwotnie kwotach podatku VAT.

Tym samym skoro niedopuszczalne było uzupełnienie prawidłowo wypełnionego formularza harmonogramu rzeczowo - finansowego zarówno w trybie art. 26 ust. 3 jak i w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, oczywistym jest, iż treść oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie jest niezgodna z treścią SIWZ i uprawniała Zamawiającego do odrzucenia oferty powyższego wykonawcy. O niezgodności oferty z treścią SIWZ można bowiem mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez zamawiającego (Wyrok KIO z dnia 23.01.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 62/09) Harmonogram rzeczowo - finansowy złożony pierwotnie przez Wykonawcę w sposób oczywisty nie zapewniał realizacji zamierzenia w sposób opisany przez Zamawiającego choćby z tej przyczyny, iż uniemożliwił pozyskanie środków na prowadzenie inwestycji, która miała być prowadzona etapami.

Można oczywiście zaakceptować stanowisko KIO, iż skutki wynikające z wypełnienia harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego zał. nr 5 do formularza ofertowego nie zostały jednoznacznie opisane w SIWZ. Zauważyć jednak trzeba, iż z zapisu SIWZ wynika wyraźnie, że jednym z wymagań stawianych przez Zamawiającego jest załączenie harmonogramu rzeczowo - finansowego „do wypełnienia w zakreślonych kolorem polach”. Powyższe sformułowanie zdaniem Sądu nie nastęrcza wątpliwości interpretacyjnych, które z zastosowaniem literalnej wykładni oznacza, iż Wykonawca winien wypełnić tylko pola zakreślone kolorem. Gdyby bowiem Zamawiający nie stawiał takiego wymagania sformułowanie „do wypełnienia w zakreślonych kolorem polach” w ogóle nie zostałyby w postanowieniach SIWZ unieszczone - wtedy też należałoby wypełnić wszystkie pola harmonogramu. Znamienne jest przy tym, iż tylko Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie polecenie owo zrozumiała opacznie, zaś pozostali Wykonawcy złożyli harmonogramy rzeczowo - finansowe zredagowane w sposób prawidłowy. Tym samym rację ma skarżąca - Gmina Wierzchosławice, iż uznanie w okolicznościach przedmiotowej sprawy dopuszczalności zastosowania trybu z art. 87 ust. 1 ustawy, powodujące zmiany terminów oddawania poszczególnych etapów inwestycji oraz rozliczeń cenowych, powodowałoby istotną zmianę oferty a także prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 zd. 2 ustawy zmienił zaskarżony wyrok KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie i oddalił odwołanie Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

O kosztach postępowania orzekł Sąd na zasadzie odpowiedzialności za jego wynik, tj. po myśli art. 98 § 1 k.p.c.