

Sygn. akt: KIO/UZP 433/10

KIO/UZP 469/10

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Justyna Tomkowska

Paweł Trojan

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **30 marca 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa (sygn. akt. KIO/UZP 433/10)

B. Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (sygn. akt KIO/UZP 469/10)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** protestów:

A. Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa z dnia 1 marca 2010 r.

B. Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa z dnia 1 marca 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 469/10 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić oba odwołania, w pierwszym wypadku w całości, w drugim wypadku w zakresie dwóch pierwszych zarzutów dotyczących Konsorcjum Linter i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,

2. Kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
 - B** koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A., Mostostal Kraków S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty 5 822 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka,**

na rzecz **Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 556 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 778 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,**
 - B** kwoty 17 778 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovia Agroman S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„rozbudowę Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla w Lubelskim Węglu „Bogdanka” S.A. w zakresie obejmującym wykonanie projektów wykonawczych, budowlano -wykonawczych, budowę obiektów, dostawę urządzeń i wyposażenia, montaż na miejscu budowy, uruchomienie, rozruch maszyn i urządzeń oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie”,* zostało wszczęte przez Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdanie, 21-013 Puchaczów, Bogdanka zwany dalej: *„Zamawiającym”,* ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 141 – 206830 w dniu 25.07.2009 r.

W dniu 19.02.2010 r. Zamawiający przekazał faxem informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum firm: Linter Sp. z o.o. (lider), Przedsiębiorstwo Remontowo - Produkcyjne „ZK-REM” Sp. z o.o., oraz „PIECEXPORT - PIECBUD” S.A. z adresem dla lidera konsorcjum: Łobzów 163, 32-340 Wolbrom zwany dalej: *„Konsorcjum Linter”* oraz przedstawił ranking złożonych ofert zgodnie z którym drugą w rankingu złożonych ofert było Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (lider), Acciona Infraestructuras S.A., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorskiej 11A, 02-673 Warszawa zwane dalej: *„Konsorcjum Mostostal”* albo *„Protestującym, Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 433/10”* albo *„Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 469/10”,* zaś trzecią Konsorcjum firm:

Budimex S.A, (lider) Ferrovial Agroman SA, Mostostal Kraków SA, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Stawki 40 01-040 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Budimex” albo „Protestującym, Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 469/10”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 433/10

W dniu 01.03.2010 r. (faxem) na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum Mostostal złożyło protest na czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Linter;
- 2) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Linter na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji - odrzucenia oferty Wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z niezłożeniem wadium w postępowaniu i niedysponowaniem osobami przewidzianymi do realizacji zamówienia w dniu, w którym upłynął termin składania ofert oraz zaniechaniu odrzucenia złożonej przezeń oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ”, poprzez błędne sporządzenie wymaganego harmonogramu rzeczowo - finansowego;
- 3) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

Zarzucił naruszenie:

- art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp;
- art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 Pzp;
- art. 7 ust. 1 Pzp.

Wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Linter oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;
- 2) dokonanie wykluczenia Konsorcjum Linter z postępowania;
- 3) dokonanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Linter w postępowaniu;
- 4) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

Zarzuty zaniechania wykluczenia Konsorcjum Linter z postępowania w związku z niezłożeniem wadium oraz niewykazaniem się dysponowaniem osobami wymaganymi do realizacji zamówienia.

Konsorcjum Linter w celu zabezpieczenia oferty wadium złożyło 2 dokumenty wadialne, wystawione przez Bank Spółdzielczy w Wolbromiu oraz Towarzystwo Ubezpieczeniowe Generali TU S.A. Protestujący wskazał, że wybrany wykonawca podlega

wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, bowiem powyższe dokumenty nie odpowiadają wymaganiom określonym w postanowieniach SIWZ, Pzp oraz przepisach ustawy Prawo bankowe, a tym samym - nie zabezpieczają oferty wybranego Wykonawcy. Gwarancja bankowa wystawiona w dniu 05.10.2009 r. na kwotę 3.800.000 PLN przez Bank Spółdzielczy w Wolbromiu, jako niezawierająca przesłanek zatrzymania wadium nie może zostać uznana za prawidłową, ponieważ zgodnie z ustawą Prawo bankowe - będący gwarantem bank może odmówić Zamawiającemu wypłaty wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek jego zatrzymania określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Gwarancja bankowa wystawiona przez wymieniony bank stanowi w swej treści, iż Gwarant (Bank Spółdzielczy w Wolbromiu) jest zobowiązany spełnić świadczenie o ile Zleceniodawca (Linter sp. z o.o.) nie wykona zobowiązań płatniczych. Tymczasem w świetle art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, określone w tym przepisie przesłanki uprawniające do zatrzymania wadium nie odnoszą się do kwestii wykonywania zobowiązań, którym można byłoby, choćby pośrednio, przypisać charakter „płatniczych”. W gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez Generali TU S.A. przyjęto zaś, iż Beneficjent będzie uprawniony do zaspokojenia się z tytułu przedstawionej gwarancji o ile Ubezpieczający (Linter sp. z o.o.) nie złożył dokumentów lub oświadczeń zgodnie z zapisem art. 46 ust. 4a Pzp. Abstrahując już od poprawności przyjętego sformułowania (w zakresie przedstawienia okoliczności i odesłania), należy wskazać, iż taka treść oświadczenia gwaranta nie zabezpiecza praw przysługujących Zamawiającemu w związku z tym, iż:

1. ofertę, z jaką mamy do czynienia, złożyli Wykonawcy występujący wspólnie; nie można, zatem, przyjąć, iż ciężar przedstawienia wszystkich dokumentów spoczywa wyłącznie na jednym z konsorcjantów, tj. Linter sp. z o.o. W równym stopniu, bowiem - w zakresie wykazania niepodlegania wykluczeniu - dokumenty takie powinny zostać przedstawione także przez inne niż Linter sp z o.o. podmioty i ciężar ich przedstawienia spoczywa właśnie na tych podmiotach,
2. prócz dokumentów i oświadczeń Pzp - w dyspozycji przepisu art. 46 ust. 4a wyróżnia także pełnomocnictwa. Te, zaś, zostały całkowicie pominięte w treści gwarancji. Również w tym wypadku, Zamawiający nie będzie uprawniony do wyegzekwowania należnych mu praw.

Mając powyższe na uwadze, w świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający winien wykluczyć z postępowania Konsorcjum Linter. Należy też zaznaczyć, że w tym wypadku nie mamy do czynienia z dokumentem, który w myśl art. 26 ust. 3 Pzp mógłby podlegać uzupełnieniu w toku postępowania. Przywołał orzecznictwo KIO odnośnie:
a) skutków braku wniesienia wadium KIO wypowiedała się w wyroku z dnia 26.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 209/09, jak też w wyroku z dnia 30.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1186/09;

b) w odniesieniu do treści oświadczenia woli ujętego w dokumencie wadialnym i jego wykładni KIO wypowiedziała się w wyrokach z dnia 2.07.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 757/09, z dnia 21.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 594/09, z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09, z dnia 10.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1193/09;

c) w odniesieniu do możliwości zmiany lub uzupełniania wadium w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, KIO jednoznacznie wypowiedziała się w wyrokach z dnia 21.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 594/09, z dnia 23.04.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 455/2009, z dnia 26.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 209/09, z dnia 5.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 202/09, z dnia 24.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 160/09. Podkreślił, iż w świetle braku możliwości uzupełnienia dokumentu wadialnego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania, a tym samym - postawione przez Odwołującego zarzuty w tym zakresie zasługują w całości na uwzględnienie.

Względem następnego zarzutu, że w wyniku uzupełnienia dokumentów dokonanego na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.10.2009 r., Zamawiający nie wykazał się dysponowaniem wymaganymi osobami (dotyczy p. Aleksandra O i p. Jana S) na dzień upływu terminu składania ofert. Zamawiający w powołanym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wyraźnie określił, iż zakres uzupełnienia, wskazując, iż ujęte w tym Wykazie osoby (p. Leszek G i p. Henryk M) wbrew żądaniu Zamawiającego, posiadają jedynie ograniczone uprawnienia w specjalności konstrukcyjno - budowlanej. W uzupełnionym Wykazie konsorcjum Linter podało 2 nowe osoby i poza dokumentami potwierdzającymi posiadanie uprawnień dołączyło oświadczenia, z których jednoznacznie wynika, iż Wykonawca ten nie dysponował nimi w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w dniu, w którym nastąpił upływ terminu składania ofert. Z dołączonego do Wykazu oświadczenia Konsorcjum Linter wynika jednoznacznie, że p. Aleksander O został zatrudniony przez Linter sp. z o. o. na umowę o pracę dopiero od dnia 01.11.2009 r., (nie potwierdza tego również uzupełnione oświadczenie o udostępnieniu się do pełnienia funkcji kierownika budowy, na którym widnieje data 02.11.2009 r.), co bezspornie potwierdza, że wybrany wykonawca nie dysponował tą osobą w dniu 7.10.2009 r. Analogicznie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do drugiej z uzupełnianych w Wykazie osób, tj. p. J, którego oświadczenie o udostępnieniu (Firma Usługowa TAKSA - Jan S) i wyrażeniu zgody na objęcie funkcji z-cy kierownika budowy również jest wystawione z datą po upływie terminu składania ofert, tj. 02.11.2009 r.

Protestujący wskazał, iż w świetle uprzedniego dokonania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia Wykazu w zakresie dotyczącym osób: kierownika budowy i z - cy kierownika budowy, Konsorcjum Linter winno przedstawić kompletne uzupełnienie, a zatem - nie tylko rozszerzony Wykaz osób z dokumentami potwierdzającymi posiadanie wymaganych uprawnień, lecz również pisemne zobowiązania tych podmiotów o udostępnieniu ich potencjału kadrowego stosownie do

art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp potwierdzający dysponowanie tymi osobami w na dzień upływu terminu składania ofert, co jednoznacznie wynika z art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z Pzp możliwe jest jednorazowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów w danym zakresie. Przywołał wyrok KIO z dnia 27.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/09, wyrok z dnia 12.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1385/08, 1398/08, wyrok KIO z dnia 25.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1148/09 oraz wyrok z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 599/09. W konsekwencji Zamawiający nie ma możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w powołanym trybie, a tym samym - wybrany wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji - jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Odnosnie zarzutu zaniechania wyboru oferty Protestującego, wskazał, że Pzp statuuje zasady równości wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Oznaczają one, iż Zamawiający nie ma prawa faworyzować jednych wykonawców względem drugich, jak również stanowią one swoiste nakazy działania Zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Linter i nie dokonując odrzucenia oferty tego Wykonawcy, dopuścił się naruszenia przedmiotowych zasad. Zgodnie z Pzp Zamawiający dokonuje wyboru oferty spośród wykonawców niepodlegających wykluczeniu oraz ofert niepodlegających odrzuceniu. W przedmiotowym postępowaniu zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie oraz odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Linter. Zamawiający nie wykonując ciążącego na nim obowiązku uchybił tym samym przepisom, w szczególności art. 7 ust. 1 i 91 ust. 1 Pzp. Oferta Protestującego jest sklasyfikowana w przedmiotowym postępowaniu według kryteriów oceny ofert na drugiej pozycji, co w konsekwencji powoduje, iż w przypadku wykluczenia dotychczas wybranego wykonawcy i odrzucenia jego oferty - oferta Konsorcjum Mostostal zostanie ofertą najkorzystniejszą. Z tego względu, Konsorcjum Mostostal wnosi o unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Linter oraz o wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji - o odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 11.03.2010 r. faxem poprzez jego oddalenie. Odnosnie pierwszego zarzutu. Zamawiający wskazał, że Wykonawcy winni dokonać zabezpieczenia swych ofert wadium na kwotę 5.000.000,00 zł. W przypadku wadium wnoszonych w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej Zamawiający wymagał (Rozdz. X pkt 7 SIWZ), by dokument gwarancji obejmował wszystkie przypadki utraty wadium określone w art. 46 ust. 5 Pzp. Konsorcjum Linter zabezpieczył ofertę wadium

poprzez złożenie u Zamawiającego gwarancji bankowej, na kwotę 3.800.000,00 zł, wystawioną przez Bank Spółdzielczy w Wolbromiu (str. 9 oferty) oraz ubezpieczeniowej, na kwotę 1.200.000,00 zł, wystawionej przez Generali T.U. S.A. z siedzibą w Warszawie (str. 10-11 oferty). Obie złożone u Zamawiającego gwarancje zabezpieczają ofertę do wymaganej przez Zamawiającego kwoty 5.000.000,00 zł i jego zdaniem gwarantują Zamawiającemu wypłatę kwoty wadium w przypadku ziszczenia się któregokolwiek z warunków wymienionych w Pzp. Treść gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Wolbromiu, odpowiada swoją treścią wymogom art. 82 ust.1 ustawy Prawo bankowe, zgodnie z którym gwarancją bankową Jest jednostronne zobowiązanie się gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji), określonych warunków zapłaty bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio lub za pośrednictwem innego banku, na pierwsze żądanie. Zobowiązanie wyrażone w gwarancji bankowej ma charakter abstrakcyjny, jest niezależne od leżących u podstaw gwarancji stosunków prawnych raczących gwaranta ze zleceniodawcą (stosunek pokrycia) i zleceniodawcy z beneficjentem (stosunek waluty). Znaczenie ma tylko fakt, że gwarancja Jest bezwarunkowa, to znaczy, że zapłata sumy gwarancyjnej na rzecz beneficjenta nastąpi na jego pierwsze żądanie, bez obowiązku spełniania dodatkowych warunków, to jest bez potrzeby dokumentowania, że wystąpiły przesłanki do uruchomienia płatności. Gwarancja bankowa przedłożona Zamawiającemu, jako zabezpieczenie wadium w przedmiotowym przetargu jest takim zobowiązaniem, ponieważ z jej treści wynika jednoznacznie, że jest gwarancją, nieodwołalną, bezwarunkową, płatną na pierwsze pisemne żądanie zapłaty i obejmuje każdy przypadek powstania po stronie Konsorcjum Linter zobowiązania pieniężnego wobec Zamawiającego z tytułu wadium w przedmiotowym przetargu. Stosowny zapis w treści gwarancji brzmi: *„Bank zobowiązuje się zapłacić bezwarunkowo i nieodwołalnie kwotą zobowiązania na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie wykonał zobowiązań płatniczych”*. Nie ma też Zamawiający wątpliwości, że sformułowanie *„zobowiązanie płatnicze”* jest prawidłowe (zobowiązaniem płatniczym Zleceniodawcy jest w tym wypadku obowiązek zapłaty kwoty wadium, które jest wnoszone w formie bezgotówkowej). Gwarancja ta Jest bezspornie gwarancją wadium, ponieważ zawiera sformułowanie, że bank udziela gwarancji *„tytułem zabezpieczenia wadium do przetargu publicznego (..)”*. Takie sformułowanie oznacza, że wadium wniesione przez Konsorcjum Linter umożliwia mu uzyskanie kwoty wadium w każdym przypadku określonym w ustawie, zobowiązanie gwaranta jest bezwarunkowe, a wypłata kwoty zabezpieczenia nastąpi natychmiast i bezwarunkowo w przypadku złożenia przez beneficjenta gwarancji żądania zapłaty w formie wymaganej przez gwaranta. Brak literalnego wymienienia w dokumencie gwarancji przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, nie oznacza, że Zamawiający nie uzyska wypłaty kwoty wadium w przypadku

ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek określonych w tym przepisie. Do wypłaty sumy gwarancyjnej wystarczy przedłożenie żądania płatniczego zawierającego oświadczenie, że zaistniała przesłanka do wypłaty, tzn. że konsorcjum Linter nie wypełnił swoich zobowiązań wobec Zamawiającego. Odnośnie gwarancji ubezpieczeniowej należy zauważyć, że żaden z przepisów Pzp nie formułuje obowiązku, by w dokumencie gwarancji przedkładanym Zamawiającemu w przypadku składania oferty przez konsorcjum, były wymienione wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjum. Dodatkowo Zamawiający nie sformułował takiego obowiązku w SIWZ do przedmiotowego przetargu. Wymienienie w dokumencie gwarancji jej beneficjenta i przedmiotu przetargu oraz prawidłowe wskazanie Zleceniodawcy, które umożliwia jego identyfikację wystarczy, aby gwarancja prawidłowo zabezpieczała ofertę wadium. Złożona gwarancja ubezpieczeniowa gwarantują Zamawiającemu wypłatę kwoty wadium w przypadku ziszczenia się któregoś z warunków wymienionych w Pzp.

Odnośnie drugiego zarzutu. Zamawiający zawarł w SIWZ zapis, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy (Rozdz. V pkt 1 ppkt 4 SIWZ) dysponują lub będą dysponować (przedstawia pisemne zobowiązanie Innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia), osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, tj.: a) kierownikiem budowy - posiadający uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń uprawniające do kierowania robotami budowlanymi oraz stwierdzone kwalifikacje osoby dozoru w branży budowlanej przez OUG; b) z - cą kierownika budowy - posiadający uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń uprawniające do kierowania robotami budowlanymi oraz stwierdzone kwalifikacje osoby dozoru w branży budowlanej przez OUG. Ponadto w Rozdz. VI pkt 1 ppkt 11 SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia do oferty wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z danymi na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, złożony na druku stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ oraz dołączenia dokumentów potwierdzających ww. uprawnienia oraz oświadczenia ww. osób wyrażających zgodę na objęcie funkcji na budowie. W przypadku osób, którymi Wykonawca będzie dysponował dopiero w momencie realizacji zamówienia należało dodatkowo przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tych osób. Zdaniem Zamawiającego, Konsorcjum Linter złożyło w powyższym zakresie ofertę zgodną z SIWZ. W dniu 05.11.2009 r. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przedłożyło uzupełniony wykaz osób, które będą realizować przedmiot zamówienia, zgodnie z wzorem stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ, dokumenty potwierdzające posiadanie przez te osoby wymaganych kwalifikacji oraz oświadczenia o wyrażeniu zgody na objęcie funkcji na budowie. W odniesieniu do Pana Aleksandra O Protestujący sformułował zarzut, że Konsorcjum Linter nie dysponowało jego osobą w dacie składania oferty, ponieważ

załączone do oferty oświadczenie wskazuje, że zawarta z nim umową o pracę w dniu 1.11.2009 r. Zdaniem Zamawiającego, obojętny jest charakter więzi łączącej Konsorcjum z p. O. W odniesieniu do p. Jana S to Konsorcjum Linter załączyło do oferty dokument potwierdzający posiadanie wymaganych uprawnień, oświadczenie osoby o wyrażeniu zgody na objęcie funkcji na budowie oraz zgodę podmiotu udostępniającego pracownika. Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum Linter złożyło wymagany przez Zamawiającego wykaz na formularzu stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ, z datą 05.11.2010 r. Z tą datą przedmiotowe uzupełnienie było wnoszone. Zdaniem Zamawiającego z faktu, iż Konsorcjum Linter dokonało uzupełnienia oferty opatrując to uzupełnienie datą 05.11.2009 r., a więc po terminie składania ofert w żaden sposób nie może świadczyć, iż w tym dniu Wykonawca ten nie dysponował osobami, o których mowa w wezwaniu. Nie można na podstawie daty sporządzenia dokumentu formułować, aż tak daleko idących wniosków i odmawiać Wykonawcy prawa do udziału w postępowaniu tym bardziej, że każda z tych osób spełnia stawiane przez Zamawiającego wymogi i każda z tych osób wymogi takie spełniała na dzień składania ofert w postępowaniu. Dopiero w sytuacji, gdy osoby te, lub którakolwiek z nich, nie spełniałyby wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ w tym dniu, protest należałoby uznać za zasadny. W niniejszej sytuacji Zamawiający uznał, że Konsorcjum Linter w sposób prawidłowy dokonało uzupełnienia oferty zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, ponieważ na dzień składania ofert każda z osób w uzupełnieniu występujących spełniała wymogi specyfikacji. Dzień sporządzenia dokumentu nie ma w tym kontekście żadnego znaczenia.

W dniu 18.03.2010 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu Konsorcjum Mostostal wniosło odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty, z wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp dotyczącego harmonogramu rzeczowo-finansowego Konsorcjum Linter, i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego).

Odwołujący wskazał, że nie podziela argumentacji Zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący wskazał, w szczególności na zawarte w rozstrzygnięciu protestu sformułowanie, z którego wynika ewidentny brak zrozumienia, do czego odnosi się ujęte w dokumencie wadialnym pojęcie - zobowiązań płatniczych: *„Nie ma też zamawiający wątpliwości, że sformułowanie „zobowiązanie płatnicze” jest prawidłowe (zobowiązaniem płatniczym zleceniodawcy jest w tym wypadku obowiązek zapłaty wadium, które jest wnoszone w formie bezgotówkowej (...))”*. Odwołujący uznał, że pojęcie: *„zobowiązania płatniczego”* powinno odnosić się do wszystkich wynikających z Pzp okoliczności ujętych w przesłankach zatrzymania wadium, a ujętych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, a nie do obowiązku *„zapłaty kwoty wadium”*. Pojęcie *„zobowiązania płatniczego”*, choć niewątpliwie jest pojęciem

szerokim i nie ma definicji legalnej, nie może być, jednak, dowolnie interpretowane, a w przedmiotowej sprawie bezspornie nie konsumuje wszystkich przesłanek zatrzymania wadium ujętych w powołanych przepisach art. 46 Pzp, a tak być powinno, by móc uznać przedstawiony dokument wadialny za zabezpieczający ofertę złożoną w postępowaniu. Na czym, bowiem, miałoby polegać zobowiązanie płatnicze w przypadku odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego skoro z Pzp w żadnym wypadku nie wynika obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W pojęciu „zobowiązania płatniczego” nie mieści się również składanie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw. Mimo ogólności i abstrakcyjności brzmienia zapisów spornego dokumentu wadialnego, Bank - świadomie bądź nie - ale nie rozszerzył, lecz znacznie zawęził w stosunku do przesłanek zatrzymania wadium wynikających z Pzp zakres sytuacji, w których możliwe będzie zaspokojenie się przez Zamawiającego. Złożona opinia Banku Spółdzielczego w Wolbromiu z dnia 02.03.2010 r., zawierająca niewynikające z wystawionego przezeń dokumentu zapewnienie bezwarunkowej wypłaty kwoty w odniesieniu do wszystkich sytuacji przewidzianych w Pzp, w świetle braku możliwości uzupełniania dokumentu wadialnego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz oczywistej wady złożonego w postępowaniu dokumentu gwarancji - nie może i nie powinna być uwzględniona przez Zamawiającego, a tym samym wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp). Odwołujący wskazał także, że ma świadomość, że składany w ramach uzupełnienia dokument lub oświadczenie mogą być datowane na dzień faktycznego jego uzupełnienia. W odniesieniu do udostępnienia potencjału przez inny podmiot, jednak - i to bezspornie wynika z art. 26 ust. 3 Pzp (*„Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”*) - konieczne jest wykazanie się ich dysponowaniem przez posługujących się ich potencjałem Wykonawców nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert i bez znaczenia jest, czy faktyczne „wykorzystanie” tych osób nastąpi „dopiero w momencie realizacji zamówienia”. Nie ulega wątpliwości, że skoro p. Owsiak stał się pracownikiem jednego z konsorcjantów Konsorcjum Linter dopiero od 01.11.2009 r., a w odniesieniu do okresu pomiędzy 07.10 - 31.10.2009 r. Wykonawca ten nie wykazał się dysponowaniem tą osobą. Analogicznie jest w przypadku p. Smolenia, którego udostępnienie również nie zostało wykazane na dzień upływu terminu składania ofert, lecz dopiero na dzień 02.11.2009 r.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 469/10

W dniu 01.03.2010 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 Pzp Konsorcjum Budimex złożyło protest na czynności i zaniechania Zamawiającego. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 Pzp. Wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Linter, a w wyniku tego uznanie za odrzuconą jego oferty, jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu,
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy Konsorcjum Linter jako niezgodnej ze SIWZ,
- 4) odrzucenie oferty Konsorcjum Mostostal jako niezgodnej ze SIWZ,
- 5) dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej w kryteriach oceny ofert spośród ważnych ofert złożonych w postępowaniu.

Odnosząc się do obowiązku wykluczenia z niniejszego postępowania wykonawcy Konsorcjum Linter oraz odrzucenia jego oferty Protestujący podniósł, co następuje.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał aby oferty zostały zabezpieczone wadium w wysokości 5.000.000,00 zł. Ponadto w rozdz. X pkt 7 SIWZ Zamawiający doprecyzował, że w przypadku wadium wnoszonego w formie poręczenia, gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej dokument wadialny powinien obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w art. 46 ust. 5 Pzp. Wykonawca Konsorcjum Linter zabezpieczył swoją ofertę wadium w formie dwóch gwarancji: gwarancji bankowej nr 2/2009 z dnia 5.10.2010 r. wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Wolbromiu na kwotę 3.800.000,00 zł oraz gwarancji ubezpieczeniowej nr PO/00170108/2009 z dnia 5.10.2009 r. wystawioną przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. na kwotę 1.200.000,00 zł. Gwarancja bankowa nr 2/2009 jest wadliwa ponieważ nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w SIWZ oraz określonych w Pzp. Przepis art. 46 Pzp określa katalog okoliczności, których wystąpienie powoduje zatrzymanie wadium wraz z odsetkami. W przypadku wnoszenia przez wykonawcę wadium w formie innej niż w pieniądzu, obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie aby zabezpieczające ofertę wadium umożliwiło zamawiającemu uzyskanie kwoty wadium w każdym przypadku określonym Pzp. W szczególności w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej wykonawca powinien zadbać o to aby gwarant zapłacił zamawiającemu kwotę wadium w sposób natychmiastowy i bezwarunkowy zaraz po wezwaniu gwaranta do zapłaty w sytuacjach określonych przepisem art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Przedłożony przez Konsorcjum Linter dokument gwarancji bankowej nie zawiera żadnej z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp umożliwiających wypłacenie zamawiającemu środków z gwarancji. Ponadto jak wynika z treści ww. gwarancji wadialnej gwarant zobowiązał się *„zapłacić bezwarunkowo i nieodwołalnie kwotę zobowiązania na*

pierwsze pisemne żądanie zapłaty, zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie wykonał zobowiązań płatniczych". Podniósł, iż w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy nie mają w stosunku do zamawiającego żadnych obowiązków płatniczych. Przedmiotowa gwarancja nie stanowi w ogóle gwarancji wadialnej w rozumieniu Pzp. Jeżeliby nawet przyjąć, iż intencją gwaranta było zobowiązanie Zamawiającego do uprzedniego zwrócenia się do wykonawcy o zapłatę kwoty wadium, a dopiero po jego odmowie uzyskanie możliwości wyegzekwowania tej kwoty od gwaranta na podstawie dokumentu gwarancji to należy stwierdzić, iż tego typu sformułowanie leży w sprzeczności nie tylko z przepisami prawa ale także z funkcją wadium. Na podstawie obowiązujących przepisów Zamawiającemu nie służy bowiem instytucja wezwania do zapłaty wadium. Wadium zabezpieczające ofertę powinno być do dyspozycji Zamawiającego od chwili otwarcia ofert przez cały okres związania ofertą bez konieczności dokonywania jakichkolwiek innych czynności prawnych lub faktycznych. W innym przypadku Zamawiający nie mógłby realizować uprawnienia zatrzymania wadium, które mu przysługuje z mocy prawa i któremu de facto instytucja wadium służy. Wobec powyższego należy uznać, iż wykonawca ten nie zabezpieczył swojej oferty wadium w kwocie określonej w SIWZ i winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, natomiast jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Niezależnie od powyższego wskazał, iż Konsorcjum Linter winno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z treścią części I SIWZ, Rozdz. V pkt 1 ppkt 4 wykonawcy zobowiązani byli do wykazania, iż dysponują osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, tj.:- kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi oraz stwierdzone kwalifikacje osoby dozoru w branży budowlanej przez OUG; - zastępca Kierownika budowy, posiadającym uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniające do kierowania robotami budowlanymi oraz stwierdzone kwalifikacje osoby dozoru w branży budowlanej przez OUG; - osobami posiadającymi uprawnienia w branży drogowej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych; - osobami posiadającymi uprawnienia w specjalności architektonicznej do projektowania bez ograniczeń. Konsorcjum Linter w swojej ofercie wskazał jako osobę, która pełnić będzie funkcję Kierownika budowy Pana Leszka G, a jako osobę, która pełnić będzie funkcję Zastępcy Kierownika budowy Pana Henryka M. Przedłożone jednak uprawnienia w/w osób były ograniczone, co było niezgodne z wymogami SIWZ. Ponadto załączone do oferty zaświadczenie o przynależności do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa Pana Leszka G utraciło ważność w dniu 30.06.2009

r. W wyniku stwierdzenia powyższych braków w ofercie, Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp wezwał w dniu 30.10.2009 r. Konsorcjum Linter do uzupełnienia dokumentów zawierających błęd. W wyniku powyższego wykonawca ten przedłożył dokument „Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia”, w którym wskazano jako Kierownika Budowy p. Aleksandra O oraz jako Zastępcę Kierownika Budowy p. Jana S wraz z w wymaganymi dokumentami i oświadczeniami. Protestujący podnosił, że złożone w wyniku uzupełnienia oferty dokumenty poświadczają stan faktyczny na dzień 2.11.2009 r., a nie na dzień 7.10.2009 r., tj. na dzień otwarcia ofert. Wynika to z dat złożenia oświadczeń osób wskazanych w wykazie (pana Aleksandra O i pana Jana S) oraz z oświadczenia Linter Sp. z o.o. z dnia 4.11.2009 r. w którym jednoznacznie wskazano, iż umowa o pracę z panem Aleksandrem O została zawarta w dniu 1.11.2009 r. Oznacza to, iż w dniu otwarcia ofert wykonawca Konsorcjum Linter nie dysponował osobami, na które powołuje się w uzupełnieniu. Powyższą tezę potwierdza również fakt, iż dokumenty powyższe zostały Zamawiającemu złożone nie w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem, ale w potwierdzonych wydrukach z faxu, co jak wynika z wydruku maszyny faxowej Konsorcjum Linter dysponowało dokumentami potwierdzającymi uprawnienia w/w osób dopiero w dniu 30.10.2009 r. tj. po dniu otwarcia ofert. Stosownie do treści art. 26 ust. 3 Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę Konsorcjum Linter warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Ponieważ dokumenty złożone przez wykonawcę potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dacie późniejszej niż otwarcie ofert należy uznać, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że zaistniałego błędu nie można konwalidować, ponieważ Zamawiający nie ma prawa ponownie wzywać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Ponadto Protestujący wskazał, iż treść oferty Konsorcjum Linter nie odpowiada treści SIWZ. Powinna zatem zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodność ta dotyczy harmonogramu załączonego do oferty. W harmonogramie w pierwszych 2 miesiącach realizacji zamówienia wskazał na fakturowanie zaplecza placu budowy. Natomiast zgodnie z postanowieniami wzoru umowy świadczenie to nie uprawnia wykonawcy do obciążenia Zamawiającego poprzez wystawianie faktury VAT, jako że nie jest ani etapem robót lub obiektów, ani ich częścią.

Odnosząc się do zarzutu nieodrzuconie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Mostostal stwierdził, iż oferta ta nie odpowiada treści SIWZ, a zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w części I rozdz. VI pkt 1 ppkt 12 wymagał załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego. Warunki sporządzenia tego dokumenty zostały szczegółowo określone we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, a zatem

integralną część SIWZ. Stosownie do treści § 3 ust. 1 wzoru umowy oraz zał. nr 6 do SIWZ harmonogram musiał zawierać „zestawienie, w układzie miesięcznym, przepływów finansowych dla całego czasookresu trwania umowy”. Ponadto wzór umowy zawierał szereg szczegółowych wytycznych w jaki sposób strony będą rozliczać wykonane roboty. Te wymogi stanowiły jednocześnie warunki, którym powinien odpowiadać harmonogram. W szczególności Zamawiający w § 15 ust. 2, 3 i 4 wzoru umowy zastrzegł, że rozliczenia wykonawcy z tytułu wykonanych etapów robót lub obiektów lub ich części, określonych w harmonogramach realizacyjnych o których mowa w § 2 ust. 6 i 8 (wzoru umowy będą następowały nie częściej niż raz w miesiącu kalendarzowym w odstępach nie krótszych niż 4 tyg., a suma wynagrodzenia netto, wynikająca z faktur VAT częściowych dotyczących każdego obiektu nie może przekroczyć 85 % kwoty wynagrodzenia netto za ten obiekt, określonej w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Ponadto łączna wartość wynagrodzenia netto, wynikająca z wystawionych przez wykonawcę faktur VAT częściowych nie mogła przekroczyć 95% kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto, przy czym Zamawiający wymagał aby za wykonanie świadczeń i obowiązków określonych w umowie, zakończonych przed podpisaniem protokołów odbioru technicznego bez zastrzeżeń, łączna wartość wynagrodzenia wynikająca z wystawionych przez wykonawcę faktur VAT częściowych nie przekroczyła 85% kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto. Faktury VAT na kolejnych 10% maksymalnego wynagrodzenia wykonawca uprawniony był wystawić dopiero po podpisaniu Protokołu Technicznego i Przekazania do Eksploatacji Maszyn, Urządzeń i Instalacji- bez zastrzeżeń. Natomiast podstawą do wystawienia faktury VAT końcowej miał być zgodnie z postanowieniami wzoru umowy Protokół Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy- bez zastrzeżeń.

Konsorcjum Mostostal złożyło wraz z ofertą harmonogram rzeczowo- finansowy, który w podziale na 17 miesięcy realizacji wykazuje 15 miesięcy na opracowanie dokumentacji wykonawczej, wykonanie robót budowlanych i montaż technologii oraz 2 ostatnie miesiące przeznaczone wyłącznie na czynności związane z rozruchem oraz odbiorami. W harmonogramie rzeczowo- finansowym w pozycji „Razem I-XXIV” wskazano, iż po zakończeniu robót budowlanych Konsorcjum Mostostal zafakturuje łącznie 217 024 821,40 zł, czyli 95,25% oferowanej ceny, co w sposób oczywisty przekracza wartość 85 % wynagrodzenia, czego nie dopuścił Zamawiający w SIWZ. Ponadto wysokość wynagrodzenia wskazanego w harmonogramie po 14 miesiącach realizacji, a więc w przedostatnim miesiącu wykonywania robót budowlanych, czyli ewidentnie jeszcze nieodebranych wynosi 91,19% wartości kontraktu.

Bezspornym pozostaje także fakt, że w harmonogramie złożonym przez konsorcjum Mostostal wyodrębniono dla każdego Obiektu oddzielną pozycję o nazwie „Rozruch

odbioru", co jednoznacznie wskazuje, że czynności tych nie zawierają pozycje o nazwach: „Część budowlana” i „Część technologiczna”.

Z treści harmonogramu jednoznacznie wynika, że czynności te będą prowadzone jednocześnie w ostatnich dwóch miesiącach po zakończeniu robót budowlanych. Należy zatem stwierdzić, iż harmonogram rzeczowo-finansowy oparty o założenia, jakie przyjęło Konsorcjum Mostostal w swojej ofercie jest w sposób oczywisty sprzeczny z postanowieniami SIWZ. Niezależnie od powyższego Protestujący podniósł, iż nawet gdyby Zamawiający uznał, że wyodrębniona, jako ostatnia pozycja „Razem I – XXIV” jest jedynie sumą wartości wszystkich pozycji w układzie miesięcznym, to jednocześnie oznaczałoby to, że w ofercie Konsorcjum Mostostal brak jest zestawienia przepływów finansowych, jakich zażądał Zamawiający w zał. nr 6 do SIWZ. Przez przepływy finansowe należy bowiem rozumieć wartość robót, wskazaną w okresie fakturowania. Ofertę z harmonogramem nie zawierający przepływów finansowych również należałoby uznać za niezgodną z treścią SIWZ, a w efekcie tego za podlegającą odrzuceniu. Dodatkowo wskazał, że załączony przez wykonawcę harmonogram został niewłaściwie sporządzony także z następującego powodu. W treści wzoru umowy jednoznacznie wskazano na 30 dniowy termin płatności. Harmonogram rzeczowo-finansowy wraz z zestawieniem przepływów finansowym wykonawcy zobowiązani byli sporządzić w ujęciu miesięcznym. Tym samym kwota wskazana za wykonanie danej części przedmiotu umowy powinna była zostać wskazana jako przepływ pieniężny dopiero w miesiącu kolejnym. Harmonogram załączony do oferty Konsorcjum Mostostal nie jest sporządzony ww. sposób. Podkreślił, że powyżej wskazane błędy w harmonogramie rzeczowo-finansowym skutkują zobowiązaniem Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal. Błędy w harmonogramie rzeczowo-finansowym nie mogą być bowiem sanowane za pomocą instytucji uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 Pzp) lub poprawiania błędów (art. 87 ust. 2 Pzp). Harmonogram bowiem nie stanowi żadnego z dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 Pzp, a jedynie te dokumenty podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Poprawienie tego dokumentu przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp także nie jest możliwe w świetle przepisów. Po pierwsze ww. błędy nie stanowią oczywistych omyłek. Ponadto jakiegokolwiek zmiany w harmonogramie należałoby uznać za istotne zmiany w ofercie. Harmonogram rzeczowo-finansowy określa sposób wykonania świadczenia przez wykonawcę, tym samym ingerencja w jego treść stanowiłaby istotny wpływ na treść oferty, która jest podstawą do określenia zakresu i sposobu świadczenia w toku realizacji przyszłej umowy. Należy uznać, iż zgodnie z art. 66 § 1 kc sposób spełnienia świadczenia, w tym terminy wykonania poszczególnych obiektów i obciążenie za poszczególne obiekty stanowi *essentialia negotii* przyszłej umowy. Tym samym jakąkolwiek ingerencję w treść harmonogramu należałoby uznać za zmianę istotną, co uniemożliwia zastosowanie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W dniu 02.03.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 05.03.2010 r. (faxem) do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. (lider), Acciona Infraestructuras S.A., z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Konstruktorskiej 11A, 02-673 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Mostostal” albo „Przystępującym do spr. o sygn. akt: KIO/UZP 469/10”, wnosząc o uwzględnienie protestu w części dotyczącej Wykonawcy wybranego i oddalenie w zakresie dotyczącym Przystępującego do spr. o sygn. akt: KIO/UZP 469/10. Wskazał, że Konsorcjum Mostostal spełniło określony w części I rozdz. VI pkt 1 ppkt 12 SIWZ wymóg Zamawiającego polegający na załączeniu do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego. Odnosząc się do zawartej w proteście argumentacji dotyczącej postanowień projektu umowy ujętych w § 3 ust. 1 tego projektu oraz wzoru harmonogramu rzeczowo - finansowego, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, Przystępujący wskazuje, iż Protestujący dokonał nadinterpretacji postanowień umowy w tym zakresie. Zgodnie z literalnym brzmieniem postanowienia zawartego w § 3 ust.1 projektu: „Strony ustalają, że Wykonawca wykona Przedmiot Umowy w terminie miesięcy od dnia podpisania umowy, zaś poszczególne Obiekty wykona w terminach wskazanych w harmonogramie rzeczowo - finansowym, o którym mowa w §1 ust 2 pkt 8. (...)”. Jednocześnie w projekcie umowy Strony zgodnie ustalają, że sporządzony przez Wykonawcę i dołączony do oferty harmonogram będzie integralną częścią umowy (§ 23 projektu umowy) i stanowić będzie jej załącznik nr 4. Konsorcjum Mostostal załączyło do swojej oferty harmonogram rzeczowo - finansowy odpowiadający wzorowi określonemu w Zał. nr 6 do SIWZ, w którym określiło etapy realizacji przedmiotu zamówienia, tj. wykonanie wielobranżowych projektów wykonawczych dla poszczególnych obiektów, budowę, przebudowę i modernizację obiektów budowlanych, ich wyposażenie, rozruch ciągów technologicznych, ruch próbny, usytuowanie ich w czasie trwania budowy w układzie miesięcznym oraz odpowiadające im kwoty finansowe, które Wykonawca zamierza przerobić w danym miesiącu. Przystępujący wskazał, że § 15 projektu umowy reguluje *Warunki płatności*, które Konsorcjum Mostostal w pełni zaakceptowało składając ofertę w postępowaniu. Przystępujący zwrócił uwagę na zawarte w pkt 9 formularza ofertowego oświadczenie: „Oświadczamy, że zawarty w „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia” projekt umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.” Ponadto, w pkt 4 formularza oferty oświadczyło: „Akceptujemy, że zapłata wynagrodzenia należnego Wykonawcy nastąpi w częściach, na podstawie faktur VAT częściowych i faktury VAT końcowej wystawionych przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi przepisami i z Umową. Rozliczenia Wykonawcy z tytułu

wykonanych etapów robót lub Obiektów lub ich części określonych w harmonogramach realizacyjnych będzie następowało w odstępach czasu nie krótszych niż 4 tygodnie, na podstawie Protokołów Odbioru Częściowego-bez zastrzeżeń, Protokołu Odbioru Technicznego Obiektów – bez zastrzeżeń i Protokołu Odbioru Technicznego i Przekazania do Eksploatacji Maszyn, Urządzeń i Instalacji – bez zastrzeżeń, podpisanych przez przedstawicieli Stron. Zapłata realizowana będzie w formie przelewu bankowego w terminie co 30 dni od daty dostarczenia faktury VAT Zamawiającemu.”. W odniesieniu do przywołanego w proteście § 15 ust. 2-4 w zw. z § 2 ust. 4, 6 i 8 projektu umowy Przystępujący wskazuje, że składany w ofercie harmonogram rzeczowo-finansowy podlegać będzie wnikliwemu badaniu przez Zamawiającego i dopiero po wniesieniu doń (lub nie) uwag oraz zmian. stanowić będzie harmonogram wiążący Wykonawcę i stanie się podstawą do dalszych działań, w tym m. in. do sporządzenia harmonogramu realizacyjnego danego obiektu sporządzanego w układzie rzeczowo - finansowym, po uprzedniej jego weryfikacji i zatwierdzeniu przez Zamawiającego stosownie do postanowienia § 2 ust. 4 projektu umowy. Przystępujący wskazuje, ponadto, na brzmienie § 2 ust. 5 projektu umowy. Zwraca przy tym uwagę, że zgodnie z powołanym wyżej § 15 ust. 2 projektu umowy, rozliczenia wykonawcy z tytułu wykonywanych etapów robót lub obiektów bądź ich części określone będą w harmonogramach realizacyjnych, a nie harmonogramie rzeczowo-finansowym załączonym do oferty. W związku z powyższym dołączany do oferty harmonogram rzeczowo - finansowy w rozumieniu Zamawiającego nie musi zawierać warunków płatności, musi je natomiast zawierać harmonogram realizacyjny (vide: § 2 ust. 6 projektu umowy), który powstanie na warunkach określonych w projekcie umowy, którą Konsorcjum Mostostal zaakceptowało składając stosowne oświadczenia w ofercie. Nawet gdyby uznać, iż w składanym wraz z ofertą harmonogramie rzeczowo - finansowym wystąpiły uchybienia, to ich znaczenie jest marginalne i nie ma charakteru istotnego, gdyż nie powoduje zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy. W przypadku gdy Zamawiający miałby wątpliwości co do złożonego wraz z ofertą harmonogramu i rozliczeń między stronami, mógłby zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a w najgorszym przypadku - zastosować procedurę poprawiania omyłek w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, choć zdaniem Przystępującego w świetle jasno sformułowanych postanowień projektu umowy, przewidujących możliwość ingerencji Zamawiającego w harmonogram przed jego zatwierdzeniem i utworzeniem harmonogramu realizacyjnego (vide: § 2 ust. 4 i 5 projektu umowy) - określony w art. 87 ust. 2 Pzp tryb nie powinien mieć zastosowania. Potwierdzenie powyższego znalazło swoje odzwierciedlenie, w jego ocenie, w wyroku KIO z dnia 29.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1326/09.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 11.03.2010 r. faxem poprzez jego oddalenie. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego gwarancji wadialnej i wykazu osób Konsorcjum Linter Zamawiający powtórzył argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 433/10.

W odniesieniu do zarzutu względem niezgodności treści harmonogramu rzeczowo-finansowego załączonego do oferty przez Konsorcjum Linter. Zamawiający wskazał, że zawarł w SIWZ postanowienia, które jednoznacznie wskazują, że harmonogram rzeczowo - finansowy dołączony do oferty ulegnie modyfikacji po zawarciu umowy oraz, że strony umowy dopuszczają możliwość dokonania zmian kolejności i terminów wykonania poszczególnych obiektów określonych w harmonogramie. Stwierdził, że zawarcie w harmonogramie rzeczowo - finansowym jako podstawy do fakturowania placu budowy nie może skutkować odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z SIWZ. Z chwilą przejęcia przez Wykonawcę Terenu Budowy, Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie przystąpić do wykonania robót objętych Przedmiotem Umowy. W pierwszej kolejności Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie wykonać roboty przygotowawcze konieczne do rozpoczęcia, kontynuowania i ukończenia robót, w Części III SIWZ w Opisie Przedmiotu Zamówienia pkt IX Budowa i oddanie do użytku obiektów budowlanych, w pkt 6 Zamawiający stwierdził, że Wykonawca zobowiązany jest do ogrodzenia terenu wykonywanych prac i zaplecza budowlanego.

W odniesieniu do zarzutu względem niezgodności treści harmonogramu rzeczowo finansowego załączonego do oferty przez Konsorcjum Mostostal wskazał, że charakter harmonogramu rzeczowo finansowego został przez Zamawiającego określony. Każdy z Wykonawców składających ofertę składał Zamawiającemu oświadczenie o akceptacji warunków stawianych przez Zamawiającego, w tym projektu umowy. W tym zakresie zarzuty pod adresem oferty Konsorcjum Mostostal są bezzasadne, niezależnie od faktu, iż oferta tegoż Wykonawcy jest w postępowaniu ofertą przegrywającą i nie mającą szansy na wybór, wobec prawidłowości oferty wybranej.

W dniu 22.03.2010 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu Konsorcjum Budimex wniosło odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący wskazał także, co do zasady, zgadza się z ww. twierdzeniami Zamawiającego w zakresie wymogów jakim powinna odpowiadać gwarancja wadialna, jednakże zupełnie odmienna jest jego ocena prawidłowości gwarancji wadialnej złożonej przez Konsorcjum Linter. Nie kwestionuje faktu, że gwarancja bankowa wystawiona przez Bank w Wolbromiu odpowiada treści art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe. Jednakże w opinii Odwołującego sam ten fakt nie przesądza o jej prawidłowości

jako gwarancji wadialnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy Pzp formułują bowiem normy szczególne w stosunku do norm prawa bankowego, które mają pierwszeństwo przed normami ogólnymi. Należy również przypomnieć, że sam Zamawiający w doprecyzował w Rozdz. X pkt 7 SIWZ, że w przypadku wadium wnoszonego w formie poręczenia, gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej dokument wadialny powinien obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w art. 46 Pzp. Również ten wymóg jest wymogiem szczególnym, który wykonawca był obowiązany uwzględnić przygotowując dokument wadium. Dokument wadium przedłożony przez Konsorcjum Linter nie odpowiada wymogom szczególnym określonym w przepisach Pzp i postawionym przez Zamawiającego w SIWZ, w szczególności dokument ten nie zawiera żadnej z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp umożliwiających wypłacenie Zamawiającemu środków z gwarancji. Ponadto wskazał, iż gwarancja wadialna ma zagwarantować Zamawiającemu możliwość natychmiastowego i bezwarunkowego zatrzymania wadium w sytuacjach określonych przepisem art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Gwarancja wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Wolbromiu nie gwarantuje Zamawiającemu możliwości zrealizowania przysługujących mu na podstawie przepisów Pzp uprawnień. Wyraźnie w treści kwestionowanej gwarancji wskazano, że gwarant zobowiązał się zapłacić kwotę zobowiązania na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca (tj. Konsorcjum Linter) „nie wykonał zobowiązań płatniczych”. Nie można więc przyjąć, iż gwarancja ta nie zawiera żadnego warunku (jest bezwarunkowa). Tym warunkiem jest bowiem zaistnienie sytuacji niewykonania przez Konsorcjum Linter „obowiązków płatniczych”. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w rozstrzygnięciu protestu, że zobowiązaniem płatniczym Konsorcjum Linter jest obowiązek zapłaty kwoty wadium, które jest w formie bezgotówkowej. Na podstawie obowiązujących przepisów Zamawiającemu nie służy instytucja wezwania do zapłaty wadium. Należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca użył wyrażenia „zatrzymać wadium”, a „nie wezwać do zapłaty wadium”. Wynika to z faktu, iż wadium zabezpieczające ofertę powinno być do dyspozycji Zamawiającego od chwili otwarcia ofert przez cały okres związania ofertą bez konieczności dokonywania jakichkolwiek innych czynności prawnych lub faktycznych. Ponadto w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej Zamawiający nigdy nie zwraca się bezpośrednio do wykonawcy o realizację tej gwarancji tylko do gwaranta - wystawcy gwarancji. Tylko ten bowiem podmiot jest uprawniony do dokonania zapłaty na podstawie posiadanej przez Zamawiającego gwarancji.

Bez znaczenia dla oceny prawidłowości dokumentu przedmiotowej gwarancji jest również powoływany przez Zamawiającego fakt, iż gwarancja ta wskazuje, że została wystawiona „tytułem zabezpieczenia wadium do przetargu publicznego (..)”. Samo to wyrażenie, czy nazwa dokumentu nie konwaliduje wyżej wskazanych błędów.

W konsekwencji uznał iż wykonawca ten nie zabezpieczył swojej oferty wadium w kwocie określonej w SIWZ. Z uwagi na zakaz uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp należy stwierdzić, iż Konsorcjum Linter powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a oferta winna zostać uznana za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp).

Względem kolejnej spornej kwestii stwierdził, że nie można zgodzić się z argumentami podnoszonymi przez Zamawiającego, że daty dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Linter w żaden sposób nie mogą świadczyć, iż w terminie składania ofert wykonawca Konsorcjum Linter nie dysponował osobami, o których mowa w wezwaniu. Zamawiający twierdzi, iż *„nie można na podstawie daty sporządzenia dokumentu formułować aż tak daleko idących wniosków i odmawiać wykonawcy prawa do udziału w postępowaniu”*. Pzp w art. 25 wyraźnie stanowi, iż Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków na podstawie dokumentów wymaganych przez niego w SIWZ, obejmujących stan na dzień otwarcia ofert. Tylko zatem badanie tych dokumentów może prowadzić do stwierdzenia czy dany wykonawca spełnia warunki określone przez Zamawiającego. Z przedłożonych dokumentów nie sposób określić, iż spełnienie warunku zostało wykazane na dzień składania ofert. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty i oświadczenia powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Również w przypadku badania czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia zamawiający jest obowiązany oprzeć się na treści tych dokumentów i z nich wyciągać wnioski. Skoro zatem z dokumentów tych wyraźnie wynika, iż Konsorcjum Linter spełnia warunki udziału w postępowaniu w dacie uzupełnienia Zamawiający nie ma podstaw aby domniemywać, że wykonawca ten spełniał te warunki również we wcześniejszej dacie. Nie bez znaczenia dla oceny prawidłowości działań Zamawiającego ma również fakt, iż w wyniku uzupełnienia dokumentów Konsorcjum Linter wskazał inne niż wskazane w ofercie osoby, a nie tylko uzupełnił brakujące dokumenty dotyczące osób wskazanych w wykazie załączonym do oferty. Z uwagi na to Zamawiającym powinien być dochować szczególnej staranności w zweryfikowaniu czy Konsorcjum Linter dysponowało tymi osobami także w dacie składania ofert czy też pozyskał je po wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów. Bezsporne jest również tak w orzecznictwie jak i w poglądach doktryny, że Zamawiający nie ma prawa wzywać do ponownego uzupełnienia dokumentów złożonych w wyniku uzupełnienia. Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum Linter winno zostać wykluczony również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnośnie niezgodności oferty Konsorcjum Linter z treścią SIWZ. W harmonogramie tym Konsorcjum Linter w pierwszych 2 miesiącach realizacji zamówienia wskazał na

fakturowanie zaplecza placu budowy. Natomiast zgodnie z postanowieniami wzoru umowy świadczenie to nie uprawnia wykonawcy do obciążenia Zamawiającego poprzez wystawienie faktury VAT, jako że nie jest ani etapem robót lub obiektów, ani ich częścią. W rozdz. VI pkt 12 Zamawiający wyraźnie zobowiązał wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia do sporządzenia harmonogramu rzeczowo - finansowego zgodnie ze wzorem określonym w zał. nr 6 do SIWZ. Szereg wymogów jakim powinien odpowiadać harmonogram rzeczowo-finansowy znajduje się również we wzorze umowy. Zamawiający nie kwestionuje stanowiska Odwołującego, podnosi jedynie, że: *„w siwz zawarł postanowienia, które jednoznacznie wskazują, że harmonogram rzeczowo-finansowy dołączony do oferty ulegnie modyfikacji po zawarciu umowy oraz, że strony umowy dopuszczają możliwość dokonania zmian kolejności i terminów wykonania poszczególnych obiektów określonych w harmonogramie”*. Tym samym Zamawiający nie zaprzecza, iż oferta Konsorcjum Linter nie odpowiada treści SIWZ, a jedynie bagatelizuje znaczenie tego dokumentu. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie jest uprawniony, lecz zobowiązany do odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, kiedy to w ofercie występują jedynie omyłki podlegające poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Wskazane w ofercie Konsorcjum Linter błędy nie są możliwe do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Z uwagi na to oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Podniósł, że harmonogram rzeczowo-finansowy nie należy do kategorii dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 Pzp oraz w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2006 r., nr 87 ,poz. 605 z późn. zm.). Dokument ten jest bowiem dokumentem merytorycznym określającym m.in. sposób rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, a nie dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Tym samym dokument ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe bezspornym jest, iż oferta Konsorcjum Linter powinna być odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ostatnim zarzutem był zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Odwołujący podnosił w nim, iż harmonogram rzeczowo-finansowy załączony do oferty konsorcjum Mostostal nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego zamieszczonym w siwz. Zamawiający w § 3 ust. 1 wzoru umowy oraz zał. nr 6 do SIWZ, wymagał aby harmonogram uwierał *„zestawienie, w układzie miesięcznym, przepływów finansowych dla, całego czasookresu trwania umowy”*. Ponadto w § 15 ust. 2-4 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że rozliczenia wykonawcy z tytułu wykonanych etapów robót lub obiektów lub ich części, określonych w harmonogramach realizacyjnych o których mowa w § 2 ust. 6 i 8 wzoru umowy będą następowały nie częściej niż raz

w miesiącu kalendarzowym w odstępach nie krótszych niż 4 tyg., a suma wynagrodzenia netto, wynikająca z faktur VAT częściowych dotyczących każdego obiektu nie może przekroczyć 85 % kwoty wynagrodzenia netto za ten obiekt, określonej w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wskazanych przez Odwołującego niezgodności harmonogramu załączonego do oferty Konsorcjum Mostostal, a jedynie wskazał na możliwość zmiany harmonogramu na etapie realizacji umowy sprawie zamówienia. W ocenie Odwołującego fakt ten świadczy o tym, że Zamawiający nie kwestionuje wystąpienia ww. błędów w ofertach złożonych przez Konsorcjum Linter i Konsorcjum Mostostal.

Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z Pzp po stwierdzeniu błędów w ofercie jakiegokolwiek wykonawcy Zamawiający jest obowiązany, a nie uprawniony do podjęcia kroków określonych Pzp, tj. do oceny, czy błędy te stanowią omyłki, które można poprawić i w przypadku negatywnej oceny przesłanek powalających na poprawienie oferty do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Zamawiający nie podjął żadnej z ww. czynności, czym rażąco naruszył przepisy.

Ponadto Zamawiający w rozstrzygnięciu bagatelizuje znaczenie harmonogramu rzeczowo-finansowego wskazując, iż będzie miał prawo do jego poprawienia w trakcie realizacji umowy. Fakt ten jest dla Zamawiającego wystarczającą przesłanką dla uznania oferty Konsorcjum Mostostal za zgodną z SIWZ. W tym miejscu należy podkreślić, iż sam fakt dopuszczenia przez Zamawiającego zmiany harmonogramu na etapie realizacji umowy nie wpływa na ocenę zgodności treści oferty z SIWZ. W innym wypadku każde postanowienia, co do którego Zamawiający dopuszcza ewentualną zmianę umowy, wykonawca może złożyć niezgodną z SIWZ ofertę. Tym samym Zamawiający nie może akceptować rozwiązań zaproponowanych przez wykonawcę w ofercie, jeżeli są one niezgodne z SIWZ.

Odwołujący zważył, iż możliwość zmiany harmonogramu, na którą powołuje się w rozstrzygnięciu Zamawiający (§ 15 ust. 5 wzoru umowy) dotyczy jedynie kolejności i terminów dokonania poszczególnych obiektów. Natomiast popełnione przez Konsorcjum Mostostal błędy naruszają warunki płatności, które zostały wyraźnie uregulowane w we wzorze umowy i nie podlegają zmianie na etapie realizacji umowy. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż procedura wprowadzania zmian do harmonogramu określona w § 2 ust. 3 i 4 projektu umowy wymaga uprzedniej konsultacji lub zgody wykonawcy na dokonanie takiej zmiany. Oznacza to, że Zamawiający nie może całkowicie swobodnie kształtować lub poprawiać błędów popełnionych przez wykonawcę Konsorcjum Mostostal w harmonogramie. Abstrahując od faktu, iż działanie polegające na dostosowywaniu oferty do wymagań określonych w SIWZ dopiero na etapie realizacji umowy jest niezgodne z przepisami Pzp, to

w tym konkretnym przypadku jest to działanie również utrudnione bądź niemożliwe. To natomiast oznacza, iż pomimo przeprowadzonej procedury przetargowej Zamawiający może otrzymać przedmiot zamówienia niezgodny z jego wymaganiami. Harmonogram jest dokumentem na którym będzie opierała się realizacja przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 8 projektu umowy to harmonogram rzeczowo finansowy sporządzony przez wykonawcę i załączony do jego oferty stanowi integralną część umowy. Oznacza to, że ten właśnie harmonogram będzie stanowił podstawę realizacji zamówienia i rozliczeń Zamawiającego z wykonawcą. Tym samym błędne sporządzenie harmonogramu w przedmiotowym postępowaniu uniemożliwia prawidłową realizację zamówienia. Dokument ten bowiem określa sposób realizacji zamówienia oraz przepływy finansowe w trakcie realizacji zamówienia. Stanowi zatem część oferty, bez której realizacja zamówienia zgodna z wymaganiami Zamawiającego byłaby niemożliwa.

Jak istotny dla Zamawiającego jest to dokument świadczy również fakt, iż Zamawiający zawarł w nim szereg wymogów, którym ten dokument powinien odpowiadać. Wymagania te zostały określone w załącznikach do SIWZ, a także przywoływane przez Zamawiającego w odpowiedziach na zapytania wykonawców. W odp. na pyt. 6 Zamawiający podkreślił, że: *„harmonogram ten powinien określać etapy realizacji przedmiotu zamówienia, usytuowanie ich w czasie trwania budowy oraz odpowiadające im przepływy finansowe.”*

Zatem tylko harmonogram sporządzony według wymagań postawionych przez Zamawiającego może być uznany za zgodny z treścią SIWZ. Oferta ta podlega odrzuceniu ponieważ błędy, które wykonawca Konsorcjum Mostostal popełnił w harmonogramie nie kwalifikują się do ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Ponadto harmonogram rzeczowo-finansowy nie jest dokumentem, który wykonawca Konsorcjum Mostostal mógłby uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Powyżej prezentowane stanowisko Odwołującego wynika z analizy przepisów ustawy pzp, orzecznictwa KIO oraz poglądów doktryny. W opinii Odwołującego bezspornym powinno być, iż ww. błędy nie stanowią oczywistych omyłek pisarskich bądź rachunkowych, co uniemożliwia zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp. Natomiast brak możliwości poprawienia tych błędów na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika z materii, w której te błędy popełniono oraz z ich istotności dla realizacji zamówienia. Błędy te dotyczą sposobu wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę oraz sposobu rozliczania wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia, tym samym ingerencja w treść tych postanowień stanowiłaby istotny wpływ na treść oferty, która jest podstawą do określenia zakresu i sposobu świadczenia w toku realizacji przyszłej umowy. W świetle art. 66 § 1 kc sposób spełnienia świadczenia, w tym terminy wykonania poszczególnych obiektów i obciążenie za poszczególne obiekty stanowi *essentialia negotii* przyszłej umowy. Tym samym jakąkolwiek ingerencję w treść harmonogramu, a w szczególności w postanowienia obejmujące sposób płatności, należałoby uznać za

zmianę istotną, co uniemożliwia zastosowanie dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołuje wyrok KIO z dnia 3.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1338/09; KIO/UZP 1346/09; KIO/UZP 1347/09 oraz wyrok KIO z dnia 10.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 801/09.

W opinii Odwołującego powyższe argumenty w sposób bezsporny dowodzą, iż wobec braku możliwości poprawienia bądź uzupełnienia niezgodnego z SIWZ harmonogramu rzeczowo-finansowego złożonego przez Konsorcjum Mostostal, oferta Konsorcjum Mostostal powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 23.03.2010 r. Zamawiający faxem przekazał kopię odwołania Konsorcjum Mostostal i wezwał je do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 06.04.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum Mostostal po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie zarzutów wobec jego oferty, podtrzymał argumentację z przystąpienia do protestu. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.03.2010 r. sprawy o sygn. akt: KIO/UZP 433/10 oraz KIO/UZP 469/10 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, pismem Zamawiającego z dnia 18.08.2009 r. zawierającym m. in. odpowiedzi na pytanie z dnia 5.08.2009 r. oraz odpowiedź na pytanie 3 z dnia 7.08.2009 r., pismem Zamawiającego z dnia 09.09.2009 r. zawierającym m. in. odpowiedzi na pytania nr 9 i 10 z dnia 05.09.2009 r., pismem Zamawiającego z dnia 01.10.2009 r. zawierającym m. in. odpowiedź na pytanie 6 z dnia 23.09.2009 r., jak również po zapoznaniu się z protestem, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 433/10, protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 469/10, opinią prawną UZP przedłożoną na rozprawie przez Konsorcjum Mostostal w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 433/10, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów

ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawcy wnoszący odwołania posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia protestu i odwołania.

Konsorcjum Mostostal – Odwołujący w spr. o sygn. akt: KIO/UZP 433/10, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu złożonych ofert zaraz za ofertą Konsorcjum Linter, w przypadku uwzględnienia odwołania, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i wykluczenia niniejszego Wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Konsorcjum Budimex – Odwołujący w spr. o sygn. akt: KIO/UZP 469/10, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu złożonych ofert za ofertą Konsorcjum Linter i Konsorcjum Mostostal, w przypadku uwzględnienia odwołania w całości, tzn. powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Linter i odrzucenia jego oferty, jak również odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała także na skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Konsorcjum Mostostal w spr. o sygn. akt: KIO/UZP 469/10.

Odnosząc się do podniesionych w protestach, jak i w treści odwołań zarzutów dotyczących Konsorcjum Linter stwierdzić należy, że odwołania Konsorcjum Mostostal i Konsorcjum Budimex zasługują na uwzględnienie z wyjątkiem zarzutu, którego przedmiotem jest harmonogram rzeczowo-finansowy. Zarzut dotyczący Konsorcjum Mostostal z odwołania Konsorcjum Budimex, Izba uznała za niezasadny.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Linter z uwagi na nie zabezpieczenie oferty wadium w kwocie określonej w SIWZ i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, Izba uznała za zasadny. Z uwagi na wspólny charakter niniejszego zarzutu w odwołaniach Konsorcjum Mostostal i Budimex, Izba odnie się do niego wspólnie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający wymagał, aby oferty zostały zabezpieczone wadium w wysokości 5.000.000,00 zł. Ponadto w Rozdz. X pkt 7 SIWZ Zamawiający doprecyzował, że:

„w przypadku wadium wnoszonego w formie poręczenia, gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej dokument wadialny powinien obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę określone w art. 46 ust. 5 Pzp”. Wykonawca Konsorcjum Linter zabezpieczył swoją ofertę wadium w formie dwóch gwarancji: gwarancji bankowej nr 2/2009 z dnia 5.10.2010 r. wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Wolbromiu na kwotę 3.800.000,00 zł (str. 9 oferty) oraz gwarancji ubezpieczeniowej nr PO/00170108/2009 z dnia 5.10.2009 r. wystawioną przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. na kwotę 1.200.000,00 zł (str. od 10 do 11 oferty). W pierwszej z gwarancji znajduje się sformułowanie, że *„Bank zobowiązuje się zapłacić bezwarunkowo i nieodwołalnie kwotę zobowiązania na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie wykonał zobowiązań płatniczych”.* Dodatkowo Gwarant stwierdza, że wystawia gwarancje: *„tytułem zabezpieczenia wadium do przetargu publicznego (..)”.* Określa również, że udziela jej na rzecz: *„Lubelski Węgiel Bogdanka S.A w Bogdance (..)”,* czyli Zamawiającego.

W gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez Generali TU S.A. wskazano, iż Beneficjent będzie uprawniony do zaspokojenia się z tytułu przedstawionej gwarancji o ile Ubezpieczający nie złożył dokumentów lub oświadczeń zgodnie z zapisem art. 46 ust. 4a Pzp (2 strona z 2 gwarancji ubezpieczeniowej). Określono także, że beneficjentem jest Zamawiający, Gwarantem wskazany wyżej Wystawca, zaś Ubezpieczającym – Linter Sp. z o.o. Wskazano także, że: *„Gwarant działając na zlecenie Ubezpieczającego zapłaci nieodwołanie i bezwarunkowo na rzecz Beneficjenta kwotę (...) odpowiadającą wysokości wadium wymaganego w przetargu (..)”.*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała zasadność argumentacji obu Odwołujących odnośnie wadliwości pierwszego z dokumentów wadialnych przedłożonych wraz z ofertą przez Konsorcjum Linter. Niezgodność zapisów w niej zawartych i brak odesłania do art. 46 ust. 4a i 5 Pzp jest ewidentny i nie wymagający udowodnienia. Sformułowanie użyte: *„zobowiązań płatniczych”*, mimo swojego ogólnego charakteru nie zawiera w sobie przesłanek wynikających z przywołanych wyżej przepisów Pzp. Izba uznała za własną argumentację Konsorcjum Mostostal wskazującą, że zobowiązania płatnicze powstają *de facto* z momentem zawarcia umowy. Potwierdza to także przedłożona na rozprawie opinia prawna UZP. Wszelka wykładnia niniejszej gwarancji wadialnej wymagałaby abstrahowania od jej treści, albowiem mimo wskazania, że została wystawiona tytułem zabezpieczenia wadium do przetargu publicznego nie określa ona przesłanek wynikających z art. 46 Pzp, w konsekwencji nie jest to gwarancja wadialna konieczna na potrzeby w rozumieniu Pzp. Zasadnym jest także wskazanie, że Wystawca zawęził zakres skorzystania z niniejszego

dokumentu, bezsprzecznie bowiem w zakresie zobowiązania płatniczego nie mieści się odmowa zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego skoro z Pzp w żadnym wypadku nie wynika obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzecznictwa o niedopuszczalności uzupełnienia, czy też wyjaśnienia dokumentu wadialnego, istniejące przepisy Pzp nie dają żadnej możliwości w tym zakresie.

Po drugie, Izba nie dostrzegła wadliwości drugiego z przedłożonych dokumentów wadialnych. Kwestia, tego, że ofertę, z jaką mamy do czynienia, złożyli Wykonawcy występujący wspólnie nie czyni kwestionowanego zapisy w tej gwarancji wadliwym. Izba wielokrotnie wypowiadała się w orzecznictwie w tej materii. Ubezpieczającym jest liderem konsorcjum, który *de facto* jest zawsze ostatecznie odpowiedzialny za przedstawienie wszystkich dokumentów w ramach składanej oferty. Dotyczy to także jej uzupełniania w trybie art. 26 ust.3 Pzp, wynika to głównie z faktu pełnienia funkcji lidera, jak również regulacji w umowach konsorcjalnych oraz zawartego tam podziału obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe dotyczy także pełnomocnictw.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Linter z uwagi brak możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i uznania jego oferty za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, Izba uznała za zasadny. Z uwagi na wspólny charakter niniejszego zarzutu w odwołaniach Konsorcjum Mostostal i Budimex, Izba odniesie się do niego wspólnie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zgodnie z treścią części I, Rozdz. V pkt 1 ppkt 4 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do wykazania, iż dysponują osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, tj.:

- a) kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi oraz stwierdzone kwalifikacje osoby dozoru w branży budowlanej przez OUG;
- b) zastępcą Kierownika budowy, posiadającym uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniające do kierowania robotami budowlanymi oraz stwierdzone kwalifikacje osoby dozoru w branży budowlanej przez OUG;
- c) osobami posiadającymi uprawnienia w branży drogowej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych

oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;

d) osobami posiadającymi uprawnienia w specjalności architektonicznej do projektowania bez ograniczeń. Ponadto w Rozdz. VI pkt 1 ppkt 11 SIWZ Zamawiający wymagał dołączenia do oferty wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z danymi na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, złożony na druku stanowiącym zał. nr 5 do SIWZ oraz dołączenia dokumentów potwierdzających ww. uprawnienia oraz oświadczenia ww. osób wyrażających zgodę na objęcie funkcji na budowie. W przypadku osób, którymi Wykonawca będzie dysponował dopiero w momencie realizacji zamówienia należało dodatkowo przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tych osób. Konsorcjum Linter w swojej ofercie wskazał jako osobę, która pełnić będzie funkcję Kierownika budowy - p. Leszka G, a jako osobę, która pełnić będzie funkcję Zastępcy Kierownika budowy - p. Henryka M (wykaz osób niezbędnych do wykonania zamówienia – str. 112 oferty). Przedłożone uprawnienia w/w osób były ograniczone (str. od 113 do 120 oferty). Ponadto załączone do oferty zaświadczenie o przynależności do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa p. Leszka G utraciło ważność w dniu 30.06.2009 r. W związku z powyższym, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał w dniu 30.10.2009 r. do uzupełnienia dokumentów zawierających błęd. W wyniku powyższego wykonawca ten przedłożył dokument „Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia”, w którym wskazano jako Kierownika Budowy - p. Aleksandra O (poz. 1) oraz jako Zastępcę Kierownika Budowy - p. Jana S (poz. 2) wraz z w/w wymaganymi dokumentami i oświadczeniami. W pierwszym wypadku uprawnienie zostało wystawione z dniem 14.12.2006 r., świadectwo z dniem 10.06.2008 r., zaświadczenie z Izby Inżynierów Budownictwa z dniem 12.02.2009 r. Zgodnie z oświadczeniem z dnia 2.11.2009 r. p. Aleksander O wyraził zgodę na objęcie funkcji kierownika budowy w ramach konsorcjum, którego liderem jest Linter Sp. z o.o. Z kolei Linter Sp. z o.o., jako lider konsorcjum zgodnie z oświadczeniem z dnia 4.11.2009 r. wskazał, że p. Aleksander O jest zatrudniony na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony od dnia 1.11.2009 r. W drugim wypadku, uprawnienie zostało wystawione z dniem 3.10.2002 r., świadectwo z dniem (data nieczytelna, bez znaczenia dla sprawy), zaświadczenie z Izby Inżynierów Budownictwa z dniem 23.04.2009 r. Zgodnie z oświadczeniem z dnia 2.11.2009 r. p. Jan S wyraził zgodę na objęcie funkcji kierownika budowy w ramach konsorcjum, którego liderem jest Linter Sp. z o.o., także w ramach tego oświadczenia zawarte jest drugie oświadczenie o udostępnieniu na rzecz konsorcjum, którego liderem jest Linter Sp. z o.o. w/w pracownika - Firmy Usługowej TAKSA.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że przedmiotem sporu nie jest kwestia łączącego wskazane osoby stosunku z konsorcjum, którego liderem jest spółka Linter. Nie chodzi też o to czy dokument może być uzupełniony z datą późniejszą niż dzień upływu terminu składania ofert. Przedmiotem sporu jest, czy Konsorcjum Linter zgodnie z dyspozycją art. 26 ust.3 Pzp wykazało dysponowanie obiema osobami na dzień 7.10.2010 r. W tym zakresie należy wyraźnie podkreślić, że nie miało to miejsca.

Po drugie, Izba wskazuje, że to Wykonawca ma wykazać, że dysponuje ww. osobami w wyznaczonym terminie. Nie jest rolą Odwoływających dociekanie, czy aby jednak osoby te były w gestii Konsorcjum Linter na dzień 7.10.2010 r. Dokumenty nie potwierdzają tego stanu rzeczy. Brak jest jakiegokolwiek odniesienia w nich do tej kwestii, przeciwnego do twierdzeń Odwoływających. W konsekwencji, Izba zmuszona była oprzeć się na zawartych w nich datach, a w szczególności na dacie 1.11.2009 r., 2.11.2009 r. oraz 4.11.2009 r., które nie pozostawiają żadnych wątpliwości, co do faktu nie dysponowania (nie wykazania okoliczności przeciwnej) przez Konsorcjum Linter osobami p. Aleksandra O oraz p. Jana S. Stanowisko w tej materii Zamawiającego, Izba uznała za „spekulacje” nie mające oparcia w dokumentach. Powyższego nie zmienia data przesłania za pomocą faxu uprawnień p. Aleksandra O, tj. dzień 30.10.2009 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, w związku z zaniechaniem wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Linter i uznania jego oferty za podlegającą odrzuceniu, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w odniesieniu do Konsorcjum Mostostal w spr. o sygn. akt: KIO/UZP 433/10.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty Konsorcjum Linter, jako nie odpowiadającej treści SIWZ, w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowym załączonego do oferty, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W Rozdz. VI pkt 1 ppkt 12 SIWZ Zamawiający wyraźnie zobowiązał wykonawców ubiegających się o udzielenie niniejszego zamówienia do sporządzenia harmonogramu rzeczowo - finansowego zgodnie ze wzorem określonym w zał. nr 6 do SIWZ. Wskazano tam podstawowy jego zakres, tj. harmonogram robót oraz zestawienie, w układzie miesięcznym,

przepływów finansowych dla całego czasu trwania umowy. Szereg wymogów jakim powinien odpowiadać harmonogram rzeczowo-finansowy określono również we wzorze umowy. W harmonogramie rzeczowo-finansowym załączonego do oferty Konsorcjum Linter w pierwszych 2 miesiącach realizacji zamówienia wskazało na fakturowanie zaplecza placu budowy. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznaje, że stanowisko Konsorcjum Budimex ma charakter wybiórczy. Z jednej bowiem strony wskazuje ono na to, że zgodnie z postanowieniami wzoru umowy świadczenie to (fakturowanie zaplecza budowy) nie uprawnia wykonawcy do obciążenia Zamawiającego poprzez wystawienie faktury VAT, jako że nie jest ani etapem robót lub obiektów, ani ich częścią. Z drugiej nie dostrzega § 6 ust. 2 wzoru umowy zgodnie z którym wynagrodzenie obejmuje oraz pokrywa koszty związane z należyтым wykonaniem Wykonawcą wszystkich świadczeń i obowiązków wynikających z Umowy, o których mowa w § 2 ust. 1 i 2. Zgodnie bowiem z ust.1 wskazanego paragrafu przedmiot umowy ma być wykonany: *„na warunkach określonych w umowie”*. Zaś: *„Wykonawca w ramach Umowy wykona wszelkie prace przygotowawcze niezbędne do wykonania Przedmiotu Umowy”*. Bezsprzecznie teren budowy, na który wskazuje § 5 wzoru umowy odnosi się do zaleczonego budowy. Dodatkowo, Izba wskazuje, że w ramach zakresu harmonogramu określonego w załączniku nr 6 do SIWZ jest także zapis odnośnie - przepływów finansowych dla całego czasu trwania umowy. Ten zapis sugeruje bezsprzecznie, że w ramach harmonogramu nie miały być zwarte tylko przepływy finansowe realizowanych robót, ale całego zakresu przedmiotowego umowy, w konsekwencji wyodrębnienie fakturowania zaplecza budowy nie może skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Linter, jako niezgodnej z SIWZ. Powyższe potwierdza też odpowiedź Zamawiającego na pytanie 6 z dnia 23.09.2009 r.: *„(...) Harmonogram ten [finansowo-rzeczowy] powinien określać etapy realizacji przedmiotu zamówienia (np. wykonanie wielobranżowych projektów wykonawczych dla poszczególnych obiektów, budowę, przebudowę i modernizację obiektów budowlanych, ich wyposażenie, rozruch ciągów technologicznych, ruch próbny itp.), usytuowanie ich w czasie trwania budowy oraz odpowiadające im przepływy finansowe (...)”*.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie. Jednocześnie wskazując, że wobec potwierdzenia się dwóch pierwszych zarzutów wspólnych dla obu odwołań, nie uznanie zasadności ostatniego z zarzutów w odniesieniu do Konsorcjum Linter jest bez znaczenia dla statusu jej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty Konsorcjum Mostostal, jako nie odpowiadającej treści SIWZ, w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowym załączonego do oferty, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W części I Rozdz. VI pkt 1 ppkt 12 Zamawiający wymagał załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie ze wzorem określonym w zał. nr 6 do SIWZ. Wskazano tam podstawowy jego zakres, tj. harmonogram robót oraz zestawienie, w układzie miesięcznym, przepływów finansowych dla całego czasu trwania umowy. Warunki sporządzenia tego dokumentu zostały szczegółowo określone we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 8: „*Strony zgodnie ustalają, że załącznikiem nr 4 do niniejszej Umowy będącym integralną częścią jest harmonogram rzeczowo-finansowy, sporządzony przez Wykonawcę i załączony do jego oferty*”. W § 2 ust. 4 i 5 wzoru umowy Zamawiający stwierdził, że w terminie 21 dni od daty zawarcia umowy ma prawo wnieść zmiany i uwagi do harmonogramu rzeczowo – finansowego. Dokonanie tych zmian Zamawiający będzie konsultował z Wykonawcą, przy czym Zamawiającemu przysługiwać będzie rozstrzygające zdanie, co do wniesienia zmian do ww. harmonogramu. Dodatkowo, niezależnie od zmian i uwag do harmonogramu rzeczowo – finansowego, o których mowa w ust. 4, strony dopuszczają już w trakcie wykonywania umowy możliwość dokonania zmian kolejności i terminów wykonania poszczególnych obiektów określonych w w/w harmonogramie – przed rozpoczęciem ich budowy, z zastrzeżeniem że zmiany te nie mogą powodować zwiększenia wysokości maksymalnego wynagrodzenia (§ 6 ust.1) oraz przedłużenia terminu wykonania umowy, zadeklarowanego w treści oferty i określonego w § 3 ust. 1 wzoru umowy. Zgodnie z § 2 ust. 6 wzoru umowy przed rozpoczęciem robót każdego z obiektów objętych przedmiotem umowy Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu w celu uzyskania pozytywnej opinii Komisji Oceny Projektów Inwestycyjnych m.in. harmonogram realizacyjny danego obiektu sporządzony w układzie rzeczowo-finansowym na podstawie harmonogramu rzeczowo-finansowego, w brzmieniu istniejącym po zakończeniu procedury jego weryfikacji (§ 2 ust. 4) oraz uwzględniającym wprowadzone zmiany w trybie określonym w § 2 ust. 5 wzoru umowy. Szczegółowy tryb opiniowania także tego dokumentu określony został w § 18 ust. 1 wzoru umowy. Harmonogram realizacyjny dla danego Obiektu powinien zawierać podział robót na elementy robót tworzących technologiczną całość (np. wykonanie projektu wykonawczego, wykonanie fundamentów, konstrukcji stalowej), które nadawać się będą do dokonania ich odbioru, a także określenia wartości poszczególnych elementów robót z wyodrębnieniem wartości: maszyn urządzeń i instalacji wraz z montażem (§ 2 ust. 8).

Strony ustalają także, że Wykonawca wykona przedmiot umowy w terminie (..) od dnia podpisania umowy, zaś poszczególne obiekty wykona w terminach wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Strony dopuszczają możliwość wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy przed terminem określonym powyżej. W przypadku, gdy

łączna wartość netto robót dodatkowych zleconych Wykonawcy drogą zamówień dodatkowych przekroczy 5 % wartość wynagrodzenia netto, określonego w § 6 ust. 1 wzoru umowy, wówczas strony dopuszczają możliwość przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy (§ 3 ust.1 -2). Przedmiotem Odbioru Częściowego są poszczególne obiekty lub ich części lub etapy robót dotyczących danych obiektów określone w harmonogramie realizacyjnym, o którym mowa w § 2 ust. 6 i 8 wzoru umowy. Celem Odbioru Częściowego jest kontrola wykonania etapów robót lub obiektów lub ich części, zgodnie z w/w harmonogramem (kontrola terminowości) oraz kontrola poprawności wykonania robót (kontrola jakości) (§ 10 ust.1). Przedmiotem Odbioru Technicznego będzie wykonanie przez Wykonawcę Obiektów określonych w pozwoleniu na budowę (§ 11 ust.1). Zgodnie z harmonogramem realizacyjnym, po dokonaniu Odbioru Technicznego Obiektów bez zastrzeżeń, Wykonawca przystąpi do rozruchu maszyn, urządzeń i instalacji Rozbudowanego Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (§ 12 ust.1). Rozliczenie Wykonawcy z tytułu wykonanych robót lub obiektów lub ich części, określonych w harmonogramach realizacyjnych, o których mowa w § 2 ust. 6 i 8 wzoru umowy, będzie następowało, nie częściej niż jeden raz w miesiącu kalendarzowym i w odstępach nie krótszych niż 4 tygodnie, na podstawie podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli stron: Protokołów Odbioru Częściowego – bez zastrzeżeń, protokołu Odbioru Technicznego Obiektów – bez zastrzeżeń i Protokołu Odbioru Technicznego i Przekazania do Eksploatacji Maszyn, Urządzeń i Instalacji – bez zastrzeżeń (§ 15 ust. 2). Protokoły określone w ust. 2 będą podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktur VAT częściowych. Suma wynagrodzenia netto wynikająca z faktur VAT częściowych dotyczących każdego z obiektów, nie może przekroczyć 85 % kwoty wynagrodzenia netto za wykonanie danego obiektu, określonej w harmonogramie rzeczowo-finansowym, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 8, w brzmieniu istniejącym po zakończeniu procedury weryfikacji, o której mowa w § 2 ust. 4 wzoru umowy oraz uwzględniającym wprowadzone zmiany w trybie określonym w § 2 ust. 5 (§ 15 ust. 3). Strony ustalają, że łączna wartość wynagrodzenia netto wynikająca z wystawionych przez Wykonawcę faktur VAT częściowych nie może przekroczyć 95 % kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto określonej w § 6 ust. 1 wzoru umowy, przy czym strony ustalają, że za wykonanie świadczeń i obowiązków określonych w umowie, zakończonych podpisaniem Protokołu Odbioru Technicznego Obiektów – bez zastrzeżeń, łączna wartość wynagrodzenia wynikająca z wystawionych przez Wykonawcę faktur VAT częściowych nie może przekroczyć kwoty maksymalnego wynagrodzenia netto określonej w § 6 ust. 1 wzoru umowy. Fakturę częściową VAT na kolejne 10 % maksymalnego wynagrodzenia netto określonego w § 6 ust. 1, Wykonawca uprawniony będzie wystawić po podpisaniu Protokołu Odbioru Technicznego i Przekazania do Eksploatacji Maszyn, Urządzeń i Instalacji – bez zastrzeżeń (§ 15 ust. 4).

Załącznikiem nr 5 do umowy są zasady bezpiecznego wykonywania i koordynacji robot wykonywanych w obiektach czynnego Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla, które stanowią, że rozpoczęcie prac nastąpi po (..) opracowaniu i zatwierdzeniu harmonogramu prac (pkt 9 lit. b). Zgodnie z cz. III Opis przedmiotu zamówienia, pkt 13 i 15 – przed rozpoczęciem robót na danym obiekcie Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu m.in. harmonogramu realizacyjnego w celu uzyskania pozytywnej opinii Komisji Projektów Inwestycyjnych, warunkujących rozpoczęcie robót na danym obiekcie. Harmonogram realizacyjny dla danego obiektu powinien zawierać podział robót na elementy robót tworzących technologiczną całość (np. wykonanie projektu wykonawczego, wykonanie fundamentów, konstrukcji stalowych), które nadawać się będą do dokonania ich odbioru, a także określenia wartości poszczególnych elementów robót z wyodrębnieniem wartości: maszyn urządzeń i instalacji wraz z ich montażem.

W ramach pisma z dnia 18.08.2009 r. Zamawiający udzielił m. in. odpowiedzi na pytanie z dnia 5.08.2009 r. wskazując, że przedmiary robót, zgodnie z „*Opisem przedmiotu zamówienia*” mają charakter informacyjny. W ramach niniejszego pisma – odpowiedź na pytanie 3 z dnia 7.08.2009 r. („(...) *Prosimy o potwierdzenie, że korekty [harmonogramu rzeczowo-finansowego] będą uwzględniały stanowisko Wykonawcy i obiektywne możliwości realizacyjne*”), Zamawiający wskazał, że: „Zgodnie z § 2 ust. 4 projektu Umowy korekty harmonogramu rzeczowo-finansowego Zamawiający będzie konsultował z Wykonawcą. *Zmiany te będą uwzględniały obiektywne warunki wynikające z:*

- *utrzymania ciągłości ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej,*
- *pracy innych firm na terenie ZPW,*
- możliwości realizacyjnych Wykonawcy*”

W ramach pisma z dnia 09.09.2009 r. Zamawiający udzielił m. in. odpowiedzi na pytania nr 9 i 10 z dnia 05.09.2009 r. Zgodnie z którymi: „*Fakturowanie odebranych robót częściowych będzie odbywało się na podstawie zakresu robót ujętych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, przygotowanym przez Wykonawcę, a zatwierdzonym przez Zamawiającego wraz z Projektem Wykonawczym dotyczącym określonego obiektu*” (odpowiedź na pytanie nr 9); w odpowiedzi na pytanie 10 Zamawiający nie zgodził się na możliwość przesuwania terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym oraz terminu zakończenia całości robót o czas opóźnienia wynikający nie terminowego wykonania obowiązków przez Zamawiającego.

W ramach pisma z dnia 01.10.2009 r. Zamawiający udzielił m. in. odpowiedzi na pytanie 6 z dnia 23.09.2009 r.: „*W związku z obowiązkiem dołączenia do oferty Harmonogramu rzeczowo - finansowego prosimy o określenie stopnia szczegółowości tego dokumentu w zakresie rzeczowym. Czy na etapie oferty wykonawca może złożyć harmonogram ofertowy z podziałem jedynie na obiekty z wyodrębnieniem w każdym*

obiekcie elementów robót tworzących technologiczną całość tj. np. projektu wykonawczego, fundamentów, konstrukcji, montażu maszyn i urządzeń, instalacji elektrycznych itp. bez szczegółowego podziału i opisu elementów odbiorowych wraz z odpowiadającym temu podziałowi rzeczowemu zestawieniu przepływów finansowych w układzie miesięcznym ? Wykonawca, zadając powyższe pytania jest świadomy, że harmonogram realizacyjny, stanowiący załącznik nr 4 do Umowy zostanie sporządzony w tym względzie zgodnie z zapisami § 2 Umowy, a w szczególności z dyspozycją § 2 ust. 8."

Zamawiający wskazał, że: *„W projekcie umowy określone są 2 harmonogramy:*

- Harmonogram realizacyjno - finansowy (zgodnie z §1 ust. 2 pkt 8) Projektu Umowy stanowiący załącznik do oferty przetargowej, a jednocześnie załącznik nr 4 do Projektu Umowy. Harmonogram ten powinien określać etapy realizacji przedmiotu zamówienia (np. wykonanie wielobranżowych projektów wykonawczych dla poszczególnych obiektów, budowę, przebudowę i modernizację obiektów budowlanych, ich wyposażenie, rozruch ciągów technologicznych, ruch próbny itp.), usytuowanie ich w czasie trwania budowy oraz odpowiadające im przepływy finansowe,*
- Harmonogramy realizacyjne (zgodnie z §2 ust. 8) zatwierdzane przez Zamawiającego wraz z wielobranżowymi Projektami wykonawczymi dla poszczególnych obiektów określonych w Harmonogramie realizacyjno - finansowym. Harmonogramy realizacyjne będą zawierać podział robót, dla poszczególnych obiektów budowlanych, na elementy robót tworzące technologiczną całość oraz określać wartość tych robót. Harmonogramy te będą podstawą do odbiorów częściowych i wystawiania przez Wykonawcę faktur częściowych."*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba podtrzymuje stanowisko orzecznictwa odnośnie harmonogramu rzeczowo-finansowego, jako merytorycznego dokumentu, który nie podlega uzupełnieniu.

Po drugie, kwestie wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, czy też poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, a w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy w ocenie Izby rozpatrywać indywidualnie w zależności od zaistniałych okoliczności i danych stanów faktycznych, albowiem zasadne jest w tym zakresie stanowisko Konsorcjum Budimex, że co do zasady wpływa to w sposób zasadniczy na treść merytoryczną oferty i na *essentialia negotii* przyszłej umowy z Wykonawcą.

Po trzecie, za trafne uznaje stanowisko Konsorcjum Budimex, że ewentualna niezgodność harmonogramu (dokumentu), z oświadczeniami wynikającymi z formularza ofertowego powodowałaby sprzeczność nie podlegającą poprawie. Z tym, że Izba stwierdza, że wykazywana przez Odwołującego niezgodność nie ma miejsca i ma charakter tylko i wyłącznie hipotetyczny. Należy zważyć, że nie bez znaczenia dla okoliczności sprawy pozostaje fakt, że postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania, a przede wszystkim wzoru

umowy mają charakter nadwyraz zawity i pozostawiający możliwość interpretacji takich jak przedstawił, tak Odwołujący, jak i Przystępujący. Niejednokrotnie nie wiadomo do końca który zapis odnosi się do harmonogramu finansowo-rzeczowego, a który tylko do harmonogramów realizacyjnych. Nierzadko poprzez odwołania i zapisy o możliwości modyfikacji całości wzoru, dodatkowo ulega dalszemu skomplikowaniu. Zwłaszcza, gdy najpierw mówi się o harmonogramie finansowo – rzeczowym, potem o realizacyjnym, a na końcu o dopuszczalnych modyfikacja z uwagi na czynny charakter obiektów Zamawiającego. W konsekwencji, Izba przywołuje zasadę, zgodnie z którą nieprecyzyjne zapisy SIWZ nie mogą działać na szkodę Wykonawców, w tym wypadku zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego.

Po czwarte, Izba dokonała wnikliwej analizy przede wszystkim wzoru umowy. Brak konsekwencji w niektórych jej zapisach w nazewnictwie, liczne odesłania, brak precyzji wymagał dokonania jej wykładni nie tylko językowej, ale i systemowej i celowościowej. W konsekwencji Izba uznała, że kwestia fakturowania, a w konsekwencji wielkości procentowych i płatności jest związana z harmonogramem realizacyjnym, a ściśle harmonogramami. Nie bez znaczenia jest także wstępny charakter harmonogramu rzeczowo-finansowego, co wbrew stanowisku Odwołującego wyraźnie potwierdziło orzecznictwo Izby - wyrok z dnia 4.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1445/09, sygn. akt: KIO/UZP 1453/09. Tożsamość zapisów tam podnoszonych z zapisami wzoru umowy w niniejszym postępowaniu organizowanym przez tego samego Zamawiającego jest niezaprzeczalna.

Po piąte, Izba wyjaśnia, że Odwołujący całą argumentację oparł na niezgodności harmonogramu rzeczowo-finansowego, czyli treści oferty z treścią SIWZ, w szczególności wzoru umowy. Jeżeli jednak wielkości procentowe podnoszone przez Odwołującego, a niezaprzeczalnie wynikające z umowy były wiążące dla Wykonawców nie na etapie harmonogramu rzeczowo- finansowego, ale harmonogramów realizacyjnych, to SIWZ w tej materii nie była uregulowana, a jedyną dyspozycją odnośnie przepływów finansowych była dyspozycja wynikająca z zał. Nr 6 do SIWZ - zestawienie, w układzie miesięcznym, przepływów finansowych dla całego czasu trwania umowy. Tudzież odpowiedź Zamawiający na pytanie 6 z dnia 23.09.2009 r. Izba wskazuje, że dokonała całościowej analizy wzoru umowy w tym, w szczególności § 15 ust. 4 w związku z § 10 ust.1, § 11 ust.1 oraz § 12 ust.1 wzoru umowy. Nie mniej istotne są zapisy § 15 ust. 2 i 3, jak i § 2 ust. 4, 5, 6 oraz 8 wzoru umowy. Ważny jest także § 3 ust. 1 i 3 wzoru umowy, czy też pkt 9 lit. b załącznika nr 5 do umowy, jak również pkt 13 i 15 części III Opisu przedmiotu zamówienia. Odpowiedzi na pytania wskazane w uzasadnieniu również potwierdzają stanowisko Izby.

Nie chodzi zatem, w ocenie Izby, o zmianę harmonogramu rzeczowo - finansowego, czyli w *de facto* oferty po zawarciu umowy, na podstawie zapisów to dopuszczających,

a zgodnych z art. 144 ust. 1 Pzp, ale o postanowienia wzoru umowy (SIWZ), który w tym zakresie milczały, albo co najwyżej nie były do końca precyzyjne.

Ponadto, Izba bezsprzecznie potwierdza ujęcie harmonogramu w układzie miesięcznym, wyeksponowanie przepływów finansowych, a wyodrębnienie „*Rozruchu i odbioru*” za nie mające charakteru sprzeczności merytorycznej treści oferty z treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 Pzp, wydała w sprawach sygn. akt: KIO/UZP 433/10 i KIO/UZP 469/10 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Konsorcjum Budimex – Odwołujący w spr. o sygn. akt: KIO/UZP 469/10 w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*