

Sygn. akt: KIO 1247/14

**WYROK**  
**z dnia 2 lipca 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), Inenergia Sp. z o.o. Sp.K. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka, ul. Dr I. Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum Lech-Ebud w składzie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LECH Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ebud - Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Smoleńska 1a, 85-833 Bydgoszcz**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), Inenergia Sp. z o.o. Sp.K. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum),**

**Inenergia Sp. z o.o. Sp.K. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), Inenergia Sp. z o.o. Sp.K. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum: ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek** na rzecz **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka, ul. Dr I. Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 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 Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rozbudowa Centrum Diagnostyczno-Leczniczego we Włocławku o Zakład Teleradioterapii”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 kwietnia 2014 r. pod nr 84347.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: M. Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum), Inenergia Sp. z o.o. Sp.K. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Pełnomocnika Konsorcjum we Włocławku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 17 czerwca 2014 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 12 czerwca 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 20 czerwca 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 23 czerwca 2014 r. do Prezesa Izby złożyli swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum Lech-Ebud w składzie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LECH Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Ebud - Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Bydgoszczy (dalej: „Przystępujący”).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 2 lipca 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego oraz jednocześnie odrzucenie oferty Odwołującego. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3), art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, wobec:

1. zaniechania, przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących treści oferty złożonej przez Odwołującego, w odniesieniu do złożonego wraz z tą ofertą Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego,
2. względnie zaniechania poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp oferty złożonej przez Odwołującego, w zakresie omyłki stwierdzonej w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym

ewentualnie

3. zaniechania odrzucenia wszystkich ofert złożonych w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
4. zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż omyłki w zakresie treści Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego zostały popełnione w różnym zakresie przez wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu przetargowym, w tym także oferty wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym sankcja odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp winna dotknąć konsekwentnie albo wszystkich oferentów, albo każdy z nich winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub Zamawiający winien omyłki poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że odwołanie obejmuje również realizację intencji Odwołującego dążenia do tego, aby Zamawiający w toku postępowania przetargowego przestrzegał zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej ofert, tj. oferty Przystępującego;
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do złożonego wraz z ofertą Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego,

5. względnie poprawienia, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, oferty złożonej przez Odwołującego, w zakresie omyłki w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, ewentualnie
6. odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu;
7. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający w toku czynności badania i oceny ofert zwrócił się do Odwołującego dwukrotnie z żądaniem uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wyjaśnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący na w/w żądania odpowiedział w sposób upewniający Zamawiającego, co do prawidłowości i rzetelności oferty, co potwierdził sam Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty na podstawie rzekomego nieusuwalnego, istotnego błędu w ofercie Odwołującego, polegającego na niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), nie zaś okoliczności objętych uzupełnieniem oraz wyjaśnieniem.

Pomimo powyższego – jak podniósł Odwołujący – Zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż oferta ta nie spełnia wymagań pkt 3.2 ppkt 2) SIWZ, tj. wykonania całego budynku w stanie surowym zamkniętym, węzła cieplnego i instalacji co najpóźniej do 31.12.2014 r. oraz całego zakresu robót w budynku wraz z robotami zewnętrznymi „na gotowo” najpóźniej do dnia 30.06.2015 r.”, gdzie instalacja CO winna być wykonana najpóźniej do 31.12.2014 r. Zamawiający stwierdził, iż w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym w poz. 5.1 (instalacja CO) realizacja tego zakresu ujęta została w okresach od października do grudnia 2014 r. oraz w styczniu 2015 i w okresie od maja do czerwca 2015 r., a więc - zdaniem Zamawiającego - sprzecznie z wymogiem określonym w SIWZ IDW (Instrukcji Dla Wykonawców). Zamawiający uznał, iż w/w sytuacja stanowi błąd istotny, co do treści oferty i nie podlega w związku z tym poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, wobec czego jedyną zgodną, zdaniem Zamawiającego, z prawem czynnością jest odrzucenie przedmiotowej oferty, jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w pkt 3.2 SIWZ IDW wskazał, iż wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia procesu budowlanego zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, który załączył do oferty, sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 9 do niniejszej SIWZ. W SIWZ wskazano, że ze względu na finansowanie przedmiotowego zadania z dwóch źródeł, tj. środków własnych Zamawiającego i środków funduszu celowego RPO WKP 2014, w harmonogramie wykonawca musi uwzględnić konieczność wykonania wszystkich robót w dwóch etapach:

- 1) w pierwszym - robót fundamentowych, przyłączy sieci sanitarnych i elektrycznych oraz infrastruktury 2 bunkrów dla akceleratorów wysokoenergetycznych w stanie surowym zamkniętym najpóźniej do dnia 30.09.2014 r.,
- 2) w drugim - wykonania całego budynku w stanie surowym zamkniętym, węzła cieplnego i instalacji c.o. najpóźniej do 31.12.2014 r. oraz całego zakresu robót w budynku wraz z robotami zewnętrznymi „na gotowo” najpóźniej do dnia 30.06.2015r.

Zamawiający jednakże zastrzegł równocześnie, iż z uwagi na przewidywane współfinansowanie zadania z funduszu celowego Zamawiający uzależnia realizację II etapu robót od uzyskania dofinansowania zadania z funduszu celowego RPO 2014 oraz zastrzega sobie prawo do zmiany zarówno zakresów rzeczowych realizowanych i rozliczanych elementów zadania, jak i terminów płatności, w zależności od uwarunkowań tego funduszu. Jednocześnie też w punktach od 20.2.2 do 20.2.9 SIWZ IDW Zamawiający wskazał okoliczności uzasadniające możliwość przedłużenia terminów realizacji zadania inwestycyjnego, nie podtrzymując w żadnym z punktów, iż koniecznym jest zachowanie jako niezmiennego terminu 31.12.2014 r. dla wykonania całego budynku w stanie surowym zamkniętym, węzła cieplnego i instalacji CO. Odwołujący podkreślił, że w żadnym z postanowień SIWZ Zamawiający nie zastrzegł, iż jakkolwiek błąd lub nieścisłość Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego stanowiła będzie podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, bez konieczności podejmowania dalszych działań nakazanych przez prawo. Przeciwnie przywołał pkt 15.11 SIWZ IDW, gdzie Zamawiający wskazuje, iż poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe z uwzględnieniem ich konsekwencji rachunkowych, oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, zawiadamiając o tym wykonawcę niezwłocznie.

Odwołujący podkreślił, że w treści formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ IDW Zamawiający w ramach oświadczeń wykonawcy wprowadził stwierdzenie w brzmieniu: „Niniejsza oferta w pełni spełnia wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, które to stwierdzenie w formie oświadczenia woli złożył Odwołujący w ramach oferty w niniejszym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego i błędnie zakwalifikował wyżej opisaną sytuację jako istotną niezgodność treści oferty z SIWZ. Zgodnie z pkt do 20.2.2 do 20.2.9 SIWZ IDW oraz zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 5 Wzoru Umowy – według Odwołującego - terminy realizacji mogą ulec przedłużeniu. Nadto podkreślił, że zgodnie z postanowieniem § 3 ust. 7 Wzoru Umowy „Wszystkie etapy realizacji przedmiotu umowy Wykonawca ma obowiązek konsultować i uzgadniać pisemnie z Zamawiającym”. Zgodnie z powyższym – w ocenie Odwołującego - Zamawiający w sposób wyraźny dopuszcza możliwość zmiany harmonogramu.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że zgodnie z zapisami pkt 1 i 7 Formularza ofertowego Odwołujący w ramach oferty oświadczył, iż:

- 1) Niniejsza oferta w pełni spełnia wymagania SIWZ.
- 2) W przypadku wygrania postępowania w czasie i terminie wskazanym przez Zamawiającego, podpiszemy umowę na warunkach określonych we wzorze umowy gdzie zawarte są terminy zgodne ze wskazaniem pkt 3.2 SIWZ IDW.

Tym samym Odwołujący podniósł, że w formularzu oferty zagwarantował zatem wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ w tym z postanowieniami projektu umowy załączonymi do SIWZ (pkt 7) formularza oferty.

W ocenie Odwołującego za znaczące uchybienie Zamawiającego, uznać należy zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że Zamawiający może korzystać z tego uprawnienia w toku badania i oceny ofert, a więc od chwili ich otwarcia do wyboru najkorzystniejszej oferty. Jeśli jednak zaniecha 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 to naruszenia można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do Odwołującego. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 lipca 2003 r. (UZP/ZO/O- 936/03). 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 bowiem może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 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, jego zdaniem, jako wywodzącym skutek prawny, w postaci odrzucenia oferty z twierdzenia o jej brakach, spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Jego zdaniem art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy 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. Przeprowadzając wykładnię celowościową przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, należy dojść do wniosku, iż Zamawiający miał obowiązek zażądać od Odwołującego wyjaśnień dotyczących harmonogramu, jeżeli jego niezweryfikowane wątpliwości doprowadziły w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego.

Ponadto podkreślił, że poza możliwością skorzystania z procedury wyjaśnień oferty Zamawiający zobowiązany był do poprawienia popełnionego błędu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. O ile bowiem zastosowanie procedury przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest uprawnieniem Zamawiającego, to poprawienie omyłek zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest jego obowiązkiem. Sformułowanie „zamawiający poprawia”, w ocenie Odwoływającego, zobowiązuje Zamawiającego do dokonania poprawek w wypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w wyżej przywołanym przepisie. Podkreślił, że w świetle oświadczeń Odwoływającego złożonych w Formularzu oferty dokonanie podziału wartości prac w pozycji 5.1 Harmonogramu na wykonane do 31 grudnia 2014 r. oraz następnie w styczniu 2015 oraz od maja do czerwca 2015 r. było wynikiem niezamierzonego błędu przy sporządzaniu harmonogramu. Odwołujący miał zamiar wykonania tych robót w terminie do dnia 31 grudnia 2014 r., a błąd doprowadził do tego, że Zamawiający uznał, że Odwołujący zamierza realizować roboty objęte pozycją 5.1 harmonogramu do końca realizacji zadania inwestycyjnego. W/w błąd popełniony przez Odwoływającego, jego zdaniem, ma jednak charakter błędu nieistotnego, w szczególności z uwagi na fakt, że nie wpływa na cenę oferty ani na zakres prac objętych ofertą oraz jest możliwy do usunięcia w świetle oświadczeń Odwoływającego wyrażonych w Formularzu ofertowym. Podkreślił, że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawieniu ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jego zdaniem ustawodawca przyjął 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 zmieniliby istoty zobowiązania Odwoływającego, zatem było to możliwe w trybie wprowadzenia przez Zamawiającego poprawek oferty. Odwołujący podkreślił, że procedura określona przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od stosowania sankcji odrzucenia oferty za zawarte w jej treści niezgodności z treścią SIWZ. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt: X Ga 23/07), oraz wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r. (KIO 1648/11).

Odwołujący podkreślił, że zmiany, których Zamawiający mógł dokonać w harmonogramie przedłożonym przez Odwoływającego, były całkowicie indyferentne w odniesieniu do ceny oferty oraz zakresu 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). Podkreślił, iż celem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest zawarcie z nim przez zamawiającego umowy (udzielenie zamówienia). Zatem każdy wykonawca, profesjonalista, chcąc uzyskać zamówienie musi przygotować ofertę zgodną z SIWZ. Jego zdaniem trudno, w świetle zasad doświadczenia życiowego, uznać za racjonalne działanie wykonawcy: polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści SIWZ, zatem zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie z SIWZ, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki czy przeoczenia. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli (oferty), nieodpowiadającego SIWZ, nie wyraził zgody na poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp. W jego ocenie Zamawiający dysponował w ramach treści oferty Odwołującego wszelkimi danymi do tego, aby dokonać poprawienia omyłki w zakresie pozycji 5.1 Harmonogramu. Powołał się w tym względzie na wyrok KIO w sprawie KIO 2376/13 oraz na wyrok z dnia 3 kwietnia 2012 r. (KIO 589/12, KIO 596/12), jak i uchwałę KIO z dnia 4 grudnia 2013 r. (KIO/DKUE/KD 105/13).

Odwołujący odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nierówne traktowanie wykonawców, wskazał, iż każdy z wykonawców popełnił podobne błędy w harmonogramie realizacji zamówienia, jednakże negatywne konsekwencje tego stanu rzeczy zostały wyciągnięte jedynie wobec Odwołującego oraz jeszcze innego wykonawcę. Podkreślił, że nawet jeśli uznać prawidłowość działania Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, czemu Odwołujący zdecydowanie się sprzeciwia, 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 ustawy Pzp i unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Działania, które podjął Zamawiający, doprowadziły, zdaniem Odwołującego, do nierównego, niekonkurencyjnego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego 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.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, a jednocześnie też w toku posiedzenia z udziałem stron w dniu 2 lipca 2014 r. złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podkreślił, że nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy. Podniósł, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem

fakultatywnym dla Zamawiającego i obliuguje go do stosowania celem wyjaśnienia rozbieżnych informacji podanych w treści ofert. Wbrew twierdzeniem Odwołującego – zdaniem Zamawiającego – przywołany przepis nie stanowi podstawy do usunięcia błędnych treści oferty, a tym samym do jej zmiany względem podstawowego oświadczenia woli złożonego w ofercie zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO. W ocenie Zamawiającego Odwołujący jednoznacznie w harmonogramie rzeczowo – finansowym popełnił nieusuwalne błędy terminowe w ich przekroczeniu do czego zresztą w treści odwołania się przyznał i nie negował tego faktu. Podkreślił też, że w pozostałej treści oferty Odwołujący nie wskazał zgodnego z wymogami Zamawiającego terminarzu realizacji robót. Tym samym – w ocenie Zamawiającego – oświadczenie woli zawarte w treści oferty Odwołującego jest jednoznaczne i Zamawiający nie miał żadnej podstawy faktycznej do wyjaśnienia tego elementu oferty. Jego zdaniem zmiana tej treści oferty Odwołującego w oparciu o procedurę wynikającą z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nastąpiłaby z przekroczeniem tego przepisu poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą.

Zamawiający nie zgodził się także ze stanowiskiem Odwołującego co do twierdzenia, że popełnione błędy w harmonogramie rzeczowo-finansowym, który ma służyć Zamawiającemu do kontroli prawidłowości i terminowości realizacji zadania w powiązaniu z jego możliwościami finansowymi, podlegają pod instytucję poprawki z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podkreślił, że orzecznictwo KIO co do przywołanego przepisu ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucać oferty, które nie mają wymaganego harmonogramu lub zawierają harmonogram obarczony błędami rzeczowymi, terminowymi i finansowymi, wskazując, że dokument ten nie podlega pod instytucję z art. 87 ust. 2, jak i instytucję z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający powołał się w tym względzie na orzecznictwo KIO: KIO/UZP 459/10, KIO/UZP 77/07, KIO/UZP 962/09, KIO 1393/11, KIO 1659/11, KIO 3/12, KIO 856/12, KIO 839/11 oraz 188/14. Podkreślił, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań pkt 3.2 ppkt 2 SIWZ, zgodnie z którym to postanowieniem instalacja CO powinna być wykonana najpóźniej do 31 grudnia 2014 r., gdyż w załączonym do oferty tego wykonawcy harmonogramie rzeczowo-finansowym w poz. 5.1 (instalacja CO) realizacja tego zakresu robót została ujęta w okresie I – VI 2015 r. W jego ocenie niezgodne z SIWZ wskazanie wykonania prac objętych tą pozycją, jako oświadczenie woli wykonawcy, stanowią o złożeniu oferty niezgodnej z treścią SIWZ i popełnione w tym zakresie błędy terminowe są błędami istotnymi co do treści oferty i nie podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający także w tym piśmie, jak również w toku rozprawy, wskazał, że zarzucanie przez Odwołującego zaniechania odrzucenia pozostałych ofert i unieważnienia

postępowania jest przekroczeniem uprawnień Odwołującego zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i w związku z powyższym wniósł o odrzucenie tych zarzutów w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko w sprawie i w efekcie wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W toku posiedzenia z udziałem stron w dniu 2 lipca 2014 r. złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie, wskazując w nim, iż jedynie zarzut odwołania odrzucenia oferty Odwołującego mieści się w katalogu dopuszczalnych podstaw odwołania z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia zgodnie z regulacją art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym w jego ocenie pozostałe zarzuty należy postawić bez rozpoznania. Powołał się w tym zakresie na orzeczenie KIO w sprawie KIO 2171/13.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego i związanych z tym zarzutem zaniechania poprawienia oferty tego wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazał na niezasadność tych zarzutów. Podkreślił, że harmonogram rzeczowo-finansowy wypełniony przez wykonawców stanowi istotną część oferty, o czym decydują postanowienia SIWZ, w tym pkt 3.2, który zawiera wyraźny wymóg załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo- finansowego i prowadzenia procesu budowlanego zgodnie z tym harmonogramem. Według Przystępującego w tym zakresie zostały jednoznacznie sformułowane warunki, jakie ten harmonogram winien spełniać co do terminu wykonania robót. Podkreślił też, że postanowienia te zostały przeniesione do wzoru umowy w § 2, a sam harmonogram uzyskał rangę załącznika do umowy. Nieprzestrzeganie terminu wykonania robót, określonego w harmonogramie, stanowić może – jego zdaniem - podstawę do odstąpienia od umowy (§ 21 wzoru umowy) i w świetle § 14 wzoru umowy harmonogram jest podstawą do fakturowania częściowego. Tym samym dokument ten ma charakter merytoryczny. Przystępujący powołał się w tym względzie na orzeczenie KIO w sprawie KIO 188/14. Jego zdaniem nie zmienia charakteru harmonogramu możliwość zmiany terminu końcowego realizacji robót, którą zastrzegł Zamawiający w pkt 20.2 SIWZ oraz w § 3 ust. 5 wzoru umowy, bowiem według SIWZ jest to uprawnienie, a nie zobowiązanie Zamawiającego, a nadto w tych postanowieniach jest mowa o zmianie terminu końcowego, a nie kluczowego terminu częściowego wynikającego z harmonogramu, zaś zmiany te muszą być uzasadnione szczególnymi, enumeratywnie wymienionymi okolicznościami.

Bezsporną okolicznością wynikającą z treści oferty Odwołującego jest – zdaniem Przystępującego – że oferta ta w zakresie terminu realizacji instalacji CO jest niegodna z treścią SIWZ, a skoro harmonogram stanowi część oferty Odwołującego w tym zakresie oferta ta jest sprzeczna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odnoszą się do dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Przystępujący podkreślił, że granicą dopuszczalności zastosowania tej procedury jest oprócz oczywistości omyłki także to, aby poprawa oferty nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty. Według niego poprawienie harmonogramu rzeczowo-finansowego poprzez zmianę terminów wykonania robót w harmonogramie tak, aby je dostosować do wymogów SIWZ, stanowiłoby istotną zmianę treści oferty tego wykonawcy. Poprawka ta dotyczyłaby bowiem zasadniczych terminów wykonania robót, wskazanych jako kluczowe przez samego Zamawiającego i prowadziłyby do konstruowania nowej oferty. Zwrócił uwagę na to, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to oferta sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ, a odmienności te mogą przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia oraz sposobie jego realizacji. Punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest – jego zdaniem – skonfrontowanie dokonanej poprawy z całością oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Sama okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych lub elementów uznanych za istotne, sama w sobie nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej dokonanie poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Znaczenie ma bowiem to czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty, a nie to, czy omyłka tkwi w istotnych postanowieniach umowy (powołał się przy tym na uchwałę KIO w sprawie KIO/DKUE/KD 105/13).

Przystępujący nie podzielił też argumentacji Odwołującego o tym, że intencją wykonawcy jest zawsze złożenie oferty zgodnej z SIWZ, co jest wystarczające dla uznania harmonogramu rzeczowo-finansowego jako zawierającego oczywistą omyłkę i jego poprawienia przez Zamawiającego. Jego zdaniem takie założenie prowadziłoby do czynienia regulacji z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako zbędnej, gdyż nigdy nie znajdującej zastosowania. W przedmiotowej sprawie, w ocenie Przystępującego, Zamawiający nie dysponował innym, merytorycznym dokumentem oferty Odwołującego, który dawałby podstawę do uznania, że wykonawca oferuje wykonanie robót w terminach zgodnych z SIWZ, a w harmonogramie rzeczowo-finansowym znalazł się niezamierzony błąd. Z tego też względu, w jego ocenie, niezasadny jest również zarzut zaniechania zwrócenia się przez Zamawiającego do Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że oświadczenie o zgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ jest standardowym oświadczeniem stanowiącym wymóg formalny oferty, a nie merytoryczny, tak samo jak parafowanie wzoru umowy. Jakiegokolwiek wyjaśnienia musiałyby zmierzać do

zmiany treści oferty poprzez zmianę jej merytorycznego załącznika do oferty, a to jest zakazane w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie powołał się na orzeczenie KIO w sprawie KIO 237/13 i 244/13. W jego ocenie niezasadny jest również w tym względzie zarzut nierównego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający jednakowo potraktował oferty Odwołującego i innego wykonawcę, który złożył ofertę w postępowaniu z uwagi na to, że oferty tych wykonawców zawierały identyczne niegodności z treścią SIWZ i Zamawiający obie oferty odrzuciła; oferta Przystępującego zaś takiej niegodności nie zawierała.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości. Izba – z racji podnoszenia w odwołaniu dodatkowych, alternatywnych zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia pozostałych ofert w postępowaniu i zaniechaniem unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, z uwagi na dyspozycję art. 189 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i wartość przedmiotowego zamówienia publicznego (poniżej wartości progów UE) – uznała za niedopuszczalne merytoryczne rozpoznanie tych zarzutów.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżona przez niego czynność dotyczy odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji w sposób bezpośredni pozbawiało go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 16 kwietnia 2014 r. Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 19 200 986,04 zł, tj. 4 544 719,65 euro.

Zamawiający w SIWZ, w pkt 3.2 w postanowieniach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, wskazał na obowiązek prowadzenia przez wykonawcę procesu budowlanego zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, który miał zostać załączony do oferty i sporządzony w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ. We wskazanych postanowieniach SIWZ Zamawiający zastrzegł także, że ze względu na finansowanie zamówienia z dwóch źródeł tj. środków własnych Zamawiającego oraz ze środków funduszu celowego RPO WKP 2014, w harmonogramie wykonawca musi uwzględnić konieczność wykonania robót w dwóch etapach:

- 1) w pierwszym – robót fundamentowych, przyłączy sieci sanitarnych i elektrycznych oraz infrastruktury 2 bunkrów dla akceleratorów wysokoenergetycznych w stanie surowym zamkniętym najpóźniej do dnia 20.09.2014 r.
- 2) w drugim – wykonania całego budynku w stanie surowym zamkniętym, węzła cieplnego i instalacji CO najpóźniej do 31.12.2014 r. oraz całego zakresu robót w budynku wraz z robotami zewnętrznymi „na gotowo” najpóźniej do dnia 30.06.2014 r.

Jednocześnie też Zamawiający we wskazanym punkcie SIWZ zastrzegł, że z uwagi na współfinansowanie zadania z funduszu celowego Zamawiający uzależnia realizację II etapu robót od uzyskania dofinansowania zadania z funduszu celowego RPO 2014 oraz zastrzega sobie prawo zmiany zarówno zakresów rzeczowych realizowanych i rozliczanych elementów zadania jak i terminów płatności w zależności od uwarunkowań tego funduszu.

Zamawiający w pkt 9.3.3 wskazał, że oferta wykonawców w tym postępowaniu musi zawierać całościowy, sporządzony w układzie miesięcznym, szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowy zadania według wzoru określonego w załączniku nr 9 do SIWZ. W pkt 20.2 SIWZ Zamawiający wskazał okoliczności, w których może nastąpić zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w przedmiocie niniejszego zamówienia publicznego, wskazując m.in. w pkt 20.2.2 na zmianę terminu realizacji robót wynikającego z zaistnienia czynników uniemożliwiających realizację robót, takich jak wykopaliska archeologiczne, niewybuchy oraz zaistnienia siły wyższej.

W Załączniku nr 6 do SIWZ Zamawiający określił Wzór umowy, wskazując m.in. w § 2 ust. 1 umowy, iż harmonogram rzeczowo-finansowy zadania stanowi załącznik nr 1 do umowy oraz jest jej integralną częścią. W postanowieniach wzoru umowy znalazły się

również identyczne postanowienia jak w pkt 3.2 SIWZ co do terminu wykonania zamówienia (§ 2 ust. 2 i 3 oraz § 3 ust. 2-4 wzoru umowy). W § 3 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający wskazał na możliwość przedłużenia terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy, tj. do dnia 30.06.2015 r. (terminu, o którym mowa w § 3 ust. 2 wzoru umowy), jeśli niedotrzymanie tego terminu stanowi konsekwencje: przyczyn zależnych od Zamawiającego, siły wyższej, zaistnienia czynników umożliwiających realizację robót takich jak wykopaliska archeologiczne, niewybuchy, zmiany dokumentacji projektowej przedmiotu umowy dokonanej na uzasadniony wniosek Zamawiającego, która prowadzi do przedłużenia zakończenia robót, konieczności wprowadzenia na uzasadniony wniosek Zamawiającego zmian projektowych lub technologicznych oraz wystąpienia nieprzewidzianych robót dodatkowych, mających wpływ na prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 14 maja 2014 r. do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły 3 oferty, w tym ofertę złożył Odwołujący i Przystępujący.

W ofercie Odwołującego na str. 7 został złożony harmonogram rzeczowo-finansowy, w którym w poz. 5.1 co do instalacji CO wskazano na łączny koszt jej wykonania w kwocie netto: 122 669,41 zł i brutto: 150 883,37 zł. Jednocześnie też wskazano na wykonanie kwoty częściowych płatności za ten zakres przedmiotu zamówienia:

IV kwartał 2014 r. – październik – 9 776,00 zł,

IV kwartał 2014 r. – listopad - 18 945,00 zł,

IV kwartał 2014 r. – grudzień - 28 993,00 zł,

I kwartał 2015 r. – styczeń – 34 225,00 zł,

II kwartał 2015 r. – maj – 25 447,00 zł,

II kwartał 2015 r. – czerwiec – 33 497,37 zł.

Zamawiający w dniu 12 czerwca 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał na zaoferowanie przez Odwołującego w poz. 5.1 harmonogramu rzeczowo-finansowego niezgodnego z pkt 3.2 SIWZ terminu realizacji instalacji CO. Przywołana czynność Zamawiającego stała się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z treścią SIWZ, jak i w konsekwencji zarzut zaniechania poprawienia tej oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień we wskazanym zakresie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie żądany przez Zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy ma charakter merytoryczny i stanowi treść oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Na powyższe wskazują szczegółowe postanowienia SIWZ przewidziane dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać tu należy przede wszystkim na postanowienia pkt 3.2 zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający wymagał, aby prowadzenie procesu budowlanego odbywało się zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Niewątpliwie też Zamawiający, żądając złożenia w ofercie tego dokumentu (pkt 9.3.3 SIWZ) oczekiwał, iż harmonogram rzeczowo-finansowy będzie stanowił przedmiotowo istotny element oferty. Zamawiający również w konkretnych postanowieniach wzoru umowy, która ma być zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania, przewidział regulacje wskazujące na taki właśnie - jak wskazano powyżej - charakter harmonogramu rzeczowo-finansowego. Takie postanowienia to przede wszystkim określenie w § 2 ust. 1 wzoru umowy, iż przedmiot umowy będzie realizowany przez wykonawcę zgodnie z całościowym, szczegółowym harmonogramem rzeczowo-finansowym, który został sporządzony przez wykonawcę w układzie miesięcznym. W regulacji też przewidziano również, że ów harmonogram, stanowiący załącznik nr 1 do umowy, jest jej integralną częścią. Należy również podkreślić, że postanowienia zawarte w treści tego harmonogramu stanowią – zgodnie ze wzorem umowy (§ 14 ust. 5) – podstawę do ustalenia wysokości wypłaty wynagrodzenia umownego w sytuacji zaniechania wykonania całego elementu robót określonego w harmonogramie, czy też zaniechania wykonania części robót z danego elementu określonego w harmonogramie. Zgodnie z treścią § 14 ust. 8 wzoru umowy weryfikacja wykonania robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanie się podstawą wystawiania faktur częściowych, jak i faktury końcowej. § 21 ust. 1 pkt 1 lit. h) wzoru umowy określone opóźnienia w realizacji robót w stosunku do terminu określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym wskazuje wprost jako podstawę do przysługującego Zamawiającemu prawa do odstąpienia od umowy.

Przywołane powyżej postanowienia SIWZ wskazują w sposób niewątpliwy, że harmonogram rzeczowo-finansowy, który wykonawcy mieli złożyć Zamawiającemu w ofercie, stanowił przedmiotowo istotne oświadczenie woli wykonawcy, mające znaczenie dla sposobu realizacji przedmiotu umowy. Wykonawcy, składając ofertę mieli obowiązek



samodzielnego określenia istotnych elementów tego oświadczenia woli, poprzez indywidualne wyrażenie woli wykonawcy co do momentu, w którym dany zakres robót będzie przez danego wykonawcę wykonany, a tym samym, kiedy również nastąpi zapłata za wykonanie tego zakresu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem generalnych, końcowych terminów wykonania całości robót oraz określonych, wyszczególnionych przez Zamawiającego prac, w tym też wykonania spornej instalacji CO. Wykonawca także miał obowiązek samodzielnie dokonać wyceny poszczególnych zakresów robót w określonych przez siebie terminach, w tym także co do instalacji CO. Tym samym zatem nieprawidłowości w tym zakresie, które wskazują na sprzeczność z określonymi wymogami SIWZ, stanowią podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się w drugiej kolejności do dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzić należy, że każdorazowo, zanim Zamawiający dokona czynności odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, powinien rozważyć możliwość zastosowania przywołanego przepisu, pozwalającego na poprawienie określonej sprzeczności merytorycznej w ofercie wykonawcy. Obowiązek ten wynika z faktu, iż stwierdzenie określonych we wskazanym przepisie okoliczności stanowi obligatoryjną podstawę do poprawienia oferty wykonawcy i zniweczenia czynności odrzucenia oferty z postępowania. Aby poprawienie w tym trybie oferty wykonawcy było możliwe konieczne jest stwierdzenie, że:

- określona niezgodność oferty z SIWZ ma charakter merytoryczny (dotyczy treści oferty, a nie przykładowo jej formy),
- wskazana niegodność ma charakter omyłkowy (z treści oferty, okoliczności złożenia oświadczenia woli przez wykonawcę, można wywieść, iż niezgodność oferty wykonawcy z SIWZ nie była zamierzona),
- poprawienie określonej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty wykonawcy (zaś istotność należy oceniać w konkretnych warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Elementem formalnym, koniecznym do skutecznego wypełnienia procedury poprawienia oferty wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest także wezwanie wykonawcy do wyrażenia zgody na poprawienie treści swojej oferty i zgoda tego wykonawcy.

Wypełnienie wskazanych przesłanek daje podstawę Zamawiającemu do dokonania poprawienia oferty wykonawcy w sytuacji jej sprzeczności z treścią SIWZ.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowało określony kierunek wykładni przywołanego przepisu ustawy Pzp, wskazując m.in., że o istotnej zamianie w treści oferty wykonawcy nie będziemy mogli mówić, jeśli określone, właściwe treści oświadczenia woli

wykonawcy będziemy mogli wywieźć z innych elementów oferty wykonawcy, choćby w sposób pośredni. Orzecznictwo także wskazuje, że nie można uznać za dopuszczalną sytuację poprawienia oferty wykonawcy we wskazanym trybie, jeśli naprawienie określonej sprzeczności w ofercie tego wykonawcy z treścią SIWZ musiałoby doprowadzić do konieczności składania przez tego wykonawcę, po upływie terminu do składania ofert, odrębnego, nowego oświadczenia woli, które nie wynikałoby z treści samej oferty. Przeciwnie rozumieniu wskazanego przepisu prowadziłoby bowiem wprost do niegodności z odrębnym przepisem ustawy Pzp, tj. art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Przepis ten bowiem zabrania zamawiającemu prowadzenia z wykonawcą jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zastrzeżenie zawarte w tym przepisie odnoszące się do art. 87 ust. 2 ustawy Pzp (a więc także art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) dotyczy zakazu dokonywania zmian w ofercie, nie dotyczy zaś zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą. Konieczność złożenia przez wykonawcę odrębnego, nie znajdującego się w treści oferty, a nawet wprost z tą treścią oferty sprzecznego, oświadczenia woli po upływie terminu do składania ofert nie stanowi - w ocenie Izby - niczego innego, jak tylko prowadzenie niedopuszczalnych w świetle przepisów ustawy Pzp negocjacji z wykonawcą co do treści jego oferty.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należało, że w ofercie Odwołującego niewątpliwie mieliśmy do czynienia z niegodnością treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ co do oferowanego terminu realizacji określonego zakresu robót budowlanych, tj. instalacji CO. Zamawiający w pkt 3.2. SIWZ wymagał wykonania tego fragmentu robót budowlanych w okresie do końca 2014 r. Tymczasem Odwołujący w treści harmonogramu rzeczowo-finansowego oświadczył, że ten zakres robót wykona do końca czerwca 2015 r. Te okoliczności były bezsporne w sprawie, nie kwestionował ich także sam Odwołujący. Odwołujący wywodził jednak, że ową nieprawidłowość w jego ofercie Zamawiający powinien był poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albo co najmniej wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby przywołane powyżej regulacje ustawy Pzp nie znajdują podstaw do zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym. W tym bowiem zakresie Zamawiający właśnie co do kwestii związanej realizacją instalacji CO przewidział szczególny termin realizacji tego przedmiotu umowy (31.12.2014 r.), tak w treści postanowień SIWZ (pkt 3.2), jak i wzoru umowy (§ 3 ust. 4 wzoru umowy), pomimo tego, że cały zakres robót budowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem obejmował kilkadziesiąt innych pozycji robót budowlanych, gdzie takie szczególne terminy nie zostały przez Zamawiającego określone. Termin ten zatem powinien być przez wykonawcę uwzględniony w sporządzanym przez niego – w oparciu o wzór określony przez Zamawiającego – harmonogramie rzeczowo-finansowym. Dodatkowo Zamawiający wymagał w tym zakresie określenia dla

każdego, wyszczególnionego przez siebie zakresu robót, w tym dla instalacji CO, określenia wartości (wyceny) wykonywanych w określonym terminie robót budowlanych. Odwołujący w swojej ofercie przewidział, że wykona wskazane sporne roboty (instalację CO) w poszczególnych sześciu miesiącach (październik, listopad i grudzień 2014 r. oraz styczeń, maj i czerwiec 2015 r.). Wykonawca ten dokonał konkretnej wyceny tych prac w rozbiciu na poszczególne, wskazane przez siebie miesiące, w których prace te będą realizowane. Wskazane oświadczenie woli tego wykonawcy zostało zawarte wyłącznie w tym jednym miejscu oferty. Tym samym zatem oczekiwane aktualne przez tego wykonawcę wyjaśnienia treści jego oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) prowadziłyby w efekcie do konieczności złożenia przez Odwołującego nowego oświadczenia woli w tym zakresie - tak co do szczególnych, wymaganych w SIWZ terminów, w których ma nastąpić realizacja instalacji CO, jak i co do ich wyceny, co będzie miało przełożenie na sposób płatności za realizację przedmiotu zamówienia, a także może mieć znaczenie dla ewentualnego odstąpienia przez Zamawiającego od realizacji umowy z wybranym przez siebie wykonawcą. Powyższe zaś prowadziłyby do niedopuszczalnych w świetle przywołanego przepisu ustawy Pzp negocjacji z wybranym w postępowaniu wykonawcą.

Zdaniem Izby również oczekiwana przez Odwołującego procedura poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp we wskazanym kontekście byłaby niedopuszczalna. Zamawiający bowiem, aby doprowadzić ofertę Odwołującego do zgodności z treścią SIWZ, zmuszony byłby do uzyskania od tego wykonawcy po upływie terminu składania ofert nowego oświadczenia woli co do terminów realizacji instalacji CO, jak i wskazania konkretnych wartości tych robót w rozbiciu na poszczególne miesiące terminu wykonania zamówienia. Wskazanych informacji w żaden sposób nie można wywieść, nawet w sposób pośredni, z innych elementów oferty Odwołującego.

Nie można też zgodzić się z Odwołującym, że postanowienia SIWZ co do terminu wykonania instalacji CO nie były ostateczne. To, że Zamawiający w treści SIWZ zastrzegł sobie prawo zmiany zakresów rzeczowych realizowanych i rozliczanych elementów zadania, jak i terminów płatności, nie niweluje postanowień SIWZ odnośnie terminu realizacji instalacji CO do dnia 31.12.2014 r. Zresztą wskazane zastrzeżenie dotyczy określonej, konkretnej sytuacji, która może, ale nie musi wystąpić w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, a mianowicie kwestii uzyskania dofinansowania zadania (II etapu robót) z funduszu celowego RPO 2014. Zresztą w tym zakresie Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, iż nie ma własnych środków na realizację tego przedsięwzięcia, więc jeśli nie uzyska dofinansowania ze wskazanych środków europejskich nie będzie mógł w ogóle zrealizować tego zakresu inwestycji (instalacji CO), stąd tym bardziej zasadne jest zastrzeżenie określonego w SIWZ terminu na wykonanie tego przedsięwzięcia.

Również okoliczność, iż Zamawiający w treści postanowień wzoru umowy (§ 3 ust. 5 wzoru umowy) przewidział możliwość przedłużenia terminu realizacji zamówienia nie wskazuje na nieistotność postanowień SIWZ dotyczących terminu realizacji instalacji CO. Podkreślić należy, że wskazane w przywołanych postanowień wzoru umowy okoliczności, wskazujące na możliwość przedłużenia terminu realizacji zamówienia, odnoszą się – jak słusznie wskazywał Przystępujący – do końcowego terminu wykonania zamówienia, który został określony przez Zamawiającego w § 3 ust. 2 wzoru umowy (30.06.2015 r.), a nie do terminu wykonania instalacji CO do dnia 31.12.2014 r. Wskazany termin wykonania instalacji CO został przez Zamawiającego ustalony w ust. 4 § 3 wzoru umowy jako szczególny i niezmienny. Przywołane przez Odwołującego postanowienia § 3 ust. 7 ustawy Pzp o tym, iż wszystkie etapy realizacji przedmiotu umowy wykonawca ma obowiązek konsultować i uzgadniać pisemnie z Zamawiającym, w żaden sposób – zdaniem Izby – nie niweczą konkretnego i szczególnego wymogu SIWZ, aby instalacja CO była zrealizowana do dnia 31.12.2014 r. Regulację o konieczności uzgadniania z Zamawiającym etapów realizacji przedmiotu umowy należy rozpatrywać w kontekście wskazanych wyżej postanowień § 3 wzoru umowy o możliwości zmiany, w określonych przypadkach terminu wykonania końcowego zamówienia, a także jako wymóg formalny związany z realizacją wszystkich etapów robót, nawet bez konieczności jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie.

Izba nie podzieliła również poglądu Odwołującego o tym, iż generalne oświadczenia zawarte w formularzu ofertowym tego wykonawcy o zgodności jego oferty z treścią SIWZ oraz o zobowiązaniu się do podpisania umowy na warunkach określonych we wzorze umowy uprawniają do poprawienia wszelkich innych sprzeczności z SIWZ zawartych w treści oferty. Jeśli bowiem Zamawiający wymaga w postanowieniach SIWZ złożenia przez wykonawców w treści oferty szczególnych oświadczeń woli co do zakresu i sposobu wykonania zamówienia, określając jednocześnie w tym zakresie konkretne wymagania SIWZ, treści tych oświadczeń nie mogą zastępować generalne, o charakterze formalnym, oświadczenia, zwyczajowo wymagane do złożenia przez wykonawców na formularzach ofertowych składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wymagał takich szczególnych, konkretnych oświadczeń woli co do określenia czasowego i wartościowego wykonania określonych prac, w tym realizacji instalacji CO w terminie do dnia 31.12.2014 r. Skoro Odwołujący złożył w tym zakresie odmienne od wymogów SIWZ oświadczenie woli – zdaniem Izby - nie może go naprawić generalnym oświadczeniem o zgodności treści oferty z treścią SIWZ i zobowiązaniu do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych we wzorze umowy.

Uwzględniając zatem powyższe brak było podstaw – w ocenie Izby – do poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak i żądania w tym zakresie od wskazanego wykonawcy wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co potwierdza słuszność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł.
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....