

Sygn. akt: KIO 589/12

Sygn. akt: KIO 596/12

WYROK

z dnia 3 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 kwietnia 2012 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **26 marca 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo (lider); PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. z siedzibą w Paseo de la Castellana 259 D, Torre Espacio, Madryt, Hiszpania, (KIO 589/12),**

- B. w dniu **26 marca 2012 r.** przez wykonawcę: **Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (KIO 596/12),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Białystok - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Białymstoku ul. Włókiennicza 4, 15-465 Białystok,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 589/12, po stronie zamawiającego,

orzeka:

A. 1. Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo (lider); PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. z siedzibą w Paseo de la Castelana 259 D, Torre Espacio, Madryt, Hiszpania, (sygn. KIO 589/12),** oraz nakazuje zamawiającemu:

- 1.1.** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: **UNIBEB S.A. (lider) ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski; Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa; Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Hiszpania; Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław,**
- 1.2.** dokonanie poprawy harmonogramu rzeczowo-finansowego złożonego przez odwołującego **Hydrobudowę Polską S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo (lider); PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. z siedzibą w Paseo de la Castelana 259 D, Torre Espacio, Madryt, Hiszpania** i unieważnienia czynności odrzucenia tej oferty,
- 1.3.** nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Białystok - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Białymstoku ul. Włókiennicza 4, 15-465 Białystok,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **Hydrobudowę Polską S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo (lider); PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. z siedzibą w Paseo de la Castelana 259 D, Torre Espacio, Madryt, Hiszpania, (KIO 589/12),** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Białystok - Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Białymstoku ul. Włókiennicza 4, 15-465 Białystok na rzecz: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo (lider); PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. z siedzibą w Paseo de la Castelana 259 D, Torre Espacio, Madryt, Hiszpania, (KIO 589/12), kwotę 23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

B. 1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy: Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (KIO 596/12) i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. dokonanie poprawy harmonogramu rzeczowo-finansowego złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UNIBEB S.A. (lider) ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski; Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa; Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie, Avenida de Europa 18 Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Hiszpania; Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław,**
- 1.2. nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.**

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Białystok - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Białymstoku ul. Włókiennicza 4, 15-465 Białystok,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (KIO 596/12),** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Białystok - Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Białymstoku ul. Włókiennicza 4, 15-465 Białystok, na rzecz wykonawcy Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (KIO 596/12), kwoty kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 589/12

Sygn. akt: KIO 596/12

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę stadionu piłkarskiego w regionie północno-wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym” - dokończenie inwestycji, ogłoszonym w dniu 2 września 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2011 /S 168-277193), zostały wniesione następujące odwołania:

- A. W dniu 26 marca 2012 r. w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie (lider); PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. z siedzibą w Madrycie (dalej zwany także konsorcjum Hydrobudowa), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, (KIO 589/12),
- B. w dniu 26 marca 2012 r. przez wykonawcę: Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa (KIO 596/12), (dalej zwany także Warbud), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, (KIO 596/12).

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie w dniu 16 marca 2012 r. za pośrednictwem faksu o wyborze najkorzystniejszej oferty – konsorcjum: UNIBEB S.A. (lider), Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., W.P.P.B. Nr 2 WROBIS S.A. (dalej zwany także konsorcjum UNIBEB) oraz o odrzuceniu oferty odwołującego - konsorcjum Hydrobudowa.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności zarzucili zamawiającemu Gminie Białystok - Miejskiemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji w Białymstoku naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Sygn. akt: KIO 589/12

Odwołujący: Hydrobudowa Polska S.A. z siedzibą w Wysogotowie (lider); PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. z siedzibą w Madrycie (KIO 589/12), wniósł odwołanie na następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1. wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie UNIBEP S.A.; Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A.; W.P.B.P. NR 2 Wrobis S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
2. ocenę wszystkich ofert złożonych w postępowaniu,
3. odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego,
4. zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, *ewentualnie w stosunku do pkt 4 powyżej,*
5. zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, dotyczących treści oferty złożonej przez konsorcjum Hydrobudowa, w odniesieniu do złożonego wraz z tą ofertą harmonogramu realizacji zamówienia, względnie zaniechanie poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, oferty złożonej przez odwołującego,
6. zaniechanie wezwania konsorcjum UNIBEP oraz wykonawcy Warbud S.A. do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, dotyczących treści złożonych przez tych wykonawców ofert, w odniesieniu do złożonych wraz z tymi ofertami harmonogramów realizacji zamówienia, względnie zaniechanie poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ofert złożonych przez konsorcjum UNIBEP i Warbud S.A., *ewentualnie w odniesieniu do pkt 4 oraz 5 i 6 powyżej,*
7. zaniechanie odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
8. zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Wobec wyżej kwestionowanych czynności i zaniechania ich podjęcia, odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców,
2. art. 7 ust. 3 Pzp, przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert i błędne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, *ewentualnie wobec pkt 3 powyżej,*
4. art. 87 ust. 1 Pzp, przez jego niezastosowanie wobec odwołującego, konsorcjum UNIBEP i wykonawcy Warbud S.A. i zaniechanie wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w odniesieniu do załączonych do tych ofert harmonogramów realizacji zamówienia, względnie
5. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie wobec ofert złożonych przez odwołującego, konsorcjum UNIBEP i wykonawcy Warbud S.A. i zaniechanie poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ofert złożonych przez tych wykonawców.

W związku ze zgłoszonymi zarzutami odwołujący żądał nakazania zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty konsorcjum UNIBEP,
2. unieważnienia czynności oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu,
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i:
 - 1) dokonania wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Hydrobudowa jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie w stosunku do pkt 1 powyżej:

2) wezwania odwołującego, konsorcjum UNIBEP oraz wykonawcy Warbud S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty tych wykonawców w odniesieniu do załączonych do tych ofert harmonogramów realizacji zamówienia, *względnie*,

3) poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ofert złożonych przez odwołującego, konsorcjum UNIBEP i wykonawcę Warbud S.A.;

ewentualnie w stosunku do pkt 1), 2) i 3) wyżej:

- 4) odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu,
- 5) unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp, przejawiający się w tym, że zamawiający wskutek nie zastosowania się do wskazanych wyżej przepisów prawa, zaniechał wyboru jako oferty najkorzystniejszej tej, która została złożona przez konsorcjum Hydrobudowa. Tym samym za oczywiste uznał wystąpienie, w tej sytuacji, szkody po stronie odwołującego w postaci niemożliwości realizacji zamówienia i uzyskania określonego przychodu i zysku. Ponośli, że jego oferta przedstawia najkorzystniejszą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, co oznacza, że gdyby zamawiający nie odrzucił tej oferty, działając zgodnie z przepisami Pzp, byłaby ona wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego - wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu zamawiający podał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) określony został zakres prac, jaki musi być wykonany w I etapie realizacji zamówienia oraz zakres prac objętych II etapem. Podczas analizy harmonogramu przedłożonego wraz z ofertą przez odwołującego, zamawiający doszedł do wniosku, że konsorcjum Hydrobudowa zamierza wykonać roboty wskazane w pozycjach 30, 31 i 35 harmonogramu w etapie II realizacji inwestycji i uznał to

za rozbieżność pomiędzy wymaganiami określonymi w SIWZ a przedstawionym harmonogramem.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty konsorcjum Hydrobudowa i błędnie zakwalifikował wyżej opisaną sytuację jako niezgodność oferty z SIWZ. Na wstępie, odwołujący przywołał postanowienia SIWZ dotyczące harmonogramu, w których *de facto* zamawiający określa jedynie informacyjny i poglądowy charakter tego dokumentu, przynajmniej na etapie udzielania zamówienia. *Zgodnie z pkt. 14.4.5 SIWZ „harmonogram realizacji zamówienia będzie miał pomiędzy stronami charakter wiążący po jego zatwierdzeniu przez Zamawiającego,” natomiast w pkt. 25.1 SIWZ wskazuje, że „przedstawiony przez Wykonawcę harmonogram realizacji zamówienia musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego przed podpisaniem umowy. W przypadku zgłoszenia zastrzeżeń przez Zamawiającego, wszystkie zmiany w harmonogramie będą dokonywane w drodze obopólnych ustaleń i za obopólną zgodą”.* Także w oświadczeniach złożonych przez konsorcjum Hydrobudowa w formularzu oferty (pkt. 3 ppkt 6 formularza oferty), zgodnie z wymogiem zamawiającego, wskazano, że konsorcjum Hydrobudowa „zobowiązuje się dokonać poprawek w załączonym harmonogramie realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z obopólnymi ustaleniami i za obopólną zgodą.”

Zgodnie z powyższym – jak utrzymywał odwołujący - zamawiający dopuszcza możliwość zmiany harmonogramu, a nawet z literalnego brzmienia zapisu wprowadzonego do formularza oferty wynika, że zamawiający wręcz zakładał wprowadzanie zmian w harmonogramie. Tym samym, dopuszczał prowadzenie negocjacji z wykonawcami w przedmiocie ustalenia ostatecznej wersji harmonogramu.

W ocenie odwołującego, harmonogram realizacji zamówienia to dokument, który z zasady ma charakter elastyczny, podlega zmianom, a przede wszystkim jest nierozłącznie związany ze stopniem realizacji zadania - a nie ma być tylko abstrakcyjnymi planami sporządzonymi w oderwaniu od postępu prac - nie uwzględniającymi realiów procesu budowlanego. Harmonogram rzeczowo-finansowy na etapie składania ofert może bowiem być co najwyżej pewnymi planami, projekcjami zakładanych robót i wydatków z nimi związanych, skoro nie jest wtedy jeszcze możliwe określenie w jakim czasie nastąpi rozpoczęcie robót (to wszak jest uzależnione od rozstrzygnięcia postępowania, daty zawarcia umowy), co dodatkowo uzależnione jest od zdarzeń niepewnych takich jak niewystąpienie technicznych przeszkód w rozpoczęciu robót. Taki charakter tego dokumentu wynika również z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem harmonogramowi należy - w zakresie jego treści - przyznać walor dokumentu o znaczeniu pomocniczym, informacyjnym, a nie definitywnie zobowiązującym do konkretnych działań,

zgodnie z jego treścią. Harmonogram realizacji inwestycji został w przedmiotowym postępowaniu wyraźnie odniesiony do realizacji robót, ich postępu i wartości. Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, że harmonogram, pomimo iż został przez zamawiającego wskazany jako konieczny element oferty (pkt. 14.3 SIWZ), nie stanowi *de facto* oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, za jaką należy uznać oświadczenie woli oferenta, będące jednostronną czynnością prawną, powodującą po stronie oblata powstanie prawa kształtującego. Wyrażona w ofercie propozycja zawarcia umowy powinna być tak sformułowana, że do zawarcia umowy potrzebne jest wyłącznie oświadczenie o przyjęciu oferty wprost, zatem możliwość, czy nawet konieczność zmian w złożonym oświadczeniu woli pozbawia go charakteru oferty. Oferta złożona w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wiąże wykonawcę i zobowiązuje do zawarcia z zamawiającym umowy na warunkach określonych w ofercie (jeżeli zamawiający dokona wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej). Niedopuszczalne jest negocjowanie warunków oferty, co potwierdza m.in. norma wprowadzona przepisem art. 87 ust. 1 Pzp, który stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zgodnie z art. 144 ustawa Pzp zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany, a dokonanie zmian z naruszeniem powyższego przepisu - podlega unieważnieniu. W postępowaniu, zamawiający co prawda przewidział w SIWZ możliwość dokonywania zmian w harmonogramie, nie mniej jednak, nie określił warunków wprowadzenia takich zmian. Wykładnia wyżej przywołanej normy prowadzi natomiast do wniosku, że ustawodawca stosując spójnik „oraz” właściwy dla koniunkcji logicznej wymaga, aby obie przesłanki determinujące możliwość wprowadzenia zmian w stosunku do treści oferty wystąpiły łącznie, tzn. wskazanie w SIWZ możliwości wprowadzenia zmian, przy jednoczesnym określeniu warunków ich wprowadzenia. W dokumentacji przetargowej dotyczącej zamówienia nie doszło do spełnienia tych przesłanek, zatem zamawiający nie ma możliwości negocjowania treści oferty przed podpisaniem umowy z wykonawcą. Doprowadziło to odwołującego do konkluzji, że harmonogram załączony do formularza oferty nie stanowi oferty, a jako dokument o charakterze informacyjnym - wskazuje jedynie zamawiającemu przyjęte przez wykonawcę założenia co do finansowania i przebiegu realizacji inwestycji oraz wskazuje na ogólne ramy, w których wykonawca dopuszcza negocjacje z zamawiającym w tym zakresie. Gdyby bowiem zamawiający, uznając harmonogram za ofertę *sensu stricte*, dopuszczał jego zmiany w drodze negocjacji, bezspornie popadłby w konflikt z przepisami Pzp.

Odwołujący zaznaczał, że konsorcjum Hydrobudowa w formularzu oferty zagwarantowało wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ, dokumentacją techniczną, wykazem wad i usterek oraz postanowieniami projektu umowy załączonymi do SIWZ (pkt. 3 ppkt 3) formularza oferty. Zamawiający natomiast wyciągnął odmienne wnioski z dokumentu o charakterze informacyjnym, jakim jest harmonogram i na tej podstawie dokonał odrzucenia oferty odwołującego. Zatem uznanie niezgodności oferty z SIWZ oparł na dokumencie o charakterze poglądowym, niewiążącym, pomimo iż odmienne oświadczenia odwołujący złożył w formularzu oferty, który bezsprzecznie ma charakter oferty w rozumieniu art. 66 ust. 1 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący w kontekście powyższych wywodów, uznał, że zarzuty zamawiającego dotyczące treści harmonogramu, jego niejasność, błędy, czy nieścisłości, nie mogą stanowić przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Harmonogram rzeczowo-finansowy ma charakter pomocniczy przy realizacji zadania. Możliwość zmiany harmonogramu po zawarciu umowy z danym wykonawcą oznacza, iż harmonogram ten nie stanowi w istocie treści oferty i nie może być podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. A Skoro harmonogram realizacji zamówienia składany w ofercie pełnił jedynie rolę informacyjną i nie stanowił o zakresie podjętego przez wykonawcę zobowiązania, a zatem nie stanowił merytorycznego potwierdzenia zakresu świadczenia - to ustalony przez zamawiającego charakter omawianego dokumentu, wyklucza - w przypadku stwierdzenia jego niezgodności z innymi postanowieniami SIWZ, możliwość zastosowania sankcji przewidzianej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący podsumował, że co do zasady zamawiający nie może doszukiwać się niezgodności z SIWZ w harmonogramie realizacji inwestycji, gdyż z samego celu takiego dokumentu, wynika jego dynamiczny charakter, co determinuje niemożliwość uznania go za element oferty w ścisłym tego słowa znaczeniu, a co za tym dokonania odrzucenia tejże oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej odwołujący wywodził, że nawet, gdyby przyjąć, że harmonogram złożony przez odwołującego wraz z ofertą stanowił treść oferty, to za znaczące uchybienie zamawiającego, poczytał zaniechanie wezwania konsorcjum Hydrobudowa do złożenia wyjaśnień w trybie 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający może korzystać z tego uprawnienia w toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia do wyboru najkorzystniejszej oferty. Jeśli jednak zaniechał żądania wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwie zinterpretuje treść oferty, może narazić się na negatywne tego konsekwencje. W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie odwołującego, zamawiający dokonał oceny oferty z naruszeniem prawa, polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne

wyjaśnienia do wykonawcy. Ten sposób rozumienia przepisu potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r. (UZP/ZO/0-936/03, niepubl.), w którym, uwzględniając odwołanie, Zespół stwierdził: *„Zamawiający może, ale nie musi z tego uprawnienia skorzystać. (...) Jednakże (...) zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty (...), jeżeli istnieją ku temu przesłanki.”* Zdaniem odwołującego, zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień, wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. To na zamawiającym, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp. Oferta zawierająca nieścisłości i błędy w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego – w przeświadczeniu odwołującego nie podlega odrzuceniu, a zamawiający może poprawić ofertę w tym zakresie stosując art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający ma również możliwość poprawiania harmonogramu, co nie stanowi zmiany treści oferty i podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący argumentował, że zamawiający nie powinien rezygnować z wyjaśnienia niejednoznacznych części oferty, z góry zakładając, iż na pewno zmienią one jej treść. Art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp należy interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne i nieważne. Konkludując podkreślał, że zamawiający miał możliwość wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wątpliwych pozycji harmonogramu realizacji inwestycji. Przeprowadzając wykładnię celowościową przepisu art. 87 ust. 1 Pzp doszedł do wniosku, że zamawiający miał obowiązek zażądać od konsorcjum Hydrobudowa wyjaśnień dotyczących harmonogramu, jeżeli jego niezweryfikowane wątpliwości doprowadziły w konsekwencji do odrzucenia oferty odwołującego.

Nadto, poza możliwością skorzystania z procedury wyjaśnień oferty, zdaniem odwołującego, zamawiający musiał poprawić popełniony błąd w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. O ile zastosowanie procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp jest uprawnieniem zamawiającego, to poprawienie omyłek zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 Pzp jest jego obowiązkiem. Imperatywne sformułowanie - „zamawiający poprawia” zobowiązuje zamawiającego do dokonania poprawek w wypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w

wyżej przywołanym przepisie. Za niewątpliwe uznał natomiast, że niewskazanie przez konsorcjum Hydrobudowa wartości prac w pozycjach 30, 31 i 35 etapu I harmonogramu było wynikiem niezamierzonego błędu przy sporządzaniu harmonogramu. Odwołujący miał zamiar wykonania tych robót w I etapie realizacji inwestycji. Błąd doprowadził do tego, że zamawiający uznał, że konsorcjum Hydrobudowa zamierza realizować roboty objęte pozycjami 30, 31 i 35 etapu I harmonogramu w II etapie realizacji inwestycji. Podnosił, że błąd popełniony przez odwołującego ma jednak charakter błędu nieistotnego, w szczególności z uwagi na fakt, że nie wpływa na cenę oferty ani na zakres prac objętych ofertą. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego sam jednoznacznie wskazał, że konsorcjum Hydrobudowa zamierzało wykonać wszystkie roboty objęte przedmiotem zamówienia, tyle, że według zamawiającego i zgodnie z jego interpretacją oferty, roboty wymienione powyżej miałyby zostać wykonane w II etapie realizacji inwestycji. Zamawiający wskazał, iż *„podczas analizy harmonogramu realizacji inwestycji złożonego przez Wykonawcę znaleziono rozbieżność pomiędzy wymaganiami SIWZ, a złożonym przez Wykonawcę harmonogramem. Rozbieżność dotyczyła następującego zakresu: a) parkingi (poz. 31), b) drogi (poz. 30 i 31), c) chodniki (poz. 31), d) zieleń, w tym wycinka drzew i krzewów (poz. 35) - zgodnie z przedstawionym harmonogramem Wykonawca stwierdził, iż wykona te prace w II etapie realizacji zamówienia.”* Zamawiający nie kwestionuje zatem, że roboty objęte pozycjami 30, 31, 35 harmonogramu dotyczącego realizacji etapu I zamówienia wchodziły w zakres świadczenia oferowanego przez konsorcjum Hydrobudowa.

Odwołujący podnosił, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc *a priori*, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. W przedmiotowym przypadku wprowadzenie zmian w harmonogramie nie zmieniłoby istoty zobowiązania odwołującego, zatem było to możliwe w trybie wprowadzenia przez zamawiającego poprawek oferty. Procedura określona przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi wyjątek od stosowania sankcji odrzucenia oferty za zawarte w jej treści niezgodności z treścią SIWZ. Wyjątek uczyniony w przywołanym przepisie - występował w orzecznictwie również przed nadaniem mu obecnego brzmienia. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z dnia 23 lutego 2007 r., X Ga 23/07, opierając się na celowościowej wykładni prawa, stwierdził: *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy wyznaczony między innymi treścią cytowanego przepisu. Z mocy przepisu art. 14 ustawy*

Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (...), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dla oceny postępowania zamawiającego i wykonawców znajduje zatem zastosowanie także norma art. 5 k.c. Uwzględnienie żądania odrzucenia oferty jedynie z tej przyczyny, że jeden z elementów dokumentu złożonej, poza tym zgodnie z treścią SIWZ oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne."

Odwołujący przekonywał, że intencją ustawodawcy przy wprowadzeniu nowej treści art. 87 ust. 2 Pzp, było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Miało to zapobiegać konieczności odrzucania ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - w wypadku zaistnienia nieistotnych błędów czy nieścisłości w ofertach, które nie wpływały na zakres świadczenia objętego ofertą i zaproponowaną ceną, a co za tym idzie - zapewnić większą skuteczność prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Celem zmian legislacyjnych było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

W przeświadczeniu odwołującego, przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp bezsprzecznie mógł znaleźć zastosowanie do poprawienia błędów w harmonogramie realizacji zamówienia. Potwierdza to również stanowisko judykatury. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 sierpnia 2011 roku, KIO 1648/2011, uznała, że „przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wyłącza również możliwości poprawienia w harmonogramie omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (czy też jej wyjaśnieniami). Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego

asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.” Jak już wskazano powyżej, zmiany, których zamawiający mógł dokonać w harmonogramie przedłożonym przez odwołującego, nie miałyby cechy istotności, z uwagi na brak wpływu na cenę oferty i zakres świadczenia. Właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem SIWZ (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią SIWZ i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a SIWZ, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty). Możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. Nie można z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wywieść, iż ma to być wyłącznie tzw. niezawiniony błąd. Chodzi natomiast o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią wymagań SIWZ, ale na skutek błędnego ich odczytania, składa w rezultacie oświadczenie o treści odmiennej niż zamierzona, nie zdając sobie nawet z tego sprawy. Zamawiający jest zobligowany do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku gdy zachodzi omyłka, a więc niezamierzone przez wykonawcę działanie, prowadzące do sytuacji, że treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Powyższą tezę, odwołujący uznał za przystającą do oferty odwołującego, gdyż nieścisłości, które znalazły się w harmonogramie nie były zamierzonym działaniem konsorcjum Hydrobudowa. Przedstawiona argumentacja doprowadza do wniosku, że nawet gdyby uznać harmonogram realizacji zamówienia, załączony przez odwołującego do formularza oferty za treść tej oferty - zamawiający dysponował narzędziami przewidzianymi w Pzp, za pomocą których mógł wyjaśnić treść harmonogramu lub ją poprawić - doprowadzając do jednoznacznego i pozbawionego wątpliwości rozumienia oświadczenia woli złożonego przez odwołującego, jakim był przedmiotowy harmonogram. W wypadku zaistnienia takiej sytuacji zdezaktualizowałyby się przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców, wskazał, że w każdy z wykonawców popełnił podobne błędy w harmonogramie realizacji zamówienia, jednakże negatywne konsekwencje tego stanu rzeczy zostały wyciągnięte jedynie wobec konsorcjum Hydrobudowa.

1. W harmonogramie złożonym przez konsorcjum Hydrobudowa, jak zostało opisane powyżej, omyłkowo nie wskazano wartości robót w pozycjach 30, 31 i 35 etapu I realizacji inwestycji.

2. Konsorcjum UNIBEP w przedłożonym wraz z ofertą harmonogramie wskazało w pozycji 16. etapu II, że roboty polegające na wykonaniu instalacji sanitarnych wewnętrznych - instalacji chłodniczej-freonowej zostały ujęte w I etapie realizacji inwestycji. Analiza dokumentacji przetargowej doprowadza do wniosku, że nie jest możliwe wykonanie całego zakresu tych robót w I etapie realizacji zamówienia. W projekcie wykonawczym II „Instalacje sanitarne, Instalacje c.o.; lokalne chłodzenie i ogrzewanie” znajduje się opis instalacji chłodniczej-freonowej. Wynika z niego, że pomieszczenia techniczne, w których zlokalizowane są urządzenia branży elektrycznej i teletechnicznej znajdują się na całym stadionie zarówno do wykonania w etapie I jak i II. Pomieszczenia są zlokalizowane na dwóch poziomach stadionu tzn. +0,00 i + 9,66. Łącznie, lokalnym chłodzeniem przy pomocy lokalnych klimatyzatorów „freonowych” objęte są 34 pomieszczenia techniczne zlokalizowane mniej więcej w równej liczbie w obu częściach stadionu, których wykonanie miało zostać zrealizowane odpowiednio w etapie I i II. Zestaw klimatyzacji lokalnej składa się z klimatyzatora ściennego wewnątrz pomieszczenia i agregatu zewnętrznego wraz z instalacją odprowadzenia skroplin oraz instalacji obiegu freonu pomiędzy jednostkami. Niemożliwym jest wykonanie całości tych robót, zarówno tych w części objętej etapem I jak i etapem II, już w etapie I. Dokładna lokalizacja pomieszczeń objętych lokalną instalacją chłodzenia przy pomocy klimatyzatorów „freonowych” została wskazana w następujących rysunkach: SMB-SM-W II-IS-CT-2.3a - etap II POZIOM +9,66, SMB-SM-W II-IS-CT-2.1- etap I POZIOM +9,66, SMB-SM-W II-IS-CT-2.2a -etap II POZIOM +9,66, SMB-SM-W II-IS-CT-O.1a - etap I POZIOM +0,00, SMB-SM-W II-IS-CT-0.1 b - etap I i II POZIOM +0,00, SMB-SM-W II-IS-CT-0.2a - etap II POZIOM +0,00, SMB-SM-W II-IS-CT-0.3a - etap II POZIOM +0,00, SMB-SM-W II-IS-CT-0.4a - etap I POZIOM +0,00, SMB-SM-W II-IS-CT-0.4b - etap II POZIOM +0,00.

Powyższa analiza doprowadziła odwołującego do wniosku, że konsorcjum UNIBEP założyło otrzymanie już w I etapie realizacji zamówienia wynagrodzenia za roboty, których wykonanie częściowo będzie możliwe dopiero w II etapie. Konsorcjum UNIBEP zamierza zatem obciążyć zamawiającego kosztami robót jeszcze nie wykonanych, co należy uznać za niedopuszczalne.

3. Wykonawca Warbud S.A. w pozycji 2. etapu I harmonogramu - przygotowanie terenu - roboty rozbiórkowe etap I, wskazał wartość tych robót w kwocie 1 000 000,00 zł. Tymczasem zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, dotyczącymi pytania wykonawców nr 10,

zawartymi w piśmie zamawiającego z dnia 19 stycznia 2012 roku, I etap robót rozbiórkowych - pozostaje zrealizowany. Zatem zamawiający wskazał wprost, że roboty te nie są objęte przedmiotem zamówienia, gdyż zostały już wykonane. Pomimo tego wykonawca Warbud S.A. przewidział je w swoim harmonogramie i określił wartość tych robót. W zaistniałej sytuacji, trudno uznać, czy zamawiający powinien umniejszyć cenę ofertową o wartość wskazaną w poz. 3 etapu I, czy też uznać, że kwota ta ma stanowić wynagrodzenie wykonawcy za inne roboty.

Powyższe, zdaniem odwołującego, wskazuje na fakt, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu popełnił analogiczne błędy w harmonogramie realizacji zamówienia. Zamawiający w sytuacji wystąpienia porównywalnych błędów we wszystkich złożonych ofertach, zastosował różne działania wobec wykonawców. Błąd w harmonogramie - stał się przyczyną odrzucenia oferty odwołującego, jednakże w stosunku do pozostałych wykonawców zamawiający nie zastosował żadnych sankcji. W związku z faktem, iż błędy w harmonogramie realizacji zamówienia nie mogą zostać zakwalifikowane jako niezgodność z SIWZ, co uzasadniał wyżej, zamawiający nie powinien zastosować wobec konsorcjum Hydrobudowa sankcji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tak jak nie zastosował jej wobec pozostałych wykonawców.

Jeżeli nawet przyjąć, że harmonogram stanowi treść oferty, to zamawiający powinien zażądać od wszystkich wykonawców wyjaśnień treści harmonogramów, a z całą pewnością był zobowiązany do dokonania poprawek w harmonogramach w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jeżeli nawet uznać prawidłowość działania zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty konsorcjum Hydrobudowa - czemu odwołujący zdecydowanie się sprzeciwiał - to zamawiający zobowiązany był do zastosowania tych samych kryteriów oceny ofert wobec wszystkich wykonawców. W konsekwencji musiałoby to doprowadzić do odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i unieważnieniu postępowania na podstawie 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Działania, które podjął zamawiający, doprowadziły w ocenie odwołującego, do nierównego, niekonkurencyjnego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia. Zasada równego traktowania wykonawców, wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp, oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie - zawiera nakaz dokonywania oceny

warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych z ofertą, nie zaś innej wiedzy zamawiającego. Norma ta nakazuje przede wszystkim jednakowe traktowanie wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu w podobnych sytuacjach i stosowanie takich samych środków czy sankcji przewidzianych przepisami Pzp wobec wykonawców znajdujących się w analogicznych sytuacjach. W postępowaniu zamawiający nie zastosował się do tej, jednej z naczelných zasad procedury udzielania zamówień publicznych, i wobec wykonawców popełniających takie same błędy - zastosował różne działania. Doprowadziło to do obarczenia odwołującego sankcją odrzucenia oferty, przy zaniechaniu jakichkolwiek działań zamawiającego wobec pozostałych wykonawców. Podkreślił, że takie działanie zamawiającego stoi w sprzeczności z normą wprowadzoną art. 7 ust. 1 Pzp i przyświecającą postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ideą równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 26 marca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego faksem wniesionym dnia 28 marca 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca konsorcjum: UNIBEP S.A., z siedzibą w Bielsku Podlaskim; Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie; Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A.

Zgłaszający przystąpienie, nie wykazał, że przystąpienie zostało doręczone Prezesowi KIO w terminie ustawowym. Przystąpienie zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp - dla swej skuteczności - musi być wniesione w formie pisemnej lub elektronicznej, w terminie 3 dni od dnia doręczenia kopii odwołania.

Powołując się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia, zgłaszający przystąpienie wnosil o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy wyboru jego oferty. Jednocześnie ustosunkował do zarzutów odwołania w następujący sposób.

Zgodnie z pkt 14.3 ppkt 2 SIWZ kompletna oferta musi zawierać proponowany harmonogram realizacji zamówienia przygotowany zgodnie z SIWZ. W treści SIWZ oraz umowy o wykonanie zamówienia publicznego zamawiający przewidział wykonanie obiektu w 2 etapach, umożliwiającą korzystanie przez zamawiającego z pierwszej części obiektu już po zakończeniu I etapu realizacji zamówienia. Takie założenie zamawiającego było oczywiste dlatego, iż budowany obiekt powstaje w miejscu starego (dotąd użytkowanego) obiektu i celem zamawiającego było zapewnienie ciągłości rozgrywek piłkarskich na poziomie ekstraklasy. Zamawiający nie ma możliwości przeniesienia przedmiotowych rozgrywek na inny stadion w regionie.

Tak precyzyjnie określony zapis, w ocenie zgłaszającego przystąpienie, nie może być na tym etapie postępowania sprowadzany do rangi nieistotnej pomyłki pisarskiej dlatego, iż mógłby stanowić podstawę do niewykonania zamówienia przez Hydrobudowę zgodnie z SIWZ i umową. Oczywistym jest bowiem fakt, że nieuwzględnienie w pierwszym etapie zamówienia tak istotnych jego elementów jak: drogi dojazdowe, parkingi, chodniki i zieleń (poz. 30, 31 i 35 harmonogramu) doprowadzi do niemożliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie I etapu zamówienia - co z kolei doprowadzi do niemożliwości korzystania przez zamawiającego z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem a tym samym, nie będzie również mogła być rozpoczęta budowa II etapu zamówienia - zgodnie z przyjętymi przez zamawiającego założeniami, określonymi w SIWZ.

Z uwagi na powyższe rozbieżności pomiędzy SIWZ i wzorem umowy a treścią złożonej przez Hydrobudowę oferty, uznał, że - w żaden sposób nie można potraktować tych odstępstw - jako nieistotnej pomyłki, czy elementu, który może być konwalidowany na późniejszym etapie postępowanie, tj. już po podpisaniu umowy gdyż, jak zauważył sam odwołujący - zgodnie z treścią oświadczenia złożonego w pkt 3. ppkt 6. formularza oferty wykonawca „zobowiązuje się dokonać poprawek w załączonym harmonogramie realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z obopólnymi ustaleniami i za obopólną zgodą."

Tak sformułowany zapis może w skrajnej sytuacji doprowadzić do „braku zgody wykonawcy" na zmiany w harmonogramie wykonania robót i w konsekwencji na ich niewykonanie w I etapie - co niewątpliwie doprowadzi do stanu, że przedmiot umowy nie będzie mógł być wykorzystywany zgodnie z założeniami zamawiającego. Zamawiający więc na etapie wykonania umowy, dopuszcza zmianę harmonogramu za obopólną zgodą stron, jeżeli taka sytuacja byłaby korzystna dla zamawiającego. Sytuacja opisana powyżej w żadnym wypadku nie jest korzystna dla zamawiającego, gdyż nie daje mu gwarancji otrzymania I etapu zamówienia, który uzyska pozwolenie na użytkowanie i umożliwi zamawiającemu bez przeszkód nieprzerwane korzystanie z obiektu. Przeciwnie, zaproponowany przez odwołującego sposób realizacji przedmiotu zamówienia, sprzeczny z postanowieniami SIWZ - wyłącza możliwość korzystania z użytkowanego na co dzień obiektu, na okres co najmniej 12 miesięcy, tj. na okres realizacji II etapu.

Zgłaszający przystąpienie nie dostrzegął również okoliczności, na podstawie których zamawiający miałby wystąpić do odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty. Taki wniosek w ocenie konsorcjum UNIBEP, mógłby w swojej treści stanowić próbę ingerencji w jeden z najistotniejszych elementów oferty tj. warunki jej realizacji. Analizując treść oferty odwołującego, zamawiający właściwie ocenił, że nie ma możliwości jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp dlatego, iż takie działanie naruszyłoby prawa innych uczestników postępowania. Stosując bardzo daleko posuniętą analogię do opisanej powyżej sytuacji,

odwołujący mógłby równie dobrze stwierdzić, że podana przez niego cena jest wynikiem „niezamierzonego błędu” przy sporządzaniu oferty.

Zgłaszający przystąpienie zauważył, że zamierzone przez Hydrobudowę w przedmiotowym harmonogramie wykonanie robót z I etapu jednocześnie z robotami z II etapu jednorazowo podczas prac na II etapie inwestycji nie jest „przypadkowym błędem,” a dobrze zamaskowaną oszczędnością cenową (przejawem nieuczciwej konkurencji). Oczywistym jest bowiem, że wykonanie np. prac drogowych (budowa dróg dojazdowych i parkingów), ze względu na potrzebę zastosowania wielu specjalistycznych maszyn i urządzeń jest znacznie tańsze, jeżeli wykonywane będą one jednorazowo (w jednym procesie technologicznym), niż ich etapowanie. Podwójna mobilizacja prac i dwukrotna organizacja tych samych robót zawsze będzie znacznie droższa niż wykonanie ich jednorazowo. Z tego też powodu uznanie przez zamawiającego, że uchybienia odwołującego mają charakter jedynie nieistotny, byłoby *de facto* próbą ingerencji w sposób oszacowania ceny oferty i przejawem nierównego potraktowania pozostałych wykonawców. Podążając - tylko teoretycznie - za tym sposobem myślenia, pozostali wykonawcy na tym etapie postępowania mogliby podnieść, że większość zaplanowanych robót mogliby wykonać w II etapie inwestycji, gdyż rzeczywiście ich jednorazowe wykonanie bez etapowania spowodowałoby znaczne obniżenie cen ich ofert. Zgodnie z SIWZ wszyscy oferenci powinni oszacować swoje oferty w sposób porównywalny, który dawałby zamawiającemu pewność wykonania obiektu, przy takich samych założeniach co do jego przekazania do użytkowania w 2 etapach. Rolą zamawiającego jest ocena złożonych ofert zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, w oparciu o sztywne kryteria określone w SIWZ. Nie jest rolą zamawiającego interpretowanie treści jednej oferty w sposób dowolny, nieporównywany z innymi ofertami i oderwany od SIWZ i umowy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 26 marca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem wniesionym dnia 28 marca 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, który wnosił o oddalenie odwołania, popierając stanowisko zamawiającego, że oferta konsorcjum Hydrobudowa podlega odrzuceniu.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Warbud S.A. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba postanowiła nie dopuścić konsorcjum firm: UNIBEP S.A., z siedzibą w Bielsku Podlaskim, Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie; Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. – jako

zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystąpienie w wymaganej formie pisemnej zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, do protokołu rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania konsorcjum Hydrobudowa.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 596/12

Odwołujący Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, przez wybór oferty, która podlega odrzuceniu,
2. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 23 Pzp tj. UNIBEP S.A. Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A, W.P.B.P. NR 2 WROBIS S.A. (konsorcjum UNIBEP),
3. naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum UNIBEP;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że jego interes we wniesieniu niniejszego odwołania polega na tym, iż w wyniku dokonanej przez zamawiającego oceny ofert w sposób niezgodny z SIWZ i ustawą, zaniechania odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ, odwołujący może ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia. Powyższe rozumienie wymagań dla korzystania ze środków ochrony prawnej jest zgodne ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał

interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp" (Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych, opublikowana na stronie internetowej UZP).

W uzasadnieniu zgłaszanych zarzutów i żądań, odwołujący podnosił, że po zapoznaniu się ofertami oraz protokołem postępowania wraz z załącznikami stwierdził, iż zamawiający dokonując oceny ofert naruszył przepisy Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z pkt 14.3 ppkt 2 SIWZ kompletna oferta musi zawierać proponowany harmonogram realizacji zamówienia przygotowany zgodnie z treścią SIWZ. Stosownie do treści 14.4 SIWZ harmonogram realizacji zamówienia:

- a) musi wskazywać prace i elementy, które zostaną wykonane w poszczególnych miesiącach realizacji zamówienia; musi wskazywać prace i elementy, co do których będą wykonywane odbiory (w tym odbiór częściowy lub odbiór prac zanikowych);*
- b) musi być zgodny z założonymi w treści niniejszej SIWZ terminami ukończenia całości prac, oraz*
- c) Zamawiający w SIWZ określił jaki zakres prac musi być zrealizowany w poszczególnych etapach realizacji zamówienia i w jakim okresie za te prace będzie płacił.*

Konsorcjum UNIBEP w harmonogramie realizacji prac (strona 16 oferty) wskazało w wierszu 16 (Instalacje - instalacje sanitarne wewnętrzne – instalacja chłodnicza-freonowa), iż prace te ujęto (zarówno zakresowo jak i termin zapłaty za te prace) wyłącznie w etapie I. Jednakże zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (branża: instalacje sanitarne, katalog: instalacje sanitarne/rysunki/ciepło technologiczne, lokalne ogrzewanie i chłodzenie, numer rysunków SMB-SM-WII-IS-CT-0.3a.O, SMB-SM-WII-IS-CT-0.4b.O, SMB-SM-WII-IS-CT-0.2b.O) przewidział konieczność realizacji instalacji chłodniczej freonowej także w etapie II inwestycji.

Zamawiający w SIWZ założył, iż realizacja etapu II możliwa będzie dopiero po zakończeniu etapu I tj. po wykonaniu części obiektu przewidzianego na tym etapie i uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Z uwagi na to, że dokonany przez zamawiającego podział obiektu na dwa etapy dotyczy zarówno obiektu jak i instalacji, nie będzie możliwe wykonanie instalacji chłodniczej-freonowej etapu II, w czasie realizacji etapu nr I. W czasie realizacji etapu I nie będzie jeszcze bowiem istniała kubatura obiektu, w której ma się znaleźć ta instalacja. Oznacza to zatem, iż konsorcjum UNIBEP zaoferowało realizację zamówienia w sposób niezgodny z treścią SIWZ, a tym samym oferta konsorcjum UNIBEP podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jak wskazał sam zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego tj. Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A., OBRASCON HUARTE LAIN S.A. - zwani konsorcjum Hydrobudowa - określenie harmonogramu prac realizacji inwestycji w sposób rozbieżny z wymaganiami zamawiającego skutkuje odrzuceniem oferty. Odwołujący zgodził się także z zamawiającym, iż niezgodności tych nie można „konwalidować w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż zamawiający nie byłby w stanie stwierdzić w jaki sposób powinien poprawić harmonogram tj. (...), w jakich terminach powinny zostać wykonane prace."

Odwołujący przekonywał, że zamawiający, nie odrzucając oferty konsorcjum UNIBEP - zawierającej taką samą wadę co odrzucona oferta konsorcjum Hydrobudowa - rażąco naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający w takim samym stanie faktycznym traktuje różnych wykonawców w odmienny sposób. Skoro zamawiający odrzucił ofertę jednego z wykonawców z powodu określonego typu wad, to jest także zobowiązany do odrzucenia oferty innego wykonawcy, zawierającej taką samą wadę.

Powyższą argumentację odwołujący poparł przywołanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: *Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010.07.05, KIO/UZP 1185/10 – „Pominięcie w treści harmonogramu rzeczowo-finansowego określonego zakresu prac może spowodować, iż zamawiający nie będzie mógł dokonać odbiorów częściowych robót, a ich dokonywanie jednoznacznie przewiduje wzór umowy. Zapisy wzoru umowy wskazują, że składany przez wykonawców harmonogram rzeczowo-finansowy nie ma dostarczać zamawiającemu jedynie orientacyjnych informacji dotyczących wartości poszczególnych robót przyjętych do wyliczenia ceny ryczałtowej całego zamówienia, lecz jest dokumentem, zgodnie z którym przeprowadzone mają być odbiory częściowe robót. Tym samym dokument ten ma istotne dla Zamawiającego znaczenie już na etapie wykonania zamówienia.”* Podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/09 "Harmonogram rzeczowo-finansowy ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów, a także czasu wykonania poszczególnych etapów. Jego znaczenie jest dla zamawiającego o tyle istotne, iż poszczególne etapy miały być rozliczane sukcesywnie, zaś zamawiający miał właśnie sukcesywnie pozyskiwać środki na poszczególne etapy. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Ewentualne uzupełnienie powyższego dokumentu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy prowadziłyby do zmiany treści oferty, co w świetle powyższego przepisu jest niedopuszczalne, a ponadto prowadziłyby do naruszenia podstawowych zasad

udzielania zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy). (...) skoro niedopuszczalne było uzupełnienie prawidłowo wypełnionego formularza harmonogramu rzeczowo-finansowego zarówno w trybie art. 26 ust. 3 jak i w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, oczywistym jest, iż treść oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "E." sp. z o.o. z siedzibą w T jest niezgodna z treścią SIWZ i uprawniała zamawiającego do odrzucenia oferty powyższego wykonawcy. (...) Znamienne jest przy tym, iż tylko wykonawca - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "E." sp. z o.o. z siedzibą w T. - polecenie owo zrozumiał opacznie, zaś pozostali wykonawcy złożyli harmonogramy rzeczowo-finansowe zredagowane w sposób prawidłowy. (...). Izba podziela stanowisko Sądu Okręgowego wyrażone w powołanym wyroku. W szczególności należy zastanowić się, co stanowi podstawową treść oferty, jeśli nie jej zakres? Co więcej, kiedy zachodzi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ? Podstawową treścią oferty jest zakres prac - przedmiotu zamówienia (tutaj zgodnie z życzeniem Zamawiającego ujęty w formie harmonogramu i podzielony na czas wykonania i wartości finansowe). Dla Zamawiającego w niniejszym przypadku harmonogram ma istotne znaczenie. Jak podkreślił w treści umowy, harmonogram stanowił będzie podstawę dla odbiorów poszczególnych części prac. Z pewnych względów wyodrębnienie określonych zadań miało dla Zamawiającego szczególną wagę. Wagę tych zadań Zamawiający podkreślił postawieniem wymogu wyodrębnienia tych zadań zarówno w harmonogramie rzeczowo-finansowym, jaki i tabeli elementów rozliczeniowych. Takie stanowisko Zamawiającego, skoro nie zostało zaskarżone przed składaniem ofert, powinno zostać uwzględnione w treści oferty". Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 226/10 „W ocenie składu orzekającego Izby deklaracje powyższe nie wynikają z treści harmonogramu rzeczowo-finansowego, w tym w szczególności twierdzenie o wykonaniu instalacji w całości w I etapie inwestycji. Należy zauważyć, że harmonogram przewiduje dla instalacji antywłamaniowej wykonanie w jednym miesiącu przypadającym na I etap i w dwóch miesiącach II etapu, natomiast dla instalacji ppoż. wykonywanie prac przez dwa miesiące I etapu i dwa miesiące w II etapie. Trudno uznać przy takich proporcjach czasowych za wiarygodne twierdzenie, że czynności w tym zakresie planowane w II etapie miałyby być wykonywane w odniesieniu do instalacji w całości już wykonanych w I etapie. Tym samym, wobec precyzyjnej treści harmonogramu, nie może być uznane za wystarczające, złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wykonaniu prac zgodnie z siwz. W konsekwencji Izba uznaje, że Zamawiający zasadnie uznał niezgodność złożonej przez Odwołującego oferty, w części stanowiącej harmonogram rzeczowo - finansowy, z postanowieniami siwz, co uzasadnia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i odrzucenie oferty jako niezgodnej w swej treści z treścią siwz. Należy przy tym stwierdzić, że Zamawiający, wobec jednoznacznej treści harmonogramu, nie miał przesłanek ani

obowiązku żądania od wykonawcy wyjaśnień co do zakresu planowanych prac, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy."

Odwołujący wskazywał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jako że złożył ofertę sklasyfikowaną na kolejnym miejscu po ofertach: konsorcjum Hydrobudowa i konsorcjum UNIBEP, które podlegają odrzuceniu. Co spowoduje, że oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Podnosił, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum UNIBEP, którego oferta winna być odrzucona i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, sprawia, że poniesie on szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 26 marca 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego faksem z dnia 28 marca 2012 r. zgłosił przystąpienie wykonawca konsorcjum: UNIBEP S.A.; Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie; Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A., zwany także UNIBEP - po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zgłaszający przystąpienie nie podzielił argumentacji odwołującego. Podnosił, iż założenie przez UNIBEP wykonania całości instalacji chłodniczej-freonowej na I etapie zamówienia w żaden sposób nie narusza uprawnień zamawiającego, nie powoduje również po jego stronie powstania żadnych zobowiązań. Najważniejsze jest jednak to, że treść oferty UNIBEP nie zagraża w żaden sposób w wykonaniu I-ego lub II-ego etapu zamówienia zgodnie z SIWZ i umową. Wykonanie przez wykonawcę większej części zamówienia na I etapie zamówienia, nie będzie stało na przeszkodzie uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu, jak również nie będzie stało na przeszkodzie wykorzystania obiektu zgodnie z zamierzeniami zamawiającego opisanymi w SIWZ. W ocenie UNIBEP w przedmiotowym zakresie zachodzi właśnie nieistotna rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią harmonogramu. Podał, że wartość opisanych robót stanowi ok. 0,01% (1 promil) wartości całej inwestycji, a wartość robót z tego zakresu przewidzianych do wykonania w I etapie sięgnie ok. 80-90% ich całej wartości. Wykonawca większość elementów wyposażenia instalacji zamierzał zakupić już w I etapie zamówienia z uwagi na chęć wykonania całości instalacji z elementów jednego producenta oraz na ekonomikę takiego zakupu. Część wykonanych instalacji ulegnie również zakryciu już po wykonaniu I etapu prac, jak na przykład instalacja skroplin albo instalacja freonowa biegnąca w zamurowanych i otynkowanych szachtach i będzie musiała podlegać odbiorowi częściowemu już na I etapie, pomimo iż będzie służyła wykorzystaniu również II etapu inwestycji. Wartość robót wykonywanych w II etapie to koszt 20-25 tys. zł, co przy wartości całej inwestycji 253 mln zł

stanowi 0,001%. Konsorcjum UNIBEP podnosił, że instalacja freonowa stanowi tak naprawdę część instalacji sanitarnej. Część prac przy wykonaniu jej montażu będzie wykonywana równolegle z innymi pracami sanitarnymi i instalacyjnymi, co powoduje, że ich wykonanie zostało skalkulowane łącznie z innymi pracami wycenionymi w pozycjach montażu robót instalacyjno-sanitarnych w II etapie. Z wyżej wymienionych powodów umieszczenie w I etapie inwestycji całości instalacji freonowej - nie ogranicza zamawiającemu możliwości odbiorów częściowych, ani tym bardziej wykorzystania obiektu zgodnie z przeznaczeniem oraz nie powoduje żadnych zobowiązań po stronie zamawiającego. Z uwagi na powyższe - przytoczone przez Warbud orzeczenie KIO/UZP 1185/10 nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie (mowa jest w nim bowiem o niemożliwości przeprowadzenia odbiorów częściowych).

Izba postanowiła nie dopuścić wymienionego wykonawcy UNIBEP wybranego do realizacji zamówienia, do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie uchybił wymaganej formie pisemnej lub elektronicznej - dla skuteczności przystąpienia, w myśl wskazań art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone przepisem art. 198 ust. 2 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 589/12

Sygn. akt: KIO 596/12

Biorąc pod uwagę, że zarzuty złożonych odwołań dotyczą tych samych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, Izba przeprowadziła jedno postępowanie dowodowe w tym zakresie. Dopuszczyła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załączonymi dokumentami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp Izba dopuściła jako dowód z akt w sprawie sygn. KIO 2649/2011.

W sprawie sygn. akt: KIO 589/12 Izba przeprowadziła także dowód z oferty konsorcjum Hydrobudowa, pism złożonych w postępowaniu odwoławczym. Izba nie dopuściła w tej sprawie dowodów i nie przeprowadziła postępowania dowodowego w

zakresie zarzutów podnoszonych przez odwołującego konsorcjum Hydrobudowa przeciwko ofercie wykonawców:

- 1) konsorcjum UNIBEP,
- 2) wykonawcy Warbud S.A.,

- okolicznością bezsporną pozostawało, że oferta odwołującego Hydrobudowa przedstawia najniższą cenę, zatem interes odwołującego sprowadzał się wyłącznie do obrony własnej oferty. W przypadku uwzględnienia zarzutów nieprawidłowej oceny oferty odwołującego, i uznania zgodności jej treści z SIWZ, z uwagi na wyznaczone kryterium najniższej ceny, oferta odwołującego kwalifikowałaby się do wyboru – jako najkorzystniejsza. Izba nie prowadzi postępowania dowodowego jeżeli jest ono bezprzedmiotowe – dotyczy to także zarzutów, gdzie odwołujący nie wykazał interesu w ich podnoszeniu.

W sprawie sygn. akt: KIO 596/12 Izba przeprowadziła także dowód z oferty konsorcjum UNIBEP, pism złożonych w postępowaniu odwoławczym.

Nadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego Warbud S.A., przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, dopuszczonych jw., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Budowy stadionu piłkarskiego w regionie północno-wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym” - dokończenie inwestycji.

Oferty złożyli:

- konsorcjum: Hydrobudowa Polska S.A., (lider); PBG S.A.; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. z siedzibą w Madrycie, cena brutto – 253 933 500,00 zł,
- UNIBEB S.A. (lider); Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A.; W.P.P.B. Nr 2 WROBIS S.A., cena brutto – 255 667 800,00 zł,
- Warbud S.A. cena brutto – 276 750 000,00 zł.

Ofertę wykonawcy oferującego wykonanie przedmiotu zamówienia za niższą cenę, tj konsorcjum Hydrobudowa Polska S.A. (lider); PBG S.A. z siedzibą w Wysogotowie; OBRASCON HUARTE LAIN S.A. - zamawiający odrzucił.

W oparciu o ustanowione kryterium najniższej ceny, zamawiający wybrał kolejną cenowo ofertę konsorcjum UNIBEB S.A. (lider);, Mostostal Warszawa S.A.; Acciona Infraestructuras S.A.; W.P.P.B. Nr 2 WROBIS S.A.

Oferta Warbud S.A. przedstawia cenę trzecią w kolejności.

Ponadto Izba ustaliła, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej zwana: SIWZ) zawiera, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 4. SIWZ „*Opis przedmiotu zamówienia*”:

4.1. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na dokończeniu realizacji inwestycji w całości, polegającej na budowie „Stadionu piłkarskiego w rejonie północno-wschodniej Polski wraz z zapleczem treningowym” na terenie działek o numerach geodezyjnych 777, 776/1, 776/2 w rejonie ulic Kawaleryjskiej, Słonecznej, Wiosennej i Ciołkowskiego w Białymstoku, zgodnie z następującymi dokumentami:

- 1) Dokumentacją Projektową,
- 2) Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,
- 3) Protokołem z inwentaryzacji wraz z dokumentacją powykonawczą wykonanych dotychczas robót,
- 4) SIWZ,
- 5) Wykazem wad i usterek.

Budowa stadionu piłkarskiego została rozpoczęta przez wykonawcę wybranego w uprzednio przeprowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postęp prac oceniono na około 17%. Szczegółowe dane dotyczące wykonanych już prac wskazane zostały w SIWZ, na podstawie dokonanej przez zamawiającego inwentaryzacji. Wykonane dotychczas prace są częściowo zabezpieczone przez poprzedniego wykonawcę.

Zamówienie obejmuje wszelkie prace, jakie są konieczne do wybudowania stadionu zgodnie z dokumentacją techniczną, co może oznaczać, iż niektóre z wykonanych już prac i elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawnymi, normami, zasadami wiedzy technicznej oraz przy uwzględnieniu stanu w jakim znajduje się obecnie przedmiotowy obiekt.

Przed złożeniem oferty wykonawca winien zapoznać się ze stanem faktycznym obiektu i placu budowy, wykonać oględziny, odpowiednie badania lub testy w celu stwierdzenia czy i jakie prace lub elementy będą musiały zostać powtórzone, poprawione czy też rozebrane i wykonane ponownie, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej.

Przyjęto dwuetapową metodę budowy stadionu sportowego wraz z infrastrukturą techniczną oraz parkingami i drogami wewnętrznymi. Etapowanie dotyczy obiektu stadionu i infrastruktury technicznej, w tym przyłączy i wewnętrznego układu komunikacyjnego.

Etap I obejmuje:

Dokończenie budowy zachodniej części stadionu (...) zagospodarowanie terenu wokół zrealizowanej części (...) a także infrastrukturę techniczną oraz układ komunikacyjny z parkingami (...). I Etap (...) powinien być zrealizowany łącznie z kompletną infrastrukturą, aby po zakończeniu jego realizacji możliwe było rozgrywanie meczów piłki nożnej (...).

Etap II obejmuje:

Budowę wschodniej trybuny stadionu oraz infrastruktury technicznej ulokowanej w tej części działki.

Projekt zakłada również wykonanie niezbędnego uzbrojenia technicznego (sieć wodociągowa, kanalizacyjna: sanitarna i deszczowa, (...), sieć ciepła, instalacje teletechniczne, elektryczne itp.

Pkt 4.5. szczegółowy opis zamówienia przedstawiono w projekcie budowlanym i projektach wykonawczych, STWiOB oraz w przedmiarach. Przedmiary mają jedynie charakter pomocniczy i nie mogą być podstawą ustalenia zakresu zamówienia (...).

Pkt. 4.6. Maksymalny wymagany termin realizacji zamówienia określony przez zamawiającego wynosi 21 miesięcy od daty udzielenia zamówienia.

Maksymalny wymagany termin realizacji zamówienia, co do I etapu inwestycji wynosi 9 miesięcy od daty udzielenia zamówienia.

Pkt 5. SIWZ „Zapoznanie się ze stanem faktycznym placu budowy i obiektu”

W pkt 5.1. Wykonawcy powinni zapoznać się (...) z całym terenem budowy i jego stanem, w tym z aktualnym stanem faktycznym obiektu oraz elementami już wykonanymi w szczególności wykonawca musi zapoznać się z wynikami przeprowadzonych już prac i stanem wykonanych elementów, przeprowadzić wszelkie niezbędne testy i badania w celu należytego określenia ceny ofertowej.

Zgodnie z pkt 14.3 ppkt 2 SIWZ kompletna oferta musi zawierać (...) proponowany harmonogram realizacji zamówienia przygotowany zgodnie z treścią SIWZ. Stosownie do treści 14.4 SIWZ harmonogram realizacji zamówienia (...):

- a) musi wskazywać prace i elementy, które zostaną wykonane w poszczególnych miesiącach realizacji zamówienia;

- b) musi wskazywać prace i elementy, co do których będą wykonywane odbiory (w tym odbiór częściowy lub odbiór prac zanikowych);
- c) musi być zgodny z założonymi w treści niniejszej SIWZ terminami ukończenia całości prac (21 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia oraz prac etapu I - 9 miesięcy od udzielenia zamówienia). Powyższe terminy nie mogą ulec wydłużeniu.

Pkt 14.4.5 SIWZ Harmonogram realizacji zamówienia będzie miał pomiędzy stronami charakter wiążący po jego zatwierdzeniu przez Zamawiającego.

Pkt 14.4.6 SIWZ Wzór harmonogramu jest załącznikiem nr 6 do wzoru umowy.

Pkt 14.5.1. Kosztorysy ofertowe muszą zostać złożone przed podpisaniem umowy jedynie przez wybranego wykonawcę.

W treści SIWZ oraz umowy o wykonanie zamówienia publicznego zamawiający przewidział wykonanie obiektu w 2 etapach tj. w dwóch częściach umożliwiających korzystanie przez zamawiającego z pierwszej części obiektu już po zakończeniu I etapu zamówienia.

Pkt 20 SIWZ „*Opis sposobu obliczania ceny*”:

Pkt 20.1 Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych (PLN), (...). Ceną ofertową jest kwota brutto. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz projektu umowy stanowiącego Tom II SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty należytego wykonania zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami i postanowieniami projektu umowy. Cena ofertowa powinna zawierać kwotę wynagrodzenia za ponowne wykonanie, poprawki lub rozbiórkę i ponownie wykonanie istniejących już elementów stadionu i innych budynków, budowli i elementów zagospodarowania terenu pozostających w zakresie przedmiotu zamówienia, które to roboty budowlane będzie trzeba wykonać w związku z ich stanem faktycznym, przepisami prawa, normami budowlanymi i zasadami wiedzy technicznej.

Pkt 20.4. SIWZ. Ceną oferty jest kwota brutto wymieniona w formularzu oferty. Cena oferty winna wynikać z kosztorysów ofertowych.

Pkt 25 SIWZ „*Informacja o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego*”:

Pkt 25.1. SIWZ. Przedstawiony przez wykonawcę harmonogram realizacji zamówienia musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego przed podpisaniem umowy. W przypadku

zgłoszenia zastrzeżeń przez Zamawiającego wykonawca dokona poprawek i zmian w harmonogramie, wszystkie zmiany w harmonogramie będą dokonywane w drodze obopólnych ustaleń i za obopólną zgodą.

Zamawiający przyznał, że harmonogram złożony w ofercie wykonawcy - traktował jako wstępny, z czego wynika, że doprecyzowanie tego harmonogramu zastrzegł sobie na etapie przed zawarciem umowy, ale jedynie w zakresie takim, który nie stanowiłby sprzeczności z wymogami SIWZ.

Załącznik do Tomu I SIWZ – Formularz oferty – wzór – „Oferta wykonawcy” pkt 3 ppkt 3) wymagał oświadczenia – „zapoznałem(liśmy) i upewniłem(liśmy) się do prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przeze mnie (przez nas) oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia;

Ppkt 6) akceptujemy termin wykonania zamówienia wynikający z SIWZ i projektu umowy (tj. 9 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia dla I etapu i 21 miesięcy dla realizacji całości przedmiotu zamówienia.

Ppkt 7) zobowiązuję(emy) się dokonać poprawek w załączonym harmonogramie realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obopólnymi ustaleniami i za obopólną zgodą.

Załącznik nr 6 do wzoru umowy – harmonogram rzeczowo-finansowy robót, podaje w kolumnie 1 wyszczególnienie obiektów i rodzaj robót, z podziałem na etap I i II i pozycje robót w poszczególnych miesiącach realizacji. W kolumnie 2, wykonawca zobowiązany był wpisać umowną wartość robót z danej pozycji w PLN netto - jako sumę zakładanych wartości przerobu, podanych w kolumnach 3-11 w PLN netto w rozbiciu na poszczególne miesiące.

Suma wartości planowanych robót w poszczególnych miesiącach w PLN, nie może być niższa od wskazanej wartości procentowej wymaganego minimalnego przerobu finansowego w procentach.

Suma robót przewidzianych dla etapu I i II stanowi 100%. Łączna wartość robót przewidzianych w I i II etapie musi być zgodna z wartością oferty netto.

Wzór umowy - § 1 ust. 1 – przedmiotem umowy jest wykonanie robót budowlanych (...), zgodnie z następującymi dokumentami:

- 1) dokumentacją projektową,
- 2) STWiORB,

- 3) protokołem z inwentaryzacji (...),
- 4) wykazem wad i usterek,
- 5) SIWZ,
- 6) ofertą wykonawcy.

Do celów interpretacji zamawiający nadał pierwszeństwo dokumentacji projektowej przed postanowieniami SIWZ i ofertą wykonawcy.

Przedmiary robót załączone do dokumentacji przetargowej i projektowej czy oferty stanowią wyłącznie materiał pomocniczy i nie mogą być traktowane jako charakteryzujące czy określające przedmiot zamówienia lub określające w sposób wyczerpujący zakres koniecznych do wykonania prac.

Wykonawca zobowiązany jest do realizacji inwestycji w całości, przez co rozumie się nie tylko dokończenie budowy stadionu, ale również naprawienie lub rozbiórkę istniejących elementów stadionu i ich ponowne wykonanie, jeśli Zamawiający uzna to za konieczne na jakimkolwiek etapie wykonania niniejszej umowy lub okaże się to niezbędne ze względu na regulacje prawne, normy lub zasady sztuki budowlanej (wykaz wad i usterek).

Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszelkich prac oraz robót budowlanych, choćby nie zostały wprost wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia, jakie są lub okażą się niezbędne i konieczne dla stabilności, ukończenia, oddania do użytkowania, bezpiecznego i właściwego działania przedmiotu niniejszej umowy mając na uwadze zarówno Opis Przedmiotu Zamówienia oraz cel i funkcje obiektu będącego przedmiotem niniejszej umowy.

Wzór umowy - § 1 ust. 4 – Budowa stadionu realizowana będzie dwuetapowo, stosownie do zapisów w dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia, ze względu na konieczność użytkowania obiektu w tym samym okresie, kiedy będą wykonywane roboty będące przedmiotem niniejszej umowy. Roboty muszą być tak zorganizowane i prowadzone, aby umożliwić korzystanie ze stadionu w trakcie prac budowlanych i zapewnić nieprzerwane udostępnienie płyty stadionu i co najmniej jednej części trybun.

Wzór umowy - § 3 ust. 1 – Wykonawca zobowiązuje się do wykonania prac określonych w § 1 zgodnie z Opiszem Przedmiotu Zamówienia, warunkami niniejszej umowy, obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności prawem budowlanym, normami technicznymi, przepisami bhp, przepisami o ochronie ppoż), zaleceniami Zamawiającego oraz sztuką budowlaną.

Wzór umowy - § 3 ust. 3 Wykonawca będzie składał Menadżerowi Projektu w terminie do 7-go dnia każdego miesiąca kalendarzowego, między innymi, miesięczne raporty z postępu robót w formie pisemnej i elektronicznej, określające zgodność postępu robót z zakresem i terminami ustalonymi w harmonogramie rzeczowo-finansowym (zał. nr 6 do umowy). Raport będzie zawierał, między innymi: opis zgodności postępu robót z harmonogramem (porównanie postępu robót w okresie sprawozdawczym z harmonogramem; wykazanie opóźnień i niezgodności przy realizacji umowy oraz wpływu na końcowy termin realizacji umowy: określenie środków i działań naprawczych; aktualny harmonogram rzeczowo-finansowy, przy czym zmiana harmonogramu jest możliwa jedynie za zgodą Zamawiającego.

Wzór umowy - § 3 ust. 4 pkt 3. Raporty miesięczne określające zaawansowanie ilościowo-finansowe - jako materiał źródłowy do wystawienia faktury VAT.

Wzór umowy - § 4 ust. 1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym robót (zał. nr 6 do umowy), zatwierdzonym na piśmie przez Zamawiającego, w terminie realizacji 21 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym pierwszy etap budowy zostanie wykonany w terminie 9 miesięcy od daty podpisania umowy.

Wzór umowy - § 4 ust. 2. Warunkiem przystąpienia do realizacji II etapu budowy, jest uzyskanie ostatecznego pozwolenia na użytkowanie obiektu objętego zakresem I etapu. Część zachodnia trybun (I etap) powinna być zrealizowana łącznie z kompletną infrastrukturą, aby możliwe było korzystanie z trybun wykonanych w I etapie i rozgrywanie meczów piłki nożnej zgodnie z przepisami PZPN dla ekstraklasy oraz organizacji innych imprez w trakcie procesu inwestycyjnego (...).

Wzór umowy - § 4 ust. 3 Wykonawca zobowiązany jest wykonywać w poszczególnych miesiącach realizacji umowy prace, roboty budowlane i elementy zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym.

Wzór umowy - § 4 ust. 5. Harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi integralną część umowy, jednakże Zamawiający lub działający w jego imieniu Menadżer Projektu może wyrazić zgodę na jego zmianę w trakcie prowadzenia prac budowlanych pod warunkiem dochowania terminów określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu. W żadnych okolicznościach Zamawiający nie będzie miał obowiązku wyrażenia zgody na zmianę harmonogramu rzeczowo-finansowego. Zmiana harmonogramu rzeczowo-finansowego każdorazowo wymaga pisemnej zgody Zamawiającego bądź Menadżera Projektu wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Strony postanawiają, iż zmiana harmonogramu

rzeczowo-finansowego, która nie będzie powodować zmian terminów określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu nie stanowi istotnej zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający potwierdził, że „wewnątrz” etapu pierwszego lub drugiego zakładał możliwość przesunięcia w czasie oznaczonych robót i uznawał, że nie stanowi to zmian umowy. Natomiast za nienaruszalne traktował terminy zakończenia obydwu etapów inwestycji, uwzględniających całość robót do wykonania w tych etapach.

Wzór umowy - § 4 ust. 6 - Strony dopuszczają możliwość przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu o czas opóźnienia, jeżeli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu umowy pod warunkiem, że zmiana ta wynika z okoliczności, których Wykonawca nie mógł przewidzieć na etapie składania oferty i nie jest przez niego zawiniona, w następujących przypadkach:

- 1) wystąpienia konieczności wykonania dodatkowych i niemożliwych do przewidzenia robót, których realizacja wiąże się z potrzebą zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy,
- 2) wstrzymania robót przez Zamawiającego, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy,
- 3) konieczności usunięcia błędów w dokumentacji projektowej oraz konieczności przeprojektowania określonych zakresów obiektu w trakcie realizacji inwestycji, niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy,
- 4) wystąpienia wykopalisk uniemożliwiających wykonanie robót,
- 5) wystąpienia innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny,
- 6) wystąpienia szczególnie niesprzyjających warunków atmosferycznych o charakterze nadzwyczajnym, uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych zgodnie ze sztuką budowlaną, lub innej siły wyższej,
- 7) zmiany obowiązujących przepisów prawa.

Ust. 7. Wykonawca powinien złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o wyrażenie zgody na zmianę terminów określonych w ust. 1 niniejszego paragrafu w terminie 14 dni od wystąpienia okoliczności, o których mowa w ust. 6 niniejszego paragrafu.

Ust. 8. W przypadkach, kiedy:

- 1) zaistnieje opóźnienie w stosunku do harmonogramu rzeczowo - finansowego,
- 2) zaistnieje uzasadnione przypuszczenie, że takie opóźnienie może wystąpić,

- Wykonawca w terminie 7 dni jest zobowiązany przedstawić raport zawierający wyliczenie opóźnienia (lub przewidywanego opóźnienia) oraz szczegółowy program naprawczy wskazujący na termin, sposoby i metody usunięcia opóźnienia. Po uzyskaniu akceptacji Menadżera Projektu, Wykonawca powinien niezwłocznie, w terminie uzgodnionym z Zamawiającym, wdrożyć zaakceptowany program naprawczy. Obowiązek przedstawienia raportu, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, może być również ustalony w drodze polecenia Zamawiającego/Menadżera Projektu w każdym czasie.

Niezależnie od ustaleń zawartych w ust. 8 niniejszego paragrafu, w przypadku zaistnienia 14 - dniowego opóźnienia w realizacji prac, robót budowlanych i elementów budowanego obiektu w stosunku do terminów określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, Zamawiający jest uprawniony do nakazania Wykonawcy prowadzenia prac i robót budowlanych przy użyciu określonej przez Zamawiającego liczby pracowników lub prowadzenia prac i robót budowlanych w systemie dwu lub trzymianowym. Wykonawca, w ciągu 7 dni od otrzymania powyższego nakazu, zobowiązany jest do zastosowania się do tego polecenia. Niezależnie od tego Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej określonej w § 9 ust. 1 pkt 3 umowy.

Ust. 10. W razie nadrobienia przez Wykonawcę wskazanego w ust. 8 lub ust. 9 opóźnienia, Zamawiający na jego wniosek cofnie polecenie, o którym mowa w ust. 9, pod warunkiem, iż w dacie w/w wniosku Wykonawcy, prace będą przez niego prowadzone zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym. Zamawiający może również cofnąć polecenie w przypadku, gdy Wykonawca przedstawi mu inny, racjonalny plan nadrobienia opóźnienia, który Zamawiający zaakceptuje w formie pisemnej.

Wzór umowy - § 6 ust. 1 – Ustalone w wyniku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na podstawie oferty wykonawcy – wynagrodzenie ryczałtowe wynosi (...).

Wzór umowy - § 7 ust.1 Zapłata wynagrodzenia za wykonane i potwierdzone przez Menadżera projektu prace (...) realizowana będzie w okresach miesięcznych – na podstawie harmonogramu rzeczowo-finansowego robót oraz na podstawie protokołu odbioru poszczególnych części robót, lub protokołu odbioru końcowego (...).

Wzór umowy § 8 ust. 1. W toku realizacji przedmiotu, Strony jeden raz w miesiącu będą dokonywały odbiorów części robót przewidzianych harmonogramem rzeczowo-finansowym robót do wykonania w danym miesiącu, w celu ustalenia wartości wykonanych robót dla

celów rozliczeniowych, a w szczególności jako podstawa do wystawienia faktur miesięcznych, o których mowa w § 7 ust. 1 umowy, oraz odbiorów robót zanikowych, wykonania I etapu, a po wykonaniu całości przedmiotu umowy Strony dokonają odbioru końcowego obiektu.

Wzór umowy - § 9 ust. 1 – Wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną w przypadku, między innymi:

- 1) nie utrzymania w danym miesiącu minimalnego zakładanego przerobu miesięcznego, określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym załącznik nr 6 - w wysokości 20% wartości robót nie wykonanych w danym miesiącu,
- 2) nie dotrzymania terminów określonych w § 4 ust. 1 umowy(...),
- 3) nie dotrzymania terminów określonych w § 4 ust. 8 i ust. 9 umowy(...).

Powyższe brzmienie postanowień SIWZ, zostało ustalone zgodnie z nakazami wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, wydanego w sprawie sygn. akt KIO 2649/11.

W formularzu oferty – odwołujący konsorcjum: Hydrobudowa złożył oświadczenie – „zapoznaliśmy i upewniliśmy się co do prawidłowości i kompletności przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej oraz złożonej przez nas oferty i dokumentów do niej załączonych oraz zobowiązujemy się wykonać wszelkie roboty niezbędne do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

Zaakceptował termin wykonania zamówienia wynikający z SIWZ i projektu umowy (tj. 9 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia dla I etapu i 21 miesięcy dla realizacji całości przedmiotu zamówienia.

W dokumentacji oferty wykonawca – konsorcjum Hydrobudowa zawarł oświadczenie w formularzu oferty (pkt. 3 ppkt 6), gdzie zgodnie z wymogiem zamawiającego, wskazał, że konsorcjum Hydrobudowa „zobowiązuje się dokonać poprawek w załączonym harmonogramie realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z obopólnymi ustaleniami i za obopólną zgodą.”

Okoliczność bezsporną i przyznaną przez odwołującego: konsorcjum Hydrobudowa stanowiło że w złożonym harmonogramie realizacji inwestycji zachodzi rozbieżność pomiędzy wymaganiami SIWZ, dotycząca następującego zakresu prac: a) parkingi (poz. 31), b) drogi (poz. 30 i 31), c) chodniki (poz. 31), d) zieleń, w tym wycinka drzew i krzewów (poz. 35) - zgodnie z przedstawionym harmonogramem - wykonawca umieścił te prace do wykonania w II-m etapie realizacji zamówienia, natomiast w oznaczonej części, powinny być wykonane w etapie I-m.

W piśmie z dnia 16 marca 2012 r. w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum UNIBEP oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający za podstawę odrzucenia tej oferty - wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu zamawiający podał, że „w wyniku analizy treści złożonej oferty przez Konsorcjum HYDROBUDOWA (...) wykryto niezgodność w harmonogramie realizacji zamówienia. Mianowicie w załączonym do oferty harmonogramie wykonanie prac dotyczących zagospodarowania terenu (wykonanie dróg, parkingów, chodników oraz zieleni – pozycje nr 30,31,35) przewidziano całość robót w II etapie realizacji zamówienia. Jednocześnie zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ Etap I przewiduje: Etap I obejmuje: Dokończenie budowy zachodniej części stadionu (...) zagospodarowanie terenu wokół zrealizowanej części (...) a także infrastrukturę techniczną oraz układ komunikacyjny z parkingami (...). I Etap (...) powinien być zrealizowany łącznie z kompletną infrastrukturą, aby po zakończeniu jego realizacji możliwe było rozgrywanie meczów piłki nożnej (...).”

„Tym samym treść oferty złożonej przez Konsorcjum HYROBUDOWA POLSKA S.A. (...) jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający rozważał możliwość poprawienia opisanej niezgodności w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Jednak kwestionowane prace dotyczące zagospodarowania terenu (wykonanie dróg, parkingów, chodników oraz zieleni – pozycje nr 30,31,35, powinny zostać częściowo wykonane w I i II etapie i Zamawiający nie ma możliwości określenia jaki zakres prac powinien zostać wykonany w danym etapie. Poprawienie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp byłoby w tym przypadku zbyt daleko idącą ingerencją w treść oferty. Tym samym należy uznać, że brak jest możliwości poprawienia oferty (...), gdyż miałoby to istotny wpływ na całość informacji zawartych w harmonogramie.”

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że harmonogram realizacji prac oferty konsorcjum UNIBEP wykazuje w pozycji 16 (instalacje - instalacje sanitarne wewnętrzne - instalacja chłodnicza-freonowa), iż prace te ujęto (zarówno zakresowo jak i termin zapłaty za te prace) wyłącznie w etapie I. Jednakże zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (branża: instalacje sanitarne, katalog: instalacje sanitarne/rysunki/ciepło technologiczne, lokalne ogrzewanie i chłodzenie, przewidział konieczność realizacji instalacji chłodniczej freonowej także w etapie II. W harmonogramie oferty konsorcjum UNIBEP S.A., zamiast w etapie II, prace polegające na wykonaniu instalacji freonowej, zostały umieszczone w etapie I, co wykonawca wybrany w zgłoszeniu przystąpienia przyznał wprost, motywując że instalacja freonowa stanowi tak naprawdę element instalacji sanitarnej i w części faktycznie jest

przewidziana do wykonania w etapie nr I. Wymieniony wykonawca w formularzu oferty zawarł oświadczenie, że zaakceptował termin wykonania zamówienia wynikający z SIWZ i projektu umowy (tj. 9 miesięcy od dnia udzielenia zamówienia dla I etapu i 21 miesięcy dla realizacji całości przedmiotu zamówienia).

W odpowiedzi na pytanie wykonawcy (nr 30), udzielonej 4 stycznia 2012 r. - w załączonym wzorze harmonogramu zarówno w I jak i II etapie są wyszczególnione te same roboty, w rzeczywistości niektóre roboty będą realizowane w tylko w jednym etapie np. roboty rozbiórkowe – proszę o weryfikację wzoru harmonogramu, odpowiedź brzmiała - jest to tylko ogólny wzór, ale obowiązuje w ramach całego kontraktu, a roboty, które nie występują w poszczególnych etapach należy wyzerować, czyli nie wpisać kwot lub wpisać 0,00 zł.

W odpowiedzi na pytanie 28 do SIWZ, zamawiający podtrzymał wymaganie, aby przebieg robót określonych w pozycjach formularza harmonogramu - według wzoru załącznika numer 6 - był z nim zgodny.

Zamawiający przyznał, że dysponował kosztorysem inwestorskim sporządzonym zgodnie z wymaganiami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (...) i na podstawie tego kosztorysu oszacował wartość zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, konsorcjum Hydrobudowa wykazał legitymację do wniesienia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 589/12, skoro jego oferta, jako zawierająca najkorzystniejszą cenę została odrzucona. Zatem był uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp, czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty, które godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Izba nie podzieliła jednak sposobu myślenia odwołującego, że posiada on także interes w skarżeniu ofert wykonawców, którzy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą niż odwołujący, tj. konsorcjum UNIBEP i wykonawcy Warbud S.A. Interes odwołującego w tym postępowaniu, sprowadzał się wyłącznie do obronienia własnej oferty - co gwarantowałoby jej wybór przez zamawiającego, zgodnie z ustalonym kryterium najniższej ceny - a w następstwie unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej - oferty konsorcjum UNIBEP. Odwołujący natomiast starał się narzucić, aby postępowanie było prowadzone dwutorowo. Bronił swojej oferty, a jednocześnie - na wypadek, gdyby strategia ta okazała się nieskuteczna - wskazywał także na niezgodność

ofert: konsorcjum UNIBEP oraz Warbud S.A. z treścią SIWZ – dążąc tym samym do ewentualnego unieważnienia postępowania, skutkiem braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba nie odmawia interesu w skarżeniu czynności zamawiającego, wobec ofert wszystkich wykonawców, które mogłyby poprzedzać odwołującego się wykonawcę w ocenie ofert – stanowiących przeszkodę w uzyskaniu zamówienia. Natomiast, nie dostrzega takiego interesu odwołującego Hydrobudowa, w skarżeniu ofert, które obiektywnie, (według ustalonego kryterium ceny) - mogą otrzymać jedynie ocenę gorszą niż odwołujący.

Zdaniem Izby, interes odwołującego konsorcjum Hydrobudowa musiał być utożsamiany z możliwością doznania szkody w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu - w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Ustawodawca w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp używa określenia „jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.” Zatem, nawet gdyby oferta odwołującego została oceniona jako podlegająca odrzuceniu, przesłanka wykazania szkody lub możliwości szkody w danym postępowaniu - przez wybór innych następujących w kolejności ofert – nie zostaje wykazana. Interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy w oznaczonym postępowaniu. Izba nie podziela poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania, wskazując że oferty konkurentów są wadliwe. Omawiane pojęcie interesu - obejmuje sferę uprawnień wykonawcy, która prowadzi do uzyskania zamówienia publicznego w toczącym się postępowaniu, a nie w postępowaniu hipotetycznym, przyszłym, wszczętym ewentualnie na nowo po unieważnieniu obecnego postępowania. Nie wiadomo bowiem, czy zamawiający po unieważnieniu postępowania, ogłosiłby nowe postępowanie, a jeżeli tak, to czy na identyczny przedmiot zamówienia. Unieważnienie postępowania prowadzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a skutkiem tego jest niezawarcie umowy. Nie dochodzi zatem do uzyskania zamówienia publicznego. Wniosek, co do ewentualnego nakazania unieważnienia postępowania przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy uznać za nie mieszczący się w kategorii zarzutów na czynności, czy zaniechania zamawiającego, na które można skutecznie wnieść środek ochrony prawnej w oznaczonym postępowaniu. Izba również nie podziela poglądów, że odwołanie w kwestionowanym zakresie było dopuszczalne, z uwagi na weryfikację ogółu czynności zamawiającego, pod względem przestrzegania zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych procedur i zachowania zasad równego traktowania wykonawców.

Z wymienionych wyżej względów, Izba nie poddała ocenie zarzutów odwołującego, konsorcjum Hydrobudowa, zgłaszanych wobec ofert: konsorcjum UNIBEP oraz wykonawcy Warbud S.A., gdyż z braku wykazania interesu - w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - zarzuty w tym zakresie podlegały oddaleniu. Wykazanie przez wykonawcę – konsorcjum Hydrobudowa, że jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, stanowiło wystarczające uzasadnienie zarzutu naruszenia przez zamawiającego zasad postępowania określonych art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. uchybieniu zasadzie równego traktowania wykonawców.

Odwołujący Warbud S.A. wykazał legitymację do wniesienia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 596/12. Jego oferta, jest jedną z trzech złożonych, (sklasyfikowaną na ostatniej pozycji), w związku z czym potwierdzenie się stawianych zarzutów - naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, przez wybór oferty konsorcjum UNIBEP, mając na względzie zarzuty stawiane również ofercie konsorcjum Hydrobudowa - dawałoby odwołującemu realne szanse na uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Przechodząc do podstaw rozstrzygnięcia ww. spraw, przy dokonanych wyżej ustaleniach, w tym dotyczących przedmiotowo istotnych postanowień SIWZ, Izba nie mogła pominąć, że została określona jako obowiązująca - forma wynagrodzenia ryczałtowego, co wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy. Właściwa jest cena ofertowa za cały przedmiot zamówienia, określony projektami i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. W omawianym postępowaniu, w sposób nie kwestionowany, wynagrodzenie zostało określone jako ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, zatem uznaje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. W przypadku ryczałtowej formy wynagrodzenia, zamawiający może zrezygnować z identyfikacji źródeł kosztów, składających się na realizację poszczególnych robót budowlanych i ograniczyć się do żądania od wykonawcy przedstawienia w formularzu oferty, łącznej ceny za wykonanie wszystkich robót określonych dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz postanowieniami projektu umowy. Wykonawca będzie zobowiązany wykonać całość prac za stałą cenę, podaną w ofercie, i tylko ta cena stanowi treść oferty, zaś dalszą treść oferty, tj. zakres oferowanych robót - określa dokumentacja projektowa. Zamawiający nie wymagał złożenia kosztorysu ofertowego w dokumentach oferty. Kosztorys robót miał jedynie przedstawić wykonawca wybrany do wykonania zamówienia - przed zawarciem umowy.

Stosownie do art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. W skład dokumentacji projektowej, zgodnie z rozporządzeniem

Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072) – wchodzi, jak stanowi § 4 ust. 1 wymienionego rozporządzenia:

- 1) projekt budowlany,
- 2) projekty wykonawcze,
- 3) przedmiar robót,
- 4) informacja BIOZ.

Przepisy powołanego rozporządzenia nie zaliczają wprost harmonogramu rzeczowo-finansowego do zakresu dokumentacji, służącej do opisu przedmiotu zamówienia.

Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie zamówień publicznych, przyjmuje się powszechnie, że treść oferty wykonawcy to jego jednostronne zobowiązanie do realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Z mocy wskazanych wyżej i omówionych postanowień SIWZ, zamawiający uczynił również część swoich wymagań co do zawartości harmonogramu realizacji prac, istotnymi postanowieniami oferty, a co za tym idzie stanowiącymi *essentia negotii* w rozumieniu art. 66 § 1 K.c. - umowy o realizację zamówienia publicznego. Niewątpliwie zamierzeniem zamawiającego, był odbiór prac etapu I-ego wraz z zaplanowanymi robotami urządzenia terenu, parkingami, zielenią, drogami, nawet gdyby możliwe było uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, bez części tych prac. W ocenie Izby, świadczyły o tym dobitnie, iż zamawiający nadał żądaniu złożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego i następującym postanowieniom wzoru umowy i odpowiadającym im postanowieniom SIWZ – charakter przedmiotowo istotny, który powinien znaleźć konieczne odzwierciedlenie w treści oferty:

- wzór umowy § 4 ust. 1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym robót (zał. nr 6 do umowy), zatwierdzonym na piśmie przez zamawiającego, w terminie 21 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym I-y etap budowy zostanie wykonany w terminie 9 miesięcy od daty podpisania umowy,

- wzór umowy § 4 ust. 2. Warunkiem przystąpienia do realizacji II etapu budowy, jest uzyskanie ostatecznego pozwolenia na użytkowanie obiektu objętego zakresem I etapu. Część zachodnia trybun (I etap) powinna być zrealizowana łącznie z kompletną infrastrukturą, aby możliwe było korzystanie z trybun wykonanych w I-m etapie i rozgrywanie meczów piłki nożnej zgodnie z przepisami PZPN dla ekstraklasy oraz organizacji innych imprez w trakcie procesu inwestycyjnego (...).

Niedochowanie powyższych postanowień, a także postanowień wzoru umowy § 4 ust. 3 - wykonawca zobowiązany jest wykonywać w poszczególnych miesiącach realizacji umowy prace, roboty budowlane i elementy zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, zagrożone zostało sankcją kar umownych - co nie może dziwić - biorąc pod uwagę dotychczasowe doświadczenia zamawiającego z realizacją tej inwestycji oraz odstąpienie od umowy z poprzednim wykonawcą, z uwagi na znaczne opóźnienia w realizacji prac.

Z powyższego wynika, zdaniem Izby, że zamawiający nadał rangę istotnych postanowień SIWZ także tym wymaganiom, które odnosiły się do sposobu wykonania zamówienia, w zakresie terminów realizacji prac, przy utrzymaniu pełnego rzeczowego zakresu - w odniesieniu do wyznaczonych etapów inwestycji.

Harmonogram rzeczowo-finansowy, prócz funkcji kontroli bieżącej postępu robót i poprawności ich fakturowania - ma również za zadanie umożliwić zamawiającemu zabezpieczenie środków, na podstawie podanych wielkości nakładów finansowych do przerobu w oznaczonym czasie – w celu wywiązania się z terminowego regulowanie należności, w oparciu o odbiory częściowe prac, czy stwierdzony protokolarnie stan zaawansowania robót.

Mimo zagrożenia karami umownymi - dotrzymania wymogu wykonywania w poszczególnych miesiącach realizacji umowy - prac, robót i elementów zgodnie z harmonogramem, Izba uznała, że ustalone w tym harmonogramie terminy wykonania poszczególnych robót i podane do nich wartości przerobów, w obrębie I-go, czy II-go etapu – nie stanowią istotnej treści oferty. Taką istotną treść zawiera w sobie zobowiązanie zakończenia całości robót, w przewidywanych terminach poszczególnych etapów inwestycji.

Zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego Hydrobudowa - nie zakwestionował, że omawiana oferta obejmuje pełny rodzaj i zakres robót budowlanych przewidzianych projektem i określa ich całkowitą cenę. Ponościł jedynie, że roboty objęte pozycjami 30, 31, 35 harmonogramu - dotyczącego realizacji etapu I zamówienia, nie zostały ujęte, tak jak wyznaczył w SIWZ - w wyszczególnieniu robót przewidzianych do wykonania w pierwszych 9 miesiącach realizacji I-ego etapu realizacji inwestycji.

Zamawiający przyznał, że odwołujący Hydrobudowa zakres prac: parkingi (poz. 31), drogi (poz. 30 i 31), chodniki (poz. 31), zieleń, w tym wycinka drzew i krzewów (poz. 35) - zgodnie z przedstawionym harmonogramem realizacji inwestycji - umieścił w całości do

wykonania w II-m etapie realizacji zamówienia, oznaczając odpowiednie dla nich nakłady finansowe (przerób).

Okolicznością bezsporną i przyznaną wprost przez konsorcjum UNIBEP było, że zamiast w etapie II-a, prace z pozycji 16, polegające na wykonaniu instalacji sanitarnych wewnętrznych (instalacja chłodnicza-freonowa), ujął zarówno zakresowo jak i w wielkościach przerobu - wyłącznie w etapie I-m. Dokumentacja projektowa w opisie przedmiotu zamówienia (branża: instalacje sanitarne (ciepło technologiczne, lokalne ogrzewanie i chłodzenie), przewidywała konieczność realizacji instalacji chłodniczej-freonowej także w etapie II. Prace natomiast z tego zakresu, zostały umieszczone w etapie I-m, wraz z odpowiednimi nakładami - co wykonawca tłumaczył w złożonym piśmie, okolicznością, że zakupił kompletne urządzenia, a instalacja freonowa stanowi element instalacji sanitarnej i w oznaczonej części - jest przewidziana do wykonania w etapie I-m.

W tych okolicznościach, Izba uznała za udowodnione, a ponadto przyznane przez zamawiającego, że zakres całkowity świadczenia i jego wycena (kompletność), jako istotnego elementu umowy, zarówno w ofercie odwołującego Hydrobudowa oraz konsorcjum UNIBEP – jest odpowiedni, zgodny z treścią SIWZ.

Nie przekonała jednak Izby, argumentacja odwołującego konsorcjum Hydrobudowa, że w każdej sytuacji, harmonogram rzeczowo-finansowy robót ma charakter dokumentu informacyjnego, poglądowego. Zdaniem Izby, wykonawca składając ofertę, nie może pomijać żadnego z wymagań określonych przez zamawiającego w SIWZ. Każdorazowo, w oparciu o art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest określić w SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na tej podstawie, zamawiający był władny, aby walor istotnych - nadać tym postanowieniom SIWZ, które w jego ocenie tego wymagały, w tym odnoszącym się do harmonogramu.

Różnica jest jedynie taka, że w przypadku, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej normy. W innych przypadkach, oferta może podlegać uzupełnieniu, np. w odniesieniu do dokumentów przedmiotowych, czy informacji niemieszczących się w pojęciu „treść oferty.”

Odwołujący, konsorcjum Hydrobudowa finalnie przyznał, iż treść jego oferty nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia z uwagi na odmienny, niż wymagany zakres rzeczowy robót w harmonogramie - etap I, wnosząc jednocześnie o nakazanie dokonania poprawy jego oferty.

W tym stanie rzeczy, pozostało rozpatrzenie przez Izbę okoliczności spornych między stronami, tj. dotyczących spełnienia przesłanek ustawowych pozwalających na poprawienie zarówno oferty odwołującego Hydrobudowa jak i oferty konsorcjum UNIBEP.

Izba podzieliła stanowisko konsorcjum Hydrobudowa, że aczkolwiek treść jego oferty, na skutek nie ujęcia w harmonogramie w I-m etapie zakresu prac: parkingi (poz. 31), drogi (poz. 30 i 31), chodniki (poz. 31), zieleń, w tym wycinka drzew i krzewów (poz. 35) i umieszczenia tych prac do wykonania w II etapie realizacji zamówienia – nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do oferowanego sposobu wykonania zamówienia – mimo tego, oferta jest możliwa do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący Hydrobudowa powoływał się na okoliczność, iż popełnił pomyłkę nie ujmując w harmonogramie, w I-m etapie omawianego zakresu robót. Z odpowiedzi na pytanie nr 30 udzielonej przez zamawiającego wynikało, że „we wzorze harmonogramu dla etapu I i II umieszczone zostały te same pozycje robót, w przypadku, gdy w danym etapie roboty te nie występują – nakłady należy wyzerować.” Możliwa była zatem sytuacja, gdzie wykonawca w składanym harmonogramie był uprawniony, aby pominąć poszczególne pozycje. Za prawdopodobną okoliczność, Izba przyjęła popełnienie omyłki przez błędne odczytanie szczegółowych projektów wykonawczych – co do sposobu rozdzielenia robót zagospodarowania terenu pomiędzy etap I-y i II-gi inwestycji.

W ocenie Izby, materiał dowodowy sprawy potwierdza, że odwołujący Hydrobudowa popełnił omyłkę nie ujmując pełnego zakresu robót w etapie I-m. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wprowadza ograniczenia, iż sprostowaniu podlegają omyłki wywołane jedynie oznaczonymi przyczynami. Powody pomyłek popełnianych przez wykonawców są obojętne z punktu widzenia przesłanek dopuszczalności ich prostowania z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i najczęściej wynikają z niestaranności przy sporządzaniu oferty. Za zbyt daleko idące, Izba uznała podnoszone zarzuty w piśmie zgłaszającego przystąpienie UNIBEP, (których zamawiający nie podtrzymał), że konsorcjum Hydrobudowa celowo zamierzało wykonać i rozliczyć całość prac zagospodarowania terenu w etapie II-m, ze względu na możliwe oszczędności przy skoncentrowaniu prac wykończeniowych.

Analogicznie Izba podeszła oferty konsorcjum UNIBEP, który w harmonogramie wykonania robót, zamiast w etapie II-m, prace z pozycji 16, polegające na wykonaniu instalacji chłodniczej-freonowej, przewidział do wykonania w całości w etapie I-m inwestycji. Za faktem popełnienia omyłki przez konsorcjum UNIBEP (mimo sposobu jego usprawiedliwień) - w sposób obiektywny przemawiała okoliczność, że wobec braku części konstrukcyjno-architektonicznej elementów zabudowy stadionu, (zaplecza, pomieszczeń

socjalnych) podlegających realizacji w etapie II, całość robót instalacji chłodniczych-klimatyzacyjnych prowadzonych w tych obiektach - nie mogła być ujęta, zrealizowana, ani odebrana i rozliczona w etapie I-m.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wprawdzie nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z kolei art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki niż pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Obowiązkiem zamawiającego, było więc ustalenie, czy stwierdzone niezgodności w ofertach wykonawców:

- 1) noszą znamiona omyłki,
- 2) czy istnieje możliwość ich poprawy w oparciu o pierwotną treść oferty, bez składania odmiennych w swej treści oświadczeń woli przez wykonawców - czego nie dozwala art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) oraz czy dokonana poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Dopiero w okolicznościach, gdy oferty wykonawców nie poddają się poprawie, z zachowaniem wyżej przytoczonych reguł, zamawiający władny jest je odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego Hydrobudowa, że art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp wprowadzony został w celu uniknięcia przypadków odrzucania ofert z powodu omyłek możliwych do wyeliminowania. Dopuszczalne jest zatem poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, różnic (...), lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki. Zamawiający nie podważył twierdzeń odwołującego Hydrobudowa, iż odstępstwa w harmonogramie jego oferty mają charakter omyłek.

Jednocześnie Izba nie mogła zaakceptować stanowiska zamawiającego, w odniesieniu do zarzutów wykonawcy Warbud S.A. wobec oceny oferty konsorcjum UNIBEP, że podobne w swym charakterze omyłki w harmonogramie tego konsorcjum, nie miały znaczenia, gdyż wyznaczony zakres prac w harmonogramie etap I-y, był minimalny. Takie podejście zamawiającego, znajdowałoby uzasadnienie, gdyby w ogólności wykonanie całości instalacji chłodniczych-freonowych w ramach etapu I inwestycji, było obiektywnie rzecz ujmując - realne.

Bezspornym faktem jest, że ustawa Pzp w art. 87 ust. 2 pkt 3 pozwala i nakazuje jednocześnie poprawienie omyłek innych niż rachunkowe i pisarskie, polegających na

niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - jednak wyłącznie niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Możliwość poprawy błędów w ofercie na podstawie wyżej wskazanej i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy - nie ma zatem charakteru nieograniczonego, albowiem zamawiający musi dysponować środkami, umożliwiającymi mu dokonanie samodzielnie stosownej korekty, w oparciu o dokumentację złożonej oferty, jak również na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego.

Analizując stwierdzone powyżej nieprawidłowości – w harmonogramie stanowiącym załącznik do oferty odwołującego Hydrobudowa i oferty konsorcjum UNIBEP - pod kątem możliwości ich poprawy, w oparciu o wskazania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba miała na względzie, iż zamawiający dysponował danymi umożliwiającymi samodzielne przeprowadzenie takiej czynności. Nakłady rzeczowe oraz terminy wykonania - dla wymienionych pozycji harmonogramu w zakresie: parkingi (poz. 31), drogi (poz. 30 i 31), chodniki (poz. 31), zieleń, w tym wycinka drzew i krzewów (poz. 35), instalacja chłodnicza-freonowa (poz. 16) - były możliwe do przyjęcia wprost z opisów zawartych w odnośnych przywołanych w formularzu harmonogramu pozycji, opisów zawartych w przedmiarach, szczegółowych projektach technicznych wykonania robót i narzuconych w nich kolejności technologicznych realizacji poszczególnych robót (tak co do rozdziału na odrębne etapy, jak i w obrębie I, czy też etapu II inwestycji). Wykonawca sporządzając harmonogram był zobowiązany ustalić przerób dla poszczególnych pozycji, obejmując właśnie zakres prac wynikający z projektów wykonawczych w odniesieniu do poszczególnych etapów, odpowiednio dla wskazanych w harmonogramie miesięcy przewidywanej realizacji zamówienia.

Nie wyłącza to jednocześnie, uprzedniego zastosowania procedury wyjaśniania treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności, gdyby zamawiający miał trudności z wyodrębnieniem odnośnej kwoty nakładów – ujętych z określeniem wymaganego zaangażowania procentowego w harmonogramie robót w etapie I oraz etapie II inwestycji. W ocenie Izby wyjaśnienia w omawianym wyżej zakresie nie prowadziłyby do istotnej zmian treści oferty. Zamawiający potwierdził, że w obrębie etapu I czy II zakładał możliwość przesunięć w czasie oznaczonych robót i uznawał, że nie stanowi to zmian umowy. Za nienaruszalne traktował terminy zakończenia obydwu etapów inwestycji, uwzględniając całość robót do wykonania w tych etapach.

Mimo, że zamawiający opisał harmonogram złożony w dokumentacji oferty jako wstępny, doprecyzowanie tego harmonogramu w ofercie wybranego wykonawcy i swoją akceptacją, zastrzegł przed zawarciem umowy, to harmonogramy przedstawione przez wszystkich wykonawców na etapie złożenia oferty, musiały być sporządzone zgodnie z wymaganiami SIWZ i w sposób porównywalny. Zamawiający będzie zatem zobowiązany

doprowadzić je do stanu poprawnego, stosując procedurę przewidzianą w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący Hydrobudowa, w trakcie rozprawy - nie wykluczył możliwości poprawy złożonego harmonogramu według uznania zamawiającego - nawet bez zasięgnięcia jakichkolwiek wyjaśnień wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp; w odniesieniu do wykonania prac z zakresu: parkingi, drogi, chodniki, zieleń i ustalenia wielkości związanego w tych pracami przerobu w etapie I, w oparciu o rozdział robót, zgodny z projektem wykonawczym, w wartości nakładów odnoszonych np. do wielkości powierzchni. Czynność poprawy dokonana przez zamawiającego, może się więc ograniczyć się jedynie do uzupełnienia w harmonogramie złożonym na pierwszy etap ww. pozycji pominiętych, przez odwołującego Hydrobudowa, z wyodrębnieniem proporcjonalnym kwot nakładów finansowych ujętych w etapie II odnośnych pozycji i dodaniem ich do nakładów w pozycjach: 30, 31,35 etapu nr I, według założeń i wyliczeń własnych zamawiającego, opartych chociażby na proporcji odnośnych kwot w kosztorysie inwestorskim - określenia parytetu tych nakładów w zakresie prac zagospodarowania terenu inwestycji w odniesieniu do poszczególnych etapów inwestycji. Zamawiający jak wynika z protokołu postępowania, dysponuje pełnym kosztorysem inwestorskim, który stał się podstawą określenia szacunkowej wartości zamówienia.

Tak jak Izba wskazała wyżej, zachodzą również obligatoryjne przesłanki ustawowe do zastosowania procedury określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonania poprawy harmonogramu rzeczowo-finansowego oferty konsorcjum UNIBEP, poprzez umieszczenie w zakresie rzeczowym i finansowym wykonania robót odpowiednich elementów instalacji chłodniczej i klimatyzacyjnej w harmonogramie etapu II wykonania tych robót. Instalacje te z obiektywnych względów nie mogły być zakończone na etapie pierwszym, skoro obiekty, w których miały być prowadzone, miały powstać w II etapie zadania inwestycyjnego.

Izba uznała jednocześnie za stosowne - ostateczny sposób tej korekty pozostawić w gestii zamawiającego. Zamawiający winien zastosować jednolitą metodę prostowania omyłek w harmonogramach wykonawców, które zgodnie z wyrokiem Izby tego wymagają, jak również w zakresie ustalonym samodzielnie przez zamawiającego. Wielkości nakładów, spełniające wymóg narastania procentowego - wyznaczone przez zamawiającego, w związku z dokonaną poprawą harmonogramu - mogą zostać dostosowane do wymagań - w tym zakresie korekta nie naruszałaby istotnych postanowień SIWZ.

Nie można było pominąć, że przedstawiony przez wybranego wykonawcę harmonogram realizacji zamówienia finalnie musi zostać zaakceptowany przez

zamawiającego - przed podpisaniem umowy. W przypadku zgłoszenia zastrzeżeń przez zamawiającego wykonawca będzie zobowiązany dokonać poprawek i zmian w harmonogramie, w drodze obopólnych ustaleń i za obopólną zgodą.

Podany sposób korekty w uzasadnieniu wyroku - wpisuje się więc w przewidzianą w SIWZ oraz wzorze umowy - formułę dokonywania zmian w harmonogramie robót, tak przed zawarciem umowy, jak i w trakcie realizacji umowy, za obopólną zgodą stron. Natomiast, zarówno odwołujący Hydrobudowa, jak i konsorcjum UNIBEP mogą odmówić swej zgody na dokonaną przez zamawiającego poprawę - do czego upoważnia ich art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ale muszą się liczyć z konsekwencją odrzucenia ich ofert - korekta bowiem obejmuje także całkowite zakresy rzeczowe robót w etapie I i II - a to związane jest z treścią oferty.

Postępowanie dowodowe wykazało, że w harmonogramie ofertowym odwołującego Hydrobudowa oraz konsorcjum UNIBEP znalazły się takie błędy, które były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, zachodziły przesłanki do poprawy ofert wymienionych wykonawców, które w kwestionowanych częściach były sprzeczne z SIWZ, ale ich poprawienie nie spowodowałoby istotnej zmiany zawartej w nich treści, bowiem niezmienny pozostaje całkowity zakres robót i cena za jego wykonanie, zaś harmonogramy robót zawierające wiążący sposób realizacji zamówienia w odniesieniu do etapu I i II inwestycji – na wyjściowy, wyznaczony moment złożenia oferty, mogą zostać doprowadzone do wzorca zgodnego z formularzem zamieszczonym w załączniku nr 6 do SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia.

Postępowanie dowodowe w sprawie, potwierdziło zasadność czynionych zamawiającemu przez odwołującego Hydrobudowa zarzutów naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, przez odrzucenie oferty konsorcjum Hydrobudowa, mimo, że jej poprawa była możliwa w sposób nie ingerujący istotnie w treść oferty. Naruszenie wskazanych przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania, skoro oferta odwołującego Hydrobudowa, która była najkorzystniejsza w oparciu o kryterium ceny, - bez poprzedzenia obligatoryjną procedurą określoną w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – została odrzucona.

Przeprowadzone w sprawie dowody, w odniesieniu do odwołania wykonawcy Warbud S.A. wykazały, że oferta konsorcjum UNIBEP dotknięta była niezgodnością z treścią SIWZ, a jej wybór do realizacji zamówienia naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp, miały istotny wpływ na wynik postępowania, skoro zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum UNIBEP, mimo, że bez dokonania jej poprawy - treść wymienionej oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

W następstwie stwierdzonych nieprawidłowych czynności oraz zaniechań wobec oferty konsorcjum Hydrobudowa oraz konsorcjum UNIBEP, zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 589 oraz sygn. akt KIO 596/12 i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołania zostały uwzględnione, kosztami postępowania należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego Gminy Białystok - Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Białymstoku na rzecz odwołującego konsorcjum Hydrobudowa kwotę 23 600,00zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie § 3 pkt 1, pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Z tytułu uzasadnionych kosztów strony, Izba zasądziła od zamawiającego Gminy Białystok - Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Białymstoku na rzecz odwołującego Warbud S.A. kwotę 20 000,00 zł, tytułem zwrotu wpisu od odwołania, zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....