

**WYROK**

**z dnia 27 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2014 r. przez Odwołującego – A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pan A. G. „MIDPOL-INVESTMENT” z siedzibą w Tokarni (32-436), Tokarnia nr 509, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Budynków Komunalnych, os. Złotej Jesieni 14, 32-436 Kraków,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pan A. G. „MIDPOL-INVESTMENT” z siedzibą w Tokarni (32-436), Tokarnia nr 509 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pan A. G. „MIDPOL-INVESTMENT” z siedzibą w Tokarni (32-436), Tokarnia nr 509 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Krakowie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Budynków Komunalnych, os. Złotej Jesieni 14, 32-436 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa budynku szkoły przy ul. Czerwieńskiego 16 w Krakowie na budynek biurowy (siedzibę Z.B.K.)” (znak sprawy: 36/2014). Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 czerwca 2014 r., pod nr 138759-2014

W dniu 7 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy Spółdzielnia Rzemieślnicza „Budmet” z siedzibą w Krakowie (31-902), os. Willowe 30 oraz o odrzuceniu oferty A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pan A. G. „MIDPOL-INVESTMENT” z siedzibą w Tokarni (32-436), Tokarnia nr 509 (dalej: „Odwołujący”).

Wyżej wskazane czynności zaskarżone zostały odwołaniem z dnia 14 sierpnia 2014 r., w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89. ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
2. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonania ponownej oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na uzasadnienie sformułowanych zarzutów Odwołujący stwierdził, że w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, jakoby:

1. w kosztorysach ofertowych pn.: „Termomodernizacja”, w poz. 4.5,

„Termomodernizacja – część nie objęta dotacją”, w poz. 3.6, 3.7, 7.5, 8.6, 8.14 oraz „Roboty wykończeniowe”, w poz. 1.9.6, 1.9.15, 1.9.23 zostały ujęte papy podkładowa ZDUNBIT PF i nawierzchniowa ZDUNBIT WF, których parametry wykazane w kartach technicznych nie są zgodne z parametrami wymaganymi, podanymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, zwanej dalej „STWiORB” (ogólnej – str. 11 i Szczegółowej – str. 81) m.in. w zakresie grubości; w ofercie jako grubość papy podkładowej wskazano 3,4 mm (plus/minus 5%), a winno być 4,0 mm, natomiast w przypadku papy nawierzchniowej jest 4,4 mm (plus/minus 5%), a powinno być 5,0 mm,

2. w kosztorysie „Instalacje elektryczne wewnętrzne”, w poz. 60, przyjęto nieprawidłowy materiał: jest „cegła, cement, wapno, piasek”, a powinno być „masa ognioodporna (masa przeciwpożarowa)”,

co miało stanowić uzasadnioną podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwolujący zakwestionował przedstawione powyżej argumenty, którymi posłużył się Zamawiający w celu odrzucenia złożonej oferty.

Podkreślił, że w przedmiarze „Termomodernizacja”, pod poz. 4.5, Zamawiający zawarł następujący opis: „[...]Poz. przedmiaru 4.5: KNRW 202/504/2 Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, 2-warstwowe.[...]”. Odwołujący, sporządzając na tej podstawie ofertę, w odnośnej pozycji kosztorysu ofertowego umieścił opis: „[...]Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, 2-warstwowe, Materiały: Papa zgrzewalna polimerowo-asfaltowa podkładowa Zdunbit PF, Papa zgrzewalna polimerowo-asfaltowa wierzchniego krycia Zdunbit WF, Gaz propanowo-butanowy płynny, Roztwór asfaltowy do gruntowania na zimno.[...]”. Oświadczył przy tym, że podany przez niego wykaz materiałów wynika z Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR) stanowiącego podstawę do sporządzania kosztorysów szczegółowych, co jest zgodne z wymaganiem Zamawiającego określonym w przedmiarze jako: poz. KNRW 202/504/2.

Z kolei w przedmiarze pn.: „Termomodernizacja – część nie objęta dotacją”, w poz. 3.6, 3.7, 7.5, 8.6, 8.14, Zamawiający zawarł następujące opisy:

- pozycja przedmiaru 3.6: „[...]KNRW 202/504/1 p.a Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, 1-warstwowe papa podkładowa.[...]”.

Odwolujący w odpowiadającym przedmiarowi kosztorysie ofertowym „Termomodernizacja II”, w poz. 3.6, umieścił opis: „[...]KNRW 202/504/1 p.a Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, 1-warstwowe papa podkładowa, materiały: Papa zgrzewalna modyfikowana SBS podkładowa Zdunbit PF,

Gaz propanowo-butanowy płynny, Roztwór asfaltowy do gruntowania na zimno.[...]

- pozycja przedmiaru 3.7: „[...]KNRW 202/504/2 Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, 2-warstwowe.[...]”.

Odwołujący, sporządzając na tej podstawie ofertę, w kosztorysie ofertowym „Termomodernizacja II”, w poz. 3.7, umieścił opis: „[...]KNRW 202/504/2 Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, 2-warstwowe, Materiały:Papa zgrzewalna polimerowo-asfaltowa podkładowa Zdunbit PF, Papa zgrzewalna polimerowo-asfaltowa wierzchniego krycia Zdunbit WF, Gaz propanowo-butanowy płynny Roztwór asfaltowy do gruntowania na zimno. [...]”.

- pozycja przedmiaru 7.5: „[...]KNRW 202/504/2 Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, 2-warstwowe.[...]”.

Odwołujący w odpowiadającej ww. opisowi pozycji kosztorysu „Termomodernizacja II” umieścił opis: „[...]KNRW 202/504/2 Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, 2-warstwowe, Materiały:Papa zgrzewalna polimerowo-asfaltowa podkładowa Zdunbit PF, Papa zgrzewalna polimerowo-asfaltowa wierzchniego krycia Zdunbit WF, Gaz propanowo-butanowy płynny, Roztwór asfaltowy do gruntowania na zimno.[...]”.

- pozycja przedmiaru 8.6: „[...] KNRW 202/504/3 Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, obróbki z papy nawierzchniowej.[...]”.

Odwołujący w kosztorysie ofertowym „Termomodernizacja II”, w poz. 8.6, umieścił opis: „[...]KNRW 202/504/3 Pokrycie dachów papą termozgrzewalną, obróbki z papy nawierzchniowej, Materiały: Papa zgrzewalna polimerowo-asfaltowa wierzchniego krycia Zdunbit WF, Gaz propanowo-butanowy płynny, Roztwór asfaltowy do gruntowania na zimno, Nakłady pomocnicze, Materiały inne (Materiały).[...]”.

- pozycja przedmiaru 8.14: „[...]KNRW 202/504/3 Obróbki z papy nawierzchniowej – pokrycie czapek kominowych papą termozgrzewalną.[...]”.

Odwołujący w odnośnej pozycji umieścił opis: „[...]KNRW 202/504/3 Obróbki z papy nawierzchniowej – pokrycie czapek kominowych papą termozgrzewalną, Materiały: Papa zgrzewalna polimerowo-asfaltowa wierzchniego krycia Zdunbit WF, Gaz propanowo- butanowy płynny, Roztwór asfaltowy do gruntowania na zimno, Nakłady pomocnicze, Materiały inne (Materiały).[...]”.

Odwołujący stwierdził, że podane przez niego opisy wynikały z Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR) stanowiącego podstawę do sporządzania kosztorysów szczegółowych,

co było zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w przedmiarze jako: poz. KNRW 202/504/1, KNRW 202/504/2 i KNRW 202/504/3.

Analogicznie, w ocenie Odwołującego, przedstawia się sytuacja w opisach pozycji 1.9.6, 1.9.15 i 1.9.23 przedmiaru „Roboty budowlane wykończeniowe” oraz w odpowiadających im pozycjach kosztorysu. Zamawiający zarzucił, że tak skonstruowana oferta pozostaje w sprzeczności z SIWZ, w szczególności ze STWiORB, gdzie Zamawiający opisał właściwości techniczne papy podkładowej bitumicznej. Podkreślić należy, że w pkt 9.1 SIWZ („Opis sposobu obliczenia ceny oferty”), Zamawiający wskazał, że „[...]Cenę oferty należy obliczyć w oparciu o Przedmiary robót, stanowiące Załącznik Nr 7 do SIWZ[...]”. Odwołujący konstruując kosztorysy ofertowe postąpił zgodnie z wymaganiem określonym w przytoczonym postanowieniu SIWZ i za podstawę sporządzenia wyceny przyjął przedmiary. W przedmiarach Zamawiający wskazał na pozycje katalogowe KNR, które określają m.in. rodzaj materiałów, których należy użyć do danego rodzaju robót. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było, aby przy szacowaniu ceny uwzględnić odstępstwa od pozycji katalogowych KNR, winien wyraźnie zaznaczyć tę okoliczność w przedmiarach, tak aby wykonawca sporządzając ofertę miał jasną i nie budzącą wątpliwości informację, w jaki sposób winien obliczyć cenę. W sytuacji, gdy przedmiary wskazują na określoną pozycję KNR, a jednocześnie w STWiORB zawarte są wymagania odbiegające od tych wskazanych w przedmiarach, Odwołujący odniósł się do wymagań zawartych w przedmiarach, ponieważ ten właśnie dokument, zgodnie z pkt 9.1. SIWZ stanowił podstawę obliczenia ceny. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zobowiązany jest do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 Pzp). Dodał, że w przypadku robót budowlanych zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Część dokumentacji projektowej stanowią przedmiary, które – zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2013.1129 j.t.), zwanego dalej „Rozporządzeniem” – powinny zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Zamawiający w przedmiarach zawarł zestawienie robót oraz podał

numery KNR, bez jakiegokolwiek odniesienia się do STWiORB. Tym samym nie jest dopuszczalne uznanie oferty, której częścią są kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie opisu robót zawartego w przedmiarach, zgodnie z wyraźnymi wytycznymi, aby przedmiary stanowiły podstawę obliczenia cen jednostkowych, za sprzeczną z SIWZ na tej podstawie, że w kosztorysach ofertowych brak jest odniesienia do wymagań zawartych w STWiORB, podczas gdy to sporządzone przez Zamawiającego przedmiary nie zawierały żadnego wskazania na właściwe zapisy STWiORB.

Odnosząc się do kolejnej podstawy odrzucenia oferty Odwołujący wskazał, że w przedmiarze robót pn.: „Układ pomiarowy dla energii elektrycznej”, w poz. 60, Zamawiający zawarł następujący opis: „[...]KNR-W 4-010325/05 Zamurowanie przebić w stropach ceramicznych – strefy ppoż., uszczelnienie masą ppoż.[...]”. Odwołujący, sporządzając na tej podstawie ofertę, w odpowiednim kosztorysie ofertowym zawarł opis: „[...]KNRW 401/325/5 (1) Zamurowanie przebić w stropach ceramicznych, Materiały: Cegła budowlana pełna, Cement portlandzki zwykły "35" bez dodatków, Wapno suchogaszone (hydratyzowane), Piasek do zapraw, Nakłady pomocnicze, Materiały inne (Materiały).[...]”. Zaznaczył, że podany przez niego wykaz materiałów wynika z Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR) stanowiącego podstawę do sporządzania kosztorysów szczegółowych, co jest zgodne z wymaganiem zamawiającego określonym w przedmiarze jako poz. KNRW 401/325/3. Zamawiający zarzucił, że tak skonstruowana oferta pozostaje w sprzeczności z SIWZ, ponieważ przyjęto nieprawidłowy materiał w kosztorysach (cegłę, cement, wapno, piasek zamiast masy ognioodpornej). Niezależnie od podniesionego wyżej argumentu o zgodności opisu pozycji w kosztorysie z podanym przez Zamawiającego numerem KNR, Zamawiający dokonując oceny tej pozycji kosztorysowej jako dyskwalifikującej ofertę nie uwzględnił, że kosztorys ofertowy został sporządzony w większym stopniu szczegółowości, niż przedmiar. Użycie w opisie zastosowanych materiałów m.in. cegły, cementu, wapna, czy piasku, nie stoi w sprzeczności z wymogiem uszczelnienia masą ppoż. Zamawiający pominął chociażby, że w zakwestionowanej pozycji znajdują się również materiały pomocnicze oraz materiały inne. Użycie opisów materiałów zgodnie z odpowiednią pozycją KNR w kosztorysach ofertowych, które służą przede wszystkim ustaleniu ceny, nie przesądza o niezgodności realizacji umowy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający przede wszystkim nie uwzględnił, że kosztorysy ofertowe stanowią pewien element oferty, mający na celu przede wszystkim ustalenie ceny za wykonywane roboty budowlane. Nie może budzić wątpliwości, że przedmiary nie zawierają wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, a wręcz mają charakter pomocniczy w stosunku do projektów budowlanych i wykonawczych, ich celem jest umożliwienie dokonania należytej wyceny robót. Stwierdził, że kosztorysy ofertowe stanowią

niejako odbicie przedmiarów po stronie wykonawcy, mają do nich podobny charakter, nie przesądzają jednakże o sposobie wykonania robót. Zakres zobowiązania wykonawcy w tym względzie określa dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający dokonując oceny ofert powinien uwzględnić zarówno pomocniczy charakter przedmiarów, jak i odpowiadających im po stronie wykonawcy kosztorysów wykonawczych. Istniejące rozbieżności pomiędzy kosztorysami ofertowymi a dokumentacją projektową należy – w przekonaniu Odwołującego – oceniać z uwzględnieniem szczególnego charakteru kosztorysów ofertowych, zwłaszcza jeżeli powstałe rozbieżności wynikają z przyjętego w przedmiarach sposobu obliczania ceny i jest oczywiste że nie stanowią zamierzonego działania wykonawcy, mającego na celu zaferowanie innych rozwiązań materiałowych, niż to wynika z opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie z uwagi na upływ terminu związania ofertą, w czym upatrywał utraty przez Odwołującego statusu wykonawcy, i w konsekwencji – uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej, a nadto o jego oddalenie.

W pierwszeństwie podkreślono, że przedmiot zamówienia opisany został, zgodnie z art. 29-31 Pzp, za pomocą dokumentacji projektowej, STWiORB oraz, w zakresie instalacji klimatyzacji, programu funkcjonalno-użytkowego. Sporządzenie oferty zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia było bezwzględnym obowiązkiem Odwołującego i gwarancją dla Zamawiającego właściwego wykonania zamówienia.

Jako istotny błąd oferty Odwołującego wykazano, że w kosztorysach ofertowych „Termomodernizacja” w poz. 4.5, „Termomodernizacja – część nie objęta dotacją” w poz. 3.6, 3.7, 7.5, 8.6, 8.14, oraz w kosztorysie „Roboty wykończeniowe” w poz. 1.9.6, 1.9.15, 1.9.23 zostały ujęte papy: podkładowa ZDUNBIT PF i nawierzchniowa ZDUNBIT WF, których parametry nie są zgodne z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego w STWiORB, m.in. w zakresie grubości. W kosztorysie ofertowym Odwołującego wskazano na grubość papy podkładowej 3,4 mm (+/- 5%), podczas gdy wymagane były 4mm, a papy nawierzchniowej – 4,4 mm (+/- 5%), przy wymaganych 5 mm. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że zastosowane w kosztorysie ofertowym materiały (papa ZDUNBIT PF, ZDUNBIT WF), niezgodne pod względem parametrów technicznych i jakościowych z wymaganymi przez Zamawiającego, powodują znaczące obniżenie standardu (jakość papy) i bezpieczeństwa inwestycji (palność, zabezpieczenia przeciwpożarowe). Skalę robót, które w ofercie obniżają wymagany przez Zamawiającego standard, pokazuje – jego zdaniem – ilość wycenionego materiału, tj. papy podkładowej (665,50 m<sup>2</sup>) i papy nawierzchniowej (411,63 m<sup>2</sup>), czego nie można uznać za ilość marginalną.

Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiarach robót podał pozycje katalogowe KNR, które określają m.in. rodzaj materiałów niezbędnych do użycia i wyceny danego rodzaju robót. W pozycjach kosztorysu ofertowego, które spowodowały odrzucenie oferty, Odwołujący zastosował materiały, które nie wynikają z zadanych w przedmiarach pozycji KNR, a to KNRW 202/504/1, KNRW 202/505/2, KNRW 202/504/3. Przedmiotowe pozycje katalogowe, stworzone przez WACETOB, nie podają konkretnych pap o określonych właściwościach. Wśród materiałów wykazują m. in. papę podkładową i papę nawierzchniową. Jeśli występuje błąd w programie kosztorysowym, to zawsze można go na etapie sporządzania oferty skorygować do oryginalnej wersji pozycji katalogowej. Wykonawca zatem, w ocenie Zamawiającego, świadomie i celowo zastosował konkretne papy ZDUNBIT PF i ZDUNBIT WF, których parametry, jak opisano wyżej, nie odpowiadają wymaganym przez Zamawiającego. Podkreślono przy tym, że dodatkowym potwierdzeniem poglądu, iż Odwołujący świadomie zastosował inne niż wymagane przez Zamawiającego materiały, jest fakt, że w Postępowaniu brało udział 8 wykonawców, z których większość, podobnie jak Odwołujący, sporządziła kosztorysy ofertowe przy pomocy programów kosztorysowych „ZUZIA” i żaden z nich nie proponował pap ZDUNBIT PF i ZDUNBIT WF. Gdyby Odwołujący nie wskazał konkretnych materiałów, posiadających konkretne parametry, z nazw (papa ZDUNBIT PF, ZDUNBIT WF), a jedynie wpisał ogólne nazwy (tj. papa podkładowa i papa nawierzchniowa), Zamawiający uznałby taką ofertę za prawidłową, bowiem takie ogólne wskazanie zostałoby przyjęte jako deklaracja Odwołującego, że przedmiot zamówienia zostanie wykonany przy zastosowaniu materiałów i technologii określonych w dokumentacji STWiORB, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego składanym w Formularzu oferty w brzmieniu „[...]zapoznałem się i akceptuję bez zastrzeżeń treść SIWZ, w tym wzór umowy oraz wszystkie zmiany SIWZ (w tym wzoru umowy) wraz z udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania[...]”.

Następnie Zamawiający wskazał, że w poz. 60 kosztorysu ofertowego pn. „Instalacje elektryczne wewnętrzne” przyjęto nieprawidłowy materiał, tj. cegłę, cement, wapno i piasek, podczas gdy powinna zostać zastosowana i wyceniona „masa ognioodporna (masa przeciwpożarowa)”. W pozycji tej Zamawiający wyraźnie określił i ukierunkował wykonawców poprzez rozszerzenie opisu pozycji przedmiaru (oryginalny opis pozycji KNR-W 401 0325/05: „Zamurowanie przebieg w stropach ceramicznych” został celowo rozszerzony do opisu „Zamurowanie przebieg w stropach ceramicznych – strefy ppoż, uszczelnienie masą ppoż. – 42 szt.”) z uwagi na fakt, iż pozycja dotyczy zamurowania przebieg pomiędzy różnymi strefami pożarowymi, co zgodnie z technologią wykonania robót należy wykonać masą pożarową (ognioodporną). Zastosowanie dokładnie takiego materiału zapewni pewne oddzielenie pożarowe pomiędzy strefami pożarowymi i jest wymagane



przez stosowne organy Państwowej Straży Pożarnej przy odbiorze końcowym obiektu, przed oddaniem go do eksploatacji. Zatem materiał zastosowany przez Odwołującego w pozycji: KNR-W 4-01 0325/05 (czyli: cegła, cement, wapno, piasek) jest sprzeczny z materiałem wymaganym przez Zamawiającego (masa pożarowa) i co za tym idzie z prawidłową technologią wykonania tego rodzaju przebiccia, wyraźnie określonego przez Zamawiającego poprzez rozszerzenie opisu przedmiaru. W odniesieniu do zawartej w odwołaniu argumentacji, że w omawianej pozycji znajdują się również materiały pomocnicze oraz materiały inne Zamawiający stwierdził, że nie jest to możliwe, gdyż w oryginalnej pozycji kosztorysowej występują co prawda materiały pomocnicze, lecz stanowią one jedynie 1,5% wartości materiału. Przy tak niskim udziale materiałów pomocniczych nie jest możliwe uzyskanie wymaganych parametrów technologicznych materiałów zdefiniowanych przez Zamawiającego.

Na rozprawie strony podtrzymały argumentację zawartą w złożonych pismach procesowych.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści zrzutów ekranu z programu do kosztorysowania „ZUZIA” na okoliczność zgodności zakwestionowanych w ofercie odwołującego pozycji kosztorysowych z KNR wskazanymi przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści korespondencji poczty elektronicznej z A.W. z Ośrodka Kosztorysowania Robót Budowlanych WACETOB sp. z o.o. na okoliczność braku wskazania w katalogu nakładów rzeczowych (KNR), za pomocą którego opisane zostały poszczególne pozycje przedmiarów robót nazw handlowych konkretnych wyrobów budowlanych, a nadto z treści kart technicznych pap asfaltowych wskazanych w treści oferty Odwołującego na okoliczność niezgodności ich parametrów technicznych z wymaganiami wynikającymi ze STWiORB.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie stwierdzono, że wbrew argumentacji Zamawiającego, brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony (art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp). Izba nie podziela bowiem argumentacji, jakoby upływ terminu związania ofertą przed wniesieniem odwołania powodował *de iure et*

*facto* utratę przez skarżącego statusu wykonawcy. Należy zauważyć, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp wskazuje na wykonawcę, jako jeden z podmiotów, któremu przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania. Pojęcie wykonawcy zdefiniowane zostało w przepisie art. 2 pkt 11 Pzp, jako osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. Literalna wykładania wzmiankowanej regulacji prowadzi zatem do wniosku, że ustawodawca nie uzależnił posiadania przez dany podmiot statusu wykonawcy od okoliczności, czy jest on związany złożoną przezeń ofertą, wystarczające jest bowiem już samo złożenie oferty. Trzeba mieć wprawdzie na względzie, że posiadanie statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się pewną dynamiką i raz uzyskany status takiego podmiotu, uprawniający wszak do wniesienia odwołania, może zostać utracony. Będzie tak, przykładowo, w sytuacji, gdy dany podmiot przejawia zainteresowanie konkretnym zamówieniem, zwracając się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ (ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadniczo każdy przejaw zainteresowania toczącą się w jego przedmiocie procedurą), ale nie składając ofert. Wówczas status wykonawcy przysługiwać mu będzie wyłącznie do upływu terminu składania ofert, *ergo* będzie mógł on wnieść odwołanie wobec postanowień SIWZ, ale już nie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Powyższa konkluzja (abstrahując na tym etapie rozważań od pozostałych, *stricte* materialnoprawnych, przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp) nie stoi jednak, zdaniem Izby, na przeszkodzie możliwości uznania za uprawnionego do wniesienia odwołania podmiotu, który złożył ofertę, choćby w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przestał być nią związany.

Wobec powyższego Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania stwierdzając, że zostało ono wniesione przez wykonawcę w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Pzp (do którego odsyła art. 179 ust. 1 Pzp), wskutek czego podlegało ono merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie.

Rozstrzygając o odwołaniu Izba w pierwszej kolejności zbadała przesłanki materialnoprawne, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz poniesienie (możliwość poniesienia) szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Okoliczności te decydują o zasadności wniesionego środka ochrony prawnej i muszą zaistnieć kumulatywnie. Mając na względzie ustalony przez Izbę stan faktyczny, stwierdzono, że ww. przesłanki nie ziściły się.

Interes w uzyskaniu zamówienia, definiowany najogólniej, jako możliwość jego uzyskania, oceniany jest przez Izbę na moment wniesienia odwołania. Istnienie przeszkód w następczym uzyskaniu zamówienia publicznego (bądź w hipotetycznej możliwości

zrealizowania tak określonego celu odwołania) stanowi w istocie o braku możliwości uwzględnienia środka ochrony prawnej. Obstrukcji takiej, *ad casum*, upatrywać należy w upływie terminu związania ofertą przed wniesieniem odwołania. Analiza dokumentacji Postępowania prowadzi do wniosku, że – biorąc pod uwagę termin otwarcia ofert (14 lipca 2014 r.), długość terminu związania ofertą (30 dni – argument z pkt 15 SIWZ), nieskorzystanie przez Zamawiającego z uprawnienia wynikającego z przepisu art. 85 ust. 2 Pzp (wystąpienie do wykonawców z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą) i wreszcie nieprzedłużenie terminu związania ofertą przez samego Odwołującego – termin związania ofertą upłynął w dniu 12 sierpnia 2014 r., czemu Odwołujący nie zaprzeczył, ani nie przedstawił Izbie dowodów pozwalających na poczynienie odmiennych ustaleń, natomiast odwołanie zostało wniesione w dniu 14 sierpnia 2014 r. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wykonawca – nie będąc związany ofertą w dacie złożenia środka ochrony prawnej – nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji – nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazywanych w odwołaniu, jako że w następstwie uwzględnienia odwołania i dokonania – zgodnie z jego żądaniami – powtórnej oceny ofert Zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty Odwołującego i zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje w tym miejscu na konieczność rozróżnienia dwóch kwestii – możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, który złożoną ofertą związany już nie jest (pod tym wszakże warunkiem, że jej wybór nastąpił przed upływem omawianego terminu) oraz możliwości wyboru jako oferty najkorzystniejszej takiej, dla której termin związania ofertą już upłynął. O pierwszym zagadnieniu pozytywnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08 i w odniesieniu do niego orzecznictwo Izby zgodnie opowiada się za jego dopuszczalnością. Trzeba jednak zauważyć, że z taką sytuacją nie będziemy mieli *ad casum* do czynienia. Konstrukcja wniosków odwołania wskazuje, że w wyniku jego uwzględnienia Postępowanie wróciłoby do etapu sprzed wyboru oferty najkorzystniejszej, którego to Odwołujący domagał się unieważnienia, a zatem – zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego – do fazy powtórnej oceny ofert. To zaś *de facto* postawiłoby Zamawiającego przed ewentualnością wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co byłoby niedopuszczalne z poniższych względów.

Po pierwsze należy powiedzieć, że skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą trzeba rozpatrywać nie tylko przez pryzmat przepisów Pzp, które *de iure* nie wprowadzają wymogu ciągłego utrzymywania przez wykonawcę stanu związania ofertą (patrz przepis art. 85 Pzp), ale sięgnąć również – poprzez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp – do przepisów K.c. Istotne znaczenie w tym zakresie ma przepis art. 66 K.c., w świetle którego stan związania

ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łączna interpretacja ww. przepisów prowadzi w konsekwencji do logicznego wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą. Należy bowiem zauważyć, że upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie jako wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości do zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach.

Po drugie – konieczne jest odniesienie się do zmian legislacyjnych, jakie na przestrzeni lat zaszły w związku z omawianą kwestią. Do czasu nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. inicjatywa w zakresie przedłużania terminu związania ofertą należała wyłącznie do zamawiających. Przepis ten uległ jednak zasadniczej zmianie, która należy ocenić, jako przesunięcie ciężaru dbałości o stan związania ofertą z zamawiającego na wykonawców. Zamawiającemu *de lege lata* przysługuje już tylko uprawnienie do jednokrotnego zwrócenia się, w określonym czasie, do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na czas oznaczony, nie dłuższy niż 60 dni, podczas gdy wykonawcy zyskali możliwość nieograniczonego czasem i ilością przedłużania omawianego terminu. Przyjęcie zatem zapatrywać, że ciężar dbałości o istnienie stanu związania ofertą spoczywa na zamawiającym, jako gospodarzu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz że możliwy jest wybór jako oferty najkorzystniejszej po wygaśnięciu terminu związania ofertą byłoby nie do pogodzenia nie tylko z dokonaną zmianą brzmienia przepisu art. 85 Pzp, ale w ogóle z sensem istnienia tej regulacji w przepisach Pzp.

Po trzecie – należy mieć na względzie także i ten skutek, że dopuszczenie do oceny zarówno ofert wykonawców, którzy nie są już nimi związani, jak i tych, którzy są nimi związani nie tylko sankcjonowałoby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby w efekcie do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy, którego ofertę – pomimo wygaśnięcia terminu związania – wybrano, gdyż mógłby on, bez ujemnych konsekwencji, odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przeciwieństwie do wykonawcy, którego ofertę wybrano przed upływem ww. terminu. W jego bowiem przypadku niezawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego mogłoby wiązać się chociażby z dotkliwymi skutkami finansowymi w postaci zatrzymania wadium, które – *ad casum* – wynosiło 71.500,00 zł (argument z Rozdziału 16, ust. 16.1 SIWZ).

Reasumując – Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, bowiem nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego wyboru jego oferty i zawarcia z nim umowy. Trzeba ponownie podkreślić, że celu odwołania należy upatrywać w poprawieniu sytuacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu, który z tego środka

korzysta. W niniejszej sprawie taki efekt nie zostałby osiągnięty ze względu na brak możliwości wyboru oferty Odwołującego, z uwagi na upływ terminu związania ofertą. W konsekwencji nie została również spełniona przesłanka dotycząca szkody, bowiem wykonawca, który nie może uzyskać zamówienia nie może tym samym ponieść uszczerbku majątkowego.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na nieodpowiadające wymaganiom Zamawiającego właściwości pap termozgrzewalnych Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Ustalono, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 Pzp, tj. przy pomocy dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Rolą wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należących wszak do kategorii profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego, jest całościowa interpretacja wymagań zamawiającego opisanych w określonym z góry katalogu dokumentów, nie zaś opieranie się – jak uczynił to Odwołujący – wyłącznie na informacjach pochodzących z jednego z nich. Odwołujący winien także pamiętać, że przysługują mu ustawowe środki usuwania wszelkich niejasności, jakie mogą pojawić się w związku z analizą wymagań SIWZ (patrz przepis art. 38 ust. 1 Pzp). Wykonawca, który z takich uprawnień nie korzysta nie może, co do zasady, następnie twierdzić o istnieniu niejasnych dla niego wymagań zamawiającego, które – co równie istotne – miałyby zostać rozstrzygnięte na jego korzyść. Odwołujący – skupiając się na wykazywaniu różnic pomiędzy treścią przedmiarów, a STWiORB pominął ważną z punktu widzenia rozstrzygnięcia o zasadności omawianego zarzutu okoliczność, że żadne postanowienie SIWZ nie nakładało na wykonawców konieczności wskazywania konkretnych nazw handlowych wyrobów budowlanych, przy pomocy których oferują oni Zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia. Skoro jednak Odwołujący posłużył się w kosztorysach ofertowych pn.: „Termomodernizacja” (poz. 4.5), „Termomodernizacja II” (poz. 3.6, 3.7, 7.5, 8.6, 8.14) oraz „Roboty wykończeniowe” (poz. 1.9.6, 1.9.15 i 1.9.23), stanowiących odpowiedniki sporządzonych przez Zamawiającego przedmiarów pn. „Termomodernizacja”, „Termomodernizacja – część nie objęta dotacją” oraz „Roboty budowlane wykończeniowe”, nazwami konkretnych wyrobów (papy podkładowa ZDUNBIT PF i nawierzchniowa ZDUNBIT WF), to trudno doszukiwać się w tym celu innego, aniżeli taki, że to właśnie te materiały ma on zamiar zastosować, o ile jego oferta zostanie wybrana, a umowa – zawarta. Wobec powyższego, choć postanowienia SIWZ nie przewidywały procedury weryfikowania właściwości wymienionych w ofertach wykonawców wyrobów budowlanych, trudno było *ad casum* odmówić Zamawiającemu takiego uprawnienia, tym bardziej że zrealizowane ono zostało na podstawie informacji powszechnie dostępnych (kart technicznych

zamieszczonych w sieci). W konsekwencji Zamawiający prawidłowo uznał, że ww. wyroby budowlane nie spełniają wynikającego ze STWiORB wymagania dotyczącego grubości papy (vide: pkt 5.3 STWiORB, str. 81), które to nie było między stronami sporne. Co równie istotne, Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności treści oferty z SIWZ, nie przedstawił dowodu na okoliczność, że przyjęte w jego ofercie papy spełniają wymagania Zamawiającego, albo że możliwe było od nich jakiegokolwiek odstępstwo. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja na odparcie stanowiska Zamawiającego o braku odniesienia konkretnych pozycji przedmiarów do treści STWiORB nie mogła się ostać nie tylko ze względów omówionych powyżej, ponieważ okoliczność, że Zamawiający ukształtował zapisy SIWZ w taki sposób, że wymagał od wykonawców przeprowadzenia określonych procesów myślowych (skonfrontowania przedmiarów ze STWiORB) nie świadczy jeszcze o istnieniu sprzeczności, czy niejasności, które należy interpretować z korzyścią dla wykonawców.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego dotyczącej niezastosowania w poz. 60 kosztorysu ofertowego pn. „Instalacje elektryczne wewnętrzne” wymaganej przez Zamawiającego masy przeciwpożarowej. Odwołujący nie udowodnił, że pomimo wyszczególnienia w niej szeregu materiałów innego rodzaju akurata w przypadku masy przeciwpożarowej ujął ją pod poz. „Materiały inne”, której wartość określona została na 1,5% wartości wszystkich materiałów wycenionych w tej pozycji kosztorysu. Izba miała przy tym na względzie, że już pod poz. 61 wspomnianego kosztorysu, również wymagającej – zgodnie z przedmiarem Zamawiającego (poz. 61 przedmiaru pn.: „Układ pomiarowy dla energii elektrycznej”) – zastosowania masy przeciwpożarowej, Odwołujący wycenił ją osobno. Okoliczności sprawy dają zatem podstawę do stwierdzenia, że w zakwestionowanej przez Zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego Odwołujący pominął wymóg Zamawiającego, nie zaś ujął go w zawołany sposób.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....