

WYROK
z dnia 9 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 października 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „Mera-Mont” Sp. z o.o., 2. „NOWBUD” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Culica 1, 62-300 Września** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Nekla, ul. Dworcowa 10, 62-330 Nekla**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz poprawienie w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty;

2. kosztami postępowania obciąża Gmina Nekla, ul. Dworcowa 10, 62-330 Nekla i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „Mera-Mont” Sp. z o.o., 2.**

„NOWBUD” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Culica 1, 62-300 Września stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Gmina Nekla, ul. Dworcowa 10, 62-330 Nekla** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „Mera-Mont” Sp. z o.o., 2. „NOWBUD” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Culica 1, 62-300 Września** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Poznaniu**.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Nekli”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 sierpnia 2010r. pod nr 252722.

W dniu 22 października 2010 r., Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Maciej i Wiesław Gramowscy ATA-Technik sp.j., Osiedle Cechowe 31, 64-840 Budzyń oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Od czynności odrzucenia jego oferty Odwołujący wniósł w dniu 27 października 2010r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 1-3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91-92 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Argumentował, że złożona przez niego oferta zawiera harmonogram rzeczowo - finansowy, który obejmuje wszystkie wymagane elementy na danym etapie postępowania, nie posiada oczywistych omyłek nie dających się poprawić. Wskazywał również, że Zamawiający żadnymi zapisami SIWZ szczegółowo nie sprecyzował wymaganego układu harmonogramu. Wywodził, że jeśli Zamawiający uznał, że harmonogram rzeczowo-finansowy zawiera błędy, to winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia harmonogramu na podstawie art. 26. ust. 3 ustawy Pzp. Argumentował, że dokument ten należy do kategorii dokumentów przedmiotowych w których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp i w związku z powyższym podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 lub wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Podnosił, że również zarzut błędów obliczeniowych w pozycjach 19 i 25 harmonogramu rzeczowo-finansowego jest bezzasadny, ponieważ Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował, że w poz. 25 (Rozruch technologiczny) harmonogramu należy wpisać wartość poz. 208 kosztorysu „Technologia oczyszczalni ścieków”, a w poz. 19 harmonogramu, wartość całego kosztorysu robót technologicznych, pomniejszoną o

pozycję 208 tego kosztorysu. Odwołujący przyjął pozycję 25 harmonogramu rzeczowo-finansowego jako pozycję dodatkową, nie ujętą w żadnym przedmiarze, zawarł w niej wartość kompleksowego rozruch zadania inwestycyjnego, a w poz. 208 kosztorysu robót technologicznych, ujął rozruch urządzeń technologicznych, który także należy przeprowadzić, co zostało uwzględnione w ofercie. Wskazywał, że nawet jeśli uznać, że jest to błąd, to możliwe jest jego poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1-2 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał. Konsekwencją wadliwych czynności Zamawiającego było wskazanie wadliwego wyniku postępowania - wyboru oferty o 643.612,51 zł (brutto) droższej od oferty Odwołującego.

W oparciu o powyższą argumentację Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenie czynności badania ofert z uwzględnieniem jego oferty,
- 2) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 3) równe traktowanie wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt V.1. SIWZ ostateczny termin wykonania całego zadania wyznaczono na dzień 31 października 2011 roku.

Zadanie podzielono na 2 etapy. W pkt III.3.a SIWZ oraz w §1 ust. 4 lit. a wzoru umowy Zamawiający określił zakres etapu I jako obejmujący roboty budowlane w zakresie budynku socjalnego, przebudowę zbiornika retencyjnego ścieków dowożonych oraz budowę płyty pod punkt zlewny ścieków dowożonych.

W dniu 1 września 2010 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi o następującej treści: *„Zakres objęty etapem I obejmuje roboty budowlane w zakresie budynku socjalnego, przebudowę zbiornika retencyjnego ścieków dowożonych oraz budowę płyty pod punkt zlewny ścieków dowożonych. Zakres robót budowlanych budynku socjalnego objęty jest kosztorysem pn. „Roboty budowlane – budynek socjalny”. W związku z tym, iż Zamawiający dopuścił możliwość wykonywania prac objętych etapem II równocześnie z etapem I, dla prawidłowego wykonania zakresu prac objętych etapem I, należy wykonać wszystkie prace zawarte w etapie II, które są niezbędne dla prawidłowego zakończenia etapu I. Zatem należy wykonać wszelkie prace elektryczne, wod-kan, grzewcze, itp. które dotyczą budynku socjalnego.”.*

W myśl pkt V. 2. SIWZ oraz §2 ust. 2 wzoru umowy termin zakończenia robót etapu I ustalono na dzień 30 listopada 2010 r., zaś termin zakończenia etapu II na dzień 31 października 2011 r.

W pkt V.4. Zamawiający postanowił, iż realizacja inwestycji nastąpi zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym, stanowiącym załącznik do oferty (wzór - załącznik nr 14 do SIWZ).

W pkt VII. Pkt 1.13 SIWZ Zamawiający wymagał, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy powinni złożyć harmonogram rzeczowo – finansowy.

Odwołujący złożył harmonogram rzeczowo – finansowy, zgodnie z którym:

- a) roboty budowlane w zakresie płyty pod punkt zlewny wykonane będą w miesiącu listopadzie 2010 r.,
- b) roboty budowlane w zakresie zbiornika retencyjnego ścieków dowożonych wykonane będą w marcu 2011 r.,
- c) instalacje elektryczne wykonane będą w grudniu 2010 r.,
- d) instalacje wod-kan. wykonane będą w listopadzie i grudniu 2010 r.
- e) instalacje grzewcze wykonane będą w listopadzie i grudniu 2010 r.

Według złożonego przez Odwołującego kosztorysu ofertowego koszt robót „technologia oczyszczalni ścieków” wyniósł 1.826.908,79 zł netto. W zakres ww. robót wchodziła pozycja 208 „rozruch technologiczny” o wartości 12.954 zł netto.

W pozycji 19 harmonogramu „technologia oczyszczalni ścieków” Odwołujący ujął kwotę 1.826.908,79 zł netto.

W pozycji 25 harmonogramu „rozruch technologiczny” Odwołujący ujął kwotę 40.500 zł netto.

W §2 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 12 do SIWZ) znalazł się zapis „*termin rozpoczęcia robót ustala się na dzień*”.

W § 14 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający postanowił, iż *Zmiana postanowień umowy zgodnie z zapisem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp może dotyczyć:*

- 2.1. terminu zakończenia robót w przypadku wystąpienia robót dodatkowych w celu poprawnego wykonania przedmiotu umowy,*
- 2.2. wystąpienia działań osób trzecich lub organów władzy publicznej, które spowodują przerwanie lub czasowe zawieszenie realizacji przedmiotu umowy,*

2.3. wystąpienia takich warunków atmosferycznych, które z względów obiektywnych uniemożliwiają wykonanie robót budowlanych zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

2.4. nieprzewidzianych okoliczności formalno-prawnych.

Zgodnie z §9 ust. 1 wzoru umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w przypadku zwłoki w wykonaniu robót w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego z §5 ust. 1, za każdy dzień zwłoki licząc od terminów zakończenia robót określonych w §2 ust. 2

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczność, iż Odwołujący złożył harmonogram rzeczowo – finansowy obarczony błędami nie była sporna pomiędzy Stronami.

Odwołujący przyznał na rozprawie, iż omyłkowo przewidział wykonanie robót budowlanych w zakresie zbiornika retencyjnego ścieków dowożonych, instalacji elektrycznych, instalacji wod.- kan., instalacji grzewczych po 30 listopada 2010 r., tj. po planowanym przez Zamawiającego zakończeniu etapu I robót.

Ponadto przyznał, iż omyłkowo w pozycji 19 harmonogramu „technologia oczyszczalni ścieków” ujął kwotę 1.826.908,79 zł netto, nie pomniejszając tej kwoty, wynikającej z kosztorysu ofertowego, o koszt „rozruchu technologicznego”, który należało ująć w pozycji 25. Przyznał także, iż w pozycji 25 harmonogramu „rozruch technologiczny” omyłkowo ujął kwotę 40.500 zł netto zamiast kwoty 12.954 zł netto, która wynikała z kosztorysu ofertowego.

Zamawiający przyznał na rozprawie, iż błędnie wskazał w swej decyzji o odrzuceniu oferty, iż Odwołujący wykonanie robót budowlanych w zakresie płyty pod punkt zlewny zaplanował po zakończeniu etapu I. W rzeczywistości bowiem wykonanie tych robót zostało przez Odwołującego zaplanowane w harmonogramie na miesiąc listopad 2010 r.

Ponadto na rozprawie Zamawiający przyznał, iż okoliczność, że Odwołujący do harmonogramu dołączył dwie dodatkowe pozycje tj. Montaż komina pustaków Scheidel" oraz „dostawa i montaż wyposażenia budynku” nie przesądza o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Wobec powyższego spór pomiędzy Stronami dotyczył konsekwencji jakie należy wiązać ze złożeniem harmonogramu rzeczowo - finansowego obarczonego błędami. Ponieważ Ustawa Pzp z niezłożeniem lub złożeniem dokumentów obarczonych błędami wiąże różne skutki, które uzależnione są od charakteru wymaganego dokumentu. W związku z tym omówienia wymaga kwestia charakteru dokumentu jakim jest harmonogram rzeczowo – finansowy.

Zamawiający umieścił w SIWZ harmonogram rzeczowo – finansowy w rozdziale SIWZ „dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, a zatem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Po ustaleniu iż harmonogram złożony przez Odwołującego obarczony jest błędami wykluczył go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że fakt zakwalifikowania pewnego dokumentu do określonego katalogu przez Zamawiającego nie ma charakteru przesądającego. Decyzja Zamawiającego nie mogła bowiem zmienić charakteru dokumentu, który należy każdorazowo ustalać w oparciu o jego treść i cel jakiemu ma służyć jego złożenie, przy uwzględnieniu obowiązujących w tym zakresie przepisów.

Izba stwierdziła, iż harmonogram rzeczowo – finansowy nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczą strony podmiotowej zamówienia tj. wykonawcy, a nie przedmiotu oferowanego świadczenia. Dokumenty takie generalnie służą wykazaniu, iż wykonawca zdolny jest do wykonania danego zamówienia, ze względu m.in. na posiadaną wiedzę i doświadczenie, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, znajdowanie się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Harmonogram rzeczowo – finansowy niewątpliwie zaś odnosi się do przedmiotu oferowanego świadczenia, nie zaś wykonawcy. Ponadto zamknięty katalog takich dokumentów określa bowiem Rozporządzenie Prezesa RM z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający

od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zaś przywoływane rozporządzenie nie wymienia wśród nich harmonogramu. Wreszcie okoliczność iż harmonogram rzeczowo – finansowy nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przyznał na rozprawie Zamawiający.

Przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp na którą powołał się Zamawiający aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub gdy złożone dokumenty obarczone są błędami. Ponadto decyzja o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu z tego powodu poprzedzona powinna być wezwaniem do uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji decyzję Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu należało uznać za nieprawidłową. Potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 i w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podnosił, iż harmonogram rzeczowo - finansowy należy traktować jako „dokument potwierdzający, iż oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego”, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji wywodził, że złożenie takiego dokumentu obarczonego brakami skutkować winno wezwaniem do jego uzupełnienia stosownie do przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska odwołującego co do charakteru harmonogramu terminowo - rzeczowo - finansowego kwalifikowanego przez niego jako dokument wskazany w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. „dokumenty przedmiotowe, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, i które zostały przykładowo wskazane w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa RM z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane). Decydującym kryterium różniącym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Z jednej strony jest to wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie realizowanego zobowiązania, natomiast tzw. dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania

czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy... etc..., spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia.

Skład orzekający Izby dostrzega trudności mogące zaistnieć przy jednoznacznej kwalifikacji niektórych dokumentów żądanych i składanych w praktyce udzielania zamówień publicznych jako potwierdzających okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, czy też jako odnoszących się bezpośrednio do treści oferty i przesądzających o zastosowaniu dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2. Tym bardziej, iż biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakkolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem, że np. zaoferowana w postępowaniu robota budowlana jest zgodna (odpowiada) z treścią siwz (wymaganiom zamawiającego). Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność treści oferty z SIWZ czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2). Konsekwentnie, należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy). W skrajnym przypadku, doprowadzając *ad absurdum*, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również „dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu.

Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej należało zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjęć należało, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe np. w oparciu o zastosowanie wskazanych trzy akapity wyżej dystynkcji.

W świetle powyższego, harmonogram terminowo – rzeczowo - finansowy odnoszący się w świetle postanowień zał. nr 14 do siwz do terminów, zakresu prac oraz

rozbicia poszczególnych płatności przypadających na poszczególne części prac w ich postępie czasowym, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument składający się na treść oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom siwz. W konsekwencji, Izba podkreśla brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia.

Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem zasadnie zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia harmonogramu rzeczowo – finansowego.

Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ stanowi przesłankę odrzucenia oferty, stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże powołany przepis stanowi także iż jego zastosowanie wymaga przeprowadzenia uprzedniej analizy pod kątem możliwości zastosowania instytucji poprawienia omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. A zatem kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w przypadku tego zarzutu było ustalenie, czy Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając iż nie zachodzą przesłanki do poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

Izba podzieliła stanowisko i argumentację Odwołującego, że popełnił on omyłkę, która nie ma istotnego wpływu na treść oferty.

Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obowiązuje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca, uchylając art. 88 ustawy Pzp, zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, biorąc pod uwagę istotność zmian wprowadzonych w treści oferty, a także intencje wykonawcy, składającego oświadczenie woli.

Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowanej „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „*Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek*

polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień."

Co istotne, utrwalone już orzecznictwo wskazuje, że „zakres możliwych do poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy PZP, powinien być interpretowany możliwie najszerzej..." (por. m.in. wyrok KIO z dnia 10.06.2009r. KIO/UZP 691/09).

Izba zważyła, że w ofercie Odwołującego niewątpliwie występowała rozbieżność w stosunku do SIWZ polegająca na wskazaniu w harmonogramie wykonania robót budowlanych w zakresie zbiornika retencyjnego ścieków dowożonych, instalacji elektrycznych, instalacji wod.- kan., instalacji grzewczych po 30 listopada 2010 r., tj. po planowanym przez Zamawiającego zakończeniu etapu I robót. Ponadto Odwołujący w pozycji 19 harmonogramu „technologia oczyszczalni ścieków” ujął kwotę 1.826.908,79 zł netto, nie pomniejszając tej kwoty, wynikającej z kosztorysu ofertowego, o koszt „rozruchu technologicznego”, który należało ująć w pozycji 25. Wreszcie, w pozycji 25 harmonogramu „rozruch technologiczny” Odwołujący omyłkowo ujął kwotę 40.500 zł netto zamiast kwoty 12.954 zł netto, która wynikała z kosztorysu ofertowego. Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy Stronami.

Izba stwierdziła, że poprawienie ww. omyłek nie wpłynie w sposób istotny w treść oferty. W pierwszej kolejności podnieść należy, iż Zamawiający miał możliwość ustalenia prawidłowej wartości pozycji 19 harmonogramu „technologia oczyszczalni ścieków” i pozycji 25 harmonogramu „rozruch technologiczny”. Na podstawie złożonego przez Odwołującego kosztorysu ofertowego Zamawiający miał bowiem możliwość ustalenia iż rzeczywisty koszt rozruchu technologicznego wynosi 12.954 zł netto. Ponadto można było stwierdzić, że wartość pozycji 19 harmonogramu „technologia oczyszczalni ścieków” należy pomniejszyć o koszt rozruchu technologicznego. Izba zwraca w tym miejscu uwagę, że zasadniczym celem harmonogramu jest umiejscowienie w czasie robót, których wycena dokonywana jest w kosztorysie ofertowym. W tej sytuacji należało przyznać prymat oświadczeniu złożonemu przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym, zaś w razie wątpliwości co do sposobu poprawy omyłki istniała możliwość zwrócenia się do wykonawcy z prośbą o złożenie

wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Poprawa tych omyłek nie wpłynie w sposób istotny na treść oferty, nie ulegnie bowiem zmianie wartość robót w zakresie rozruchu technologicznego i technologii oczyszczalni ścieków, ustalonych w kosztorysie ofertowym.

Izba uznała także, że poprawa omyłek polegających na zmianie terminu wykonania robót budowlanych w zakresie zbiornika retencyjnego ścieków dowożonych, instalacji elektrycznych, instalacji wod.- kan., instalacji grzewczych nie wpłynie w sposób istotny na treść oferty.

Zgodnie ze złożonym przez Odwołującego harmonogramem roboty budowlane w zakresie zbiornika retencyjnego ścieków dowożonych wykonane miały być w marcu 2011 r., instalacje elektryczne w grudniu 2010 r., instalacje wod-kan. - w listopadzie i grudniu 2010 r., zaś instalacje grzewcze - w listopadzie i grudniu 2010 r. Tymczasem zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz odpowiedzią na pytanie z dnia 1 września 2010 r. roboty te powinny być wykonane w etapie I tj. do 30 listopada 2010 r. Izba zważyła, że podział zadania na 2 etapy był istotny dla zamawiającego. Konieczność dotrzymania terminu etapu I wynikała z faktu, iż Zamawiający związany jest umową o dofinansowanie z Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich, a także Wojewódzkiego Funduszu Rozwoju Środowiska. Umowa z WFR stanowi, iż wydatkowanie środków musi nastąpić do końca bieżącego roku pod rygorem utraty tych środków. Również umowa o dofinansowanie z PROW reguluje kwestię terminu etapu I, natomiast w przypadku tej umowy jest możliwe jest aneksowanie w przypadku przedłużenia realizacji umowy. Ponadto Zamawiający we wzorze umowy przewidział konieczność zapłaty kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót etapu I. Na podstawie powyższego Izba uznała, że harmonogram rzeczowo – finansowy w niniejszym postępowaniu nie miał charakteru wstępnego. Zaoferowanie wykonania robót, które zgodnie z SIWZ miały zostać wykonane w I etapie, po upływie terminu zakończenia tego etapu czyli po 30 listopada 2010 r. można było uznać za sprzeczność oferty z SIWZ mającą charakter istotny.

Izba stwierdziła jednak, iż na dzień wyrokowania, niemożliwym jest wykonanie robót przewidzianych do wykonania w etapie I w terminie zaplanowanym przez Zamawiającego, tj. do dnia 30 listopada 2010 r.. Izba uwzględniła okoliczność, że wyrok w niniejszej sprawie wydany został w dniu 9 listopada 2010 r. zaś zakres robót etapu I obejmuje wykonanie budynku socjalnego w stanie surowym, wykonanie instalacji grzewczych, wod-kan., elektrycznych. Biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania, a także uwzględniając zakres robót, oraz okoliczność iż rozpoczęcie robót poprzedzone być musi koniecznością podpisania umowy, przekazania placu budowy, zorganizowania zaplecza budowy, dotrzymanie terminu wykonania etapu I jest niewykonalne. Powyższe oznacza, iż w momencie podpisania umowy Strony zmuszone zostaną do zmiany harmonogramu rzeczowo – finansowego i przesunięcia terminu

wykonania robót etapu I, które pierwotnie miały zostać wykonane w październiku i listopadzie 2010 r. co najmniej na miesiąc grudzień 2010 r., a więc na miesiąc, w którym wykonanie tych robót zaplanował Odwołujący w harmonogramie. Co istotne, Zamawiający nie będzie uprawniony w tej sytuacji do naliczania kar umownych z tytułu nie dotrzymania przez wykonawcę terminu wykonania robót do 30 listopada 2010 r., albowiem zgodnie ze wzorem umowy należą się one zamawiającemu w przypadku zwłoki wykonawcy w ich wykonaniu. Zgodnie z art. 476 Kc pojęcie zwłoka oznacza opóźnienie za które strona ponosi odpowiedzialność. Za powstałe opóźnienie wykonawca nie będzie ponosić odpowiedzialności albowiem wynikało ono z opóźnienia przez Zamawiającego w przeprowadzeniu procedury przetargowej. Z tego względu poprawa omyłki w harmonogramie Odwołującego nie wpłynie w jakikolwiek sposób na zakres jego zobowiązania wynikający z oferty, albowiem w rzeczywistości roboty których wykonanie omyłkowo zaplanował na miesiąc listopad i grudzień 2010 r., zamiast do końca listopada 2010 r. faktycznie wykonane zostaną najwcześniej w miesiącu grudniu 2010 r.

W świetle powyższego Izba uznała, że Odwołujący popełnił omyłkę co do elementu oferty, którego poprawa, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie spowoduje istotnej zmiany oferty.

W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie zaniechania poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego należało uznać za nieprawidłową. Potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący pozbawiony został bowiem możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Z powyższych względów na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Izba na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z §3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot uzasadnionych kosztów strony poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

.....