

Sygn. akt: KIO 415/13

WYROK

z dnia 11 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2013 r. przez wykonawcę **SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Grupa Kapitałowa WONAM S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Łęczyńskie PRG S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** na rzecz **Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A. w Bogdance, 21-013 Puchaczów, Bogdanka** kwotę **3 949 zł 53 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych, pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A., 21-013 Puchaczów, Bogdanka, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Opracowanie projektów, wykonanie obiektów budowlanych, zakup, dostawa i montaż urządzeń i instalacji oraz uruchomienie instalacji klimatyzacji centralnej dla schładzania wyrobisk dołowych w polu Bogdanka w Lubelskim Węglu „Bogdanka” S.A.*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 września 2012 roku pod numerem 2012/S 188-309729.

Zamawiający dnia 15 lutego 2013 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dnia 25 lutego 2013 roku wykonawca SIEMAG TECBERG POLSKA sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29; 40-085 Katowice (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego dotyczących:

- 1) wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na okoliczność, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana przez osoby podlegające wyłączeniu, co stanowi naruszenie przepisu z art. 7 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
- 2) Odwołujący wskazał, iż wykonawca, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również z uwagi na to, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, bowiem dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie z art. 7 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.
- 3) Treść oferty, która wybrana została jako najkorzystniejsza jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w niniejszym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący narażony został na poniesienie szkody przejawiającej się w utracie korzyści, jakie uzyskałby wykonując zamówienie - po wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tudzież odrzuceniu oferty tego wykonawcy, oferta złożona przez odwołującego stanowić będzie ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem konieczności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, tj. Grupę Kapitałową „Wonam” S.A. z siedzibą w Pszczynie oraz Łęczyńskie PRG S.A. w Łęcznej.

Zamawiający, dnia 26 lutego 2013 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 28 lutego 2013 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca/wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grupa Kapitałowa WONAM S.A. (pełnomocnik konsorcjum), Łęczyńskie PRG S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone przez pełnomocników w pismach procesowych, jak i złożone na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust. 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana przez osoby podlegające wyłączeniu, Izba uznała, że zarzut ten jest spóźniony.

Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach

wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy informacją powszechnie dostępną i upublicznią, potwierdzoną przez odwołującego w odwołaniu, był fakt, iż dnia 7 stycznia 2013 roku Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej opublikował zgłoszenie patentowe Nr 395484, dotyczące wynalazku zatytułowanego „Układ klimatyzacji centralnej wyrobisk górniczych”. W zgłoszeniu tym zostały wskazane również osoby – współtwórcy wynalazku, a wśród nich również osoby, co do których odwołujący stawia zarzuty.

Zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół z postępowania jest jawny i dostępny od chwili wszczęcia procedury udzielenia zamówienia publicznego.

[Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego \(Dz. U. Nr 223, poz. 1458\)](#)

określa wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zakres dodatkowych informacji zawartych w protokole, a także sposób oraz formę udostępniania zainteresowanym protokołu wraz z załącznikami. W § 2 ust. 1 wskazano, iż protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych zawiera, w zależności od zastosowanego trybu postępowania, informacje dotyczące – pkt 5 - osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia oraz osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia i złożenia przez nie oświadczenia na druku ZP-1.

Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego określa i stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia.

W załączniku Nr 1 - druk ZP-PN w dziale 3 nakazano zamawiającemu wskazanie osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający powyższą czynność wykonał zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Powyższe okoliczności, tj. upublicznienie zgłoszenia patentowego w dniu 7 stycznia 2013 roku oraz możliwość wglądu przez odwołującego do protokołu postępowania - w myśl przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, stanowiły podstawę do wniesienia odwołania. Termin na wniesienie odwołania liczyć bowiem należy od dnia opublikowania zgłoszenia patentowego. Tym samym termin na wniesienie odwołania i stawiania w powyższym zakresie zarzutów upłynął w dniu 17 stycznia 2013 roku.

Skoro bowiem odwołujący wymaga od zamawiającego dochowania należytej staranności w prowadzeniu przedmiotowego postępowania, to taką samą staranność należało również odnieść do odwołującego. Wskazać bowiem należy, że odwołujący przy dochowaniu

należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Profesjonalizm odwołującego w powyższym zakresie doznał uszczerbku, który na obecnym etapie postępowania nie może zostać usankcjonowany.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut stawiany dopiero dnia 25 lutego 2013 roku, jest zarzutem spóźnionym.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowaniu, z uwagi na to, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący wskazał, że przystępujący nie wypełnił obowiązku w zakresie punktu VI.1.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie przedłożył oświadczenia i referencji zgodnych z prawdą, a tym samym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w punkcie V.1.6 s.i.w.z.

Zgodnie z treścią punktu V.1.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jeden projekt instalacji klimatyzacji centralnej dla schładzania powietrza w podziemnych zakładach górniczych obejmujący swoim zakresem, łącznie budowę obiektów budowlanych na powierzchni i zabudowę urządzeń i instalacji na dole i powierzchni, w oparciu o który wybudowana została centralna klimatyzacja o mocy chłodniczej minimum 4 MW.

Zgodnie z punktem VI.1.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca zobowiązany był załączyć do formularza oferty m.in. wykaz zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności wykonawcy jest krótszy, to w tym okresie, projektów wskazanych w Rozdziale V pkt. 6 s.i.w.z. wraz z dokumentami potwierdzającymi, że projekty te zostały należycie wykonane - zgodnie z załącznikiem Nr 5 do s.i.w.z.

Przystępujący załączył do oferty (strona 96) wymagany przez zamawiającego wykaz, oświadczając, iż w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał 2 projekty:

- 1) dla zamawiającego: Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., miejsce wykonania – Pole Stefanów w Lubelskim Węglu S.A., czas realizacji: 19.2.2009 r. – 31.5.2011 r.,
- 2) dla zamawiającego: Spółka Energetyczna „Jastrzębie” S.A., miejsce wykonania – KWK „Pniówek”, czas realizacji: maj 2010 r. – listopad 2010 r.

Do przedstawionego wykazu przystępujący załączył dwie referencje, odpowiednio od każdego z zamawiających.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią umowy na realizację zadania inwestycyjnego pn. „Opracowanie projektu technicznego, zakup, montaż i uruchomienie klimatyzacji centralnej dla schładzania wyrobisk dołowych w polu Stefanów w Lubelskim Węglu Bogdanka S.A.”, prace projektowe miały zostać wykonane w ciągu trzech miesięcy od dnia zawarcia umowy, a zatem do dnia 19 maja 2009 r., a nie jak podano w treści referencji do dnia 31 maja 2011 r.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że na podstawie dyspozycji §6 ust. 1 pkt 1 umowy, zgodnie z którą wykonawca uprawniony był do wystawienia faktury w kwocie 3.850.000,00 PLN, po przyjęciu przez KOPI (Komisja Oceny Projektów Inwestycyjnych Zamawiającego) projektu technicznego klimatyzacji, zatwierdzonego protokołem przyjęcia, czynności w niej wymienione odbyły się w terminach wskazanych w tych dokumentach.

Zdaniem odwołującego, w treści referencji data 31 maja 2011 r. pojawia się ze względu na fakt, iż jest to data realizacji całości inwestycji. Nie można jednakże utożsamiać prac projektowych z robotami budowlanymi, które ze swej istoty wykonywane są dopiero po sporządzeniu odpowiedniego projektu. Przyjęcie w treści referencji Spółki Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. daty 31.05.2011 r., jako terminu realizacji wszystkich zadań, objętych przedmiotowym postępowaniem o udzielenia zamówienia publicznego, jest o tyle nieuzasadnione, że sama umowa na realizację ww. zamówienia określa odrębny termin na wykonanie prac projektowych, tj. 3 miesiące od zawarcia przedmiotowej umowy. Według najlepszej wiedzy odwołującego, prace projektowe zostały ukończone w przepisany terminie.

Zdaniem odwołującego referencje przystępującego w zakresie, w jakim mają one wykazywać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie V.1.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia są nieprawidłowe, gdyż dotyczą usług wykonanych dawniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert, który upłynął w listopadzie 2012 r. Tym samym referencja wystawiona przez zamawiającego odnosi się do projektu zrealizowanego najpóźniej dnia 19.05.2009 r., a zatem nie spełnia warunku s.i.w.z., tj. warunku wykonania zadania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym przedmiotowe zadanie nie powinno zostać uwzględnione w wykazie wykonanych zamówień. W oświadczeniu złożonym przez przystępującego (w formie wykazu) zawarte zostały informacje niezgodne ze stanem faktycznym, tj. ujawnione zostało zadanie zrealizowane wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert. W przypadku złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, powinien był wykluczyć takiego

wykonawcę z postępowania, tym bardziej, że zamawiający wiedział, że przystępujący wykonał prace projektowe wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący nie udowodnił zasadności stawianego zarzutu. Izba zwraca uwagę, że odwołujący kreuje rzeczywistość, według subiektywnej oceny dokumentów, nie popierając swojego stanowiska żadnymi dowodami.

Odwołujący wywodzi, że złożony przez przystępującego wykaz, a co za tym idzie oświadczenie wykonawcy zawiera informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z takim stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić.

Izba wskazuje na wyroki: Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12), który stanął na stanowisku, że *nie zawsze podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę ma wpływ/może mieć wpływ na wynik postępowania, zaś wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mogłoby nastąpić jedynie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Tymczasem w przedmiotowej sprawie zamawiający posiadał wiedzę na temat zamówienia, którego dotyczyły błędnie podane przez wykonawcę informacje, gdyż było ono realizowane na jego rzecz. A zatem, ich podanie nie mogło doprowadzić do wprowadzenia w błąd zamawiającego i nie mogło mieć wpływu na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tych okolicznościach, jeżeli ze stanu faktycznego wynikało działanie wykonawców w dobrej wierze, nie można mówić o celowym wprowadzaniu zamawiającego w błąd przez tych wykonawców.*, Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt: VI Ga 134/12) oraz Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt: II Ca 1285/12), które podobnie jak SO w Warszawie orzekły, iż wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp może nastąpić tylko w przypadku gdy podanie nieprawdziwych informacji wynika z winy umyślnej wykonawcy.

Nadto sądy wskazały, że zamawiający w celu wykluczenia wykonawcy zobowiązany jest potwierdzić złożenie nieprawdziwych informacji. Analogicznie, skoro w przedmiotowym postępowaniu to odwołujący (nie zamawiający) stawia zarzuty podania nieprawdziwych informacji, to odwołujący, jako strona postępowania odwoławczego, która wywodzi określone skutki prawne, winna je udowodnić.

Izba nie stwierdziła, w zakresie powyższego zarzutu, naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przyjmując za wiarygodną wykładnię autentyczną umowy z dnia 19 lutego 2009 roku poczynioną przez zamawiającego i przystępującego, które to podmioty były

stronami wspomnianej umowy, iż projektowanie odbywało się przez cały okres realizacji umowy i projekt ostateczny, końcowy, powykonawczy został sporządzony z zakończeniem realizacji inwestycji.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowaniu, z uwagi na to, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący stawia zarzut zamawiającemu w zakresie nieistniejącej czynności i nieistniejącego zaniechania czynności. Wskazać bowiem należy, że odwołujący podniósł wadliwą ocenę doświadczenia (Nr 2 – Spółka Energetyczna „Jastrzębie”), jak i wadliwość referencji wystawionych odnośnie tej pozycji wykazu. Jednakże zamawiający na rozprawie przyznał, że ta pozycja wykazu została uznana przez zamawiającego za niepotwierdzającą spełnienia warunku udziału w postępowaniu (doświadczenia w realizacji projektu). Tym samym, w zakresie omawianej pozycji wykazu, istnieje zbieżność stanowisk, więc brak jest możliwości uznania zarzutu za zasadny, w sytuacji kiedy zarzut postawiony został do nieistniejącego naruszenia - przez zamawiającego - przepisów ustawy Pzp.

Podobna sytuacja występuje w odniesieniu do kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowaniu, z uwagi na to, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że zarzut powyższy dotyczy sytuacji nieistniejącej w postępowaniu, gdyż zamawiający stwierdzając braki, co do dokumentacji postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących załącznika Nr 6 i dokumentów potwierdzających, że wyposażenie zostało zastosowane oraz prawidłowo ukończone i uruchomione wezwał przystępującego do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń, które to wezwanie zostało przez przystępującego wypełnione pismem z dnia 29 listopada 2012 roku.

Odwołujący na rozprawie potwierdził, że wnosząc zarzut nie miał wiedzy, co do okoliczności, iż zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia braków w dokumentacji, a przystępujący te braki uzupełnił.

Tym samym stawianie zarzutów zamawiającemu do nieistniejącego stanu faktycznego sprawy uzasadnia uznanie tego zarzutu za niezasadny.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na okoliczność, że oferta nie zawiera prawidłowego harmonogramu rzeczowo –finansowego, Izba uznała za niezasadny.

Zdaniem odwołującego harmonogram rzeczowo-finansowy (HRF), stanowiący załącznik Nr 10 do oferty przystępującego zawiera błąd polegający na tym, że w wierszu V kolumnie 5 wpisano nieistniejącą liczbę „VVI” oraz wartość za wykonane etapy robót poprzedzających przeprowadzenie ruchu próbnego, tj. punkty I - XII, została określona na poziomie 95,3 % wartości przedmiotu zamówienia, czyli znacznie przekracza określony przez zamawiającego górny limit w wysokości 85%.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - załącznik Nr 10 do s.i.w.z. „Harmonogram rzeczowo – finansowy” zamawiający żądał przedstawienia HRF przez opisanie planowanej organizacji prac, zagospodarowania rejonu prac oraz planowanego obłożenia. Nadto HRF musiał być przedstawiony w układzie miesięcznym, dla całego czasu trwania umowy.

Jak wynika z powyższego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia HRF miał dla zamawiającego znaczenie poglądowe. Świadczy o powyższym sformułowanie poczynione przez zamawiającego „planowane”. Nadto należy zwrócić uwagę na postanowienia projektu umowy, która w § 2 ust. 4 reguluje kwestie związane z postanowieniami HRF, cyt. *„Strony zgodnie ustalają, że zamawiający w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy ma prawo wnieść zmiany i uwagi do harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego załącznik Nr 3 do umowy. W celu uniknięcia mogących powstać wątpliwości Strony ustalają, że prawo zamawiającego do wniesienia zmian, o których mowa w zdaniu 1 niniejszego ustępu obejmuje również prawo do zmian wysokości wynagrodzenia określonego w tym harmonogramie (...). Dokonanie tych zmian zamawiający będzie konsultował z wykonawcą, przy czym zamawiającemu przysługiwać będzie rozstrzygające zdanie, co do wniesienia zmian do w/w harmonogramu”* oraz w ust. 5 cyt. *„Niezależnie od zmian i uwag do harmonogramu rzeczowo-finansowego, o których mowa w ust. 4 niniejszego paragrafu, Strony w trakcie wykonywania umowy dopuszczają możliwość dokonania zmian kolejności i terminów wykonania poszczególnych etapów robót określonych w w/w harmonogramie (...).”*

Powyżej cytowane istotne postanowienia umowy w sposób jednoznaczny precyzują charakter harmonogramu rzeczowo-finansowego, który w ocenie Izby miał jedynie obrazować plan realizacji zamówienia. Plan ten miał znaczenie informacyjno-rozpoznawcze, bez obligatoryjnego wprowadzenia zapisów tam zaproponowanych w życie w chwili podpisania, a następnie realizacji umowy. Jako, że HRF miał jedynie znaczenie informacyjne, gdyż podlegał będzie dalszym modyfikacjom i zmianom, brak jest podstaw do twierdzenia, że w odniesieniu do jego treści bezwzględne zastosowanie musi odnajdywać

hipoteza przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby aby móc zastosować przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, że wyrażona wola zawarcia umowy (oferta) jest niemożliwa do zmiany czy modyfikacji z uwzględnieniem wyjątków w ustawie przewidzianych. Skoro zatem HRF jest tym elementem oferty, który przed zawarciem umowy oraz w trakcie jej realizowania będzie podlegał zmianom i modyfikacjom, to nie można mu przypisać charakteru bezwzględnie obowiązującego, a z błędów w nim popełnionych wywodzić niezgodności ze s.i.w.z., w konsekwencji odrzucając ofertę z postępowania.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że wszelkie niedociągnięcia i błędy wynikające z treści harmonogramu rzeczowo-finansowego nie stanowią o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Tym samym na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: