

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lutego 2009 roku

**Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy
w następującym składzie:**

Przewodniczący- Sędzia: SO Andrzej Ganiewski

Sędzia: SO Adam Sęk

Sędzia: SR (del.) Janusz Płoch

Protokolant: st. sekr. sądowy Ewa Janas

po rozpoznaniu w dniu 4 lutego 2009 roku w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Wikar - Przedsiębiorstwa Budowlano - Transportowego
Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łososinie Dolnej oraz ze skargi
Zakładu Ogólnobudowlanego - Jan Waz w Koniuszowej

przy uczestnictwie zamawiającego Gminy Łososina Dolna

oraz wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego BUDMEX
Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Sączu
o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 7 listopada 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1149/08 i KIO/UZP
1150/08.

I. oddala obie skargi;

**II. zasądza od skarżących na rzecz za
Łososina Dolna koszty postępo
1.200,00 zł (jeden tysiąc dwie**

• tWHu;* , wyafcwit wtocirfi popisy
____ Stwierdza #ljay Sekretarz

[ącego Gmina

wego w kwotach po

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 4 lutego 2009 r.

Zamawiający Gmina Łososina Dolna opublikowała w dniu 12.08.2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu na budowę „Budynku Wielofunkcyjnego w Łososinie Dolnej - stan surowy otwarty” (LI.FS.SJ/2220/1/2008). Jednocześnie zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W postępowaniu o zamówienie złożone zostało siedem ofert. W dniu 16.09.2008 r. zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano - Transportowe spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łososinie Dolnej.

Jan Waz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz” z siedzibą w Koniuszowej oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno — Handlowe „BUDMEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nowym Sączu złożyli w dniu 22.09.2008 r. protesty na wybór najkorzystniejszej oferty.

Protestujący Jan Waz zarzucił naruszenie art. 7, art. 24 ust 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”) i wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano - Transportowe sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

Protestujące Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „BUDMEX” spółka z o.o. w Nowym Sączu zarzuciło zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1 i 3, art. 22 ust.1 pkt 2, art.24 ust.1 pkt 10, art.89 ust.1 pkt 2 i pkt 5 w zw. z art. 91, art.89 ust.1 pkt 6 „Pzp” i wniósł o:

- 1) ponowne dokonanie oceny ofert;
- 2) wykluczenie wykonawcy wybranego i ewentualnie odrzucenie jego oferty;
- 3) dokonanie wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej i udzielenie mu zamówienia;

W dniu 26.09.2008 r. Jan Waz przystąpił po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „BUDMEX” spółkę z o.o. w Nowym Sączu.

Zamawiający w dniu 01.10.2008 r. oddalił w całości protesty Jana Waza oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego „BUDMEX” spółki z o.o. w Nowym Sączu, wskazując w uzasadnieniu, że oferty protestujących nie odpowiadają żądaniom zamawiającego określonym w treści SIWZ.

W dniu 05.10.2008 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „BUDMEX” spółka z o.o. w Nowym Sączu wniosła odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście i wnosząc o nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert.

W dniu 06.10.2008 r. Jan Waz wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, podtrzymując wszystkie zarzuty zgłoszone w proteście oraz wnosząc o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty „WIKAR” spółce z o.o. jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem wydanym dnia 07.11.2008 r. uwzględniła odwołania i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołujących oraz nakazała odrzucenie oferty „WIKAR” Przedsiębiorstwa Budowlano - Transportowego spółki z o.o. w Łososinie Dolnej.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 „Pzp”, a także art. 7 ust.1 „Pzp” ze względu na sprzeczność treści oferty Wykonawcy wybranego z treścią SIWZ w zakresie niezgodności terminu rozpoczęcia i zakończenia robót przez Wykonawcę wybranego. Izba Odwoławcza wskazała, że Zamawiający w załączniku nr 1 do projektu umowy wyraźnie wymagał, aby rozpoczęcie robót nastąpiło w dniu 20.10.2008 r., a zakończenie w dniu 20.12.2010 r., a płatność faktury końcowej miała nastąpić do dnia 28.02.2011 r. Tymczasem wybrany Wykonawca nie przewidział żadnych prac ani płatności w IV kwartale 2008 r., natomiast planował realizować część prac po 20.12.2010 r. Ponadto został naruszony art. 89 ust.1 pkt 6 „Pzp” poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego „BUDMEX” spółki z o.o. w Nowym Sączu z uwagi na uznanie przez zamawiającego, że w ofercie tej zachodzi omyłka rachunkowa. Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że oferta odwołującego nie jest sprzeczna z SIWZ ani nie zawiera omyłki rachunkowej, ponieważ przedstawione przez niego w kosztorysie wyliczenie wraz z opisem materiałów służyć miało wyłącznie do wyceny oferty. Zamawiający natomiast ma możliwość wyegzekwowania zaoferowanego przedmiotu na etapie realizacji umowy, gdyż „BUDMEX” spółka z o.o. złożyła stosowne oświadczenie i zobowiązała się wykonać zamówienie zgodnie z przedmiarem i dokumentacją projektową. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadniony zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Jana Waza, tj. naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 „Pzp” w zakresie uznania, że oferta Jana Waza jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie terminu płatności faktury końcowej. Izba Odwoławcza wskazała, że Zamawiający określił jedynie ostateczny termin, w którym dokona zapłaty faktury końcowej, tj. 28.02.2011 r., natomiast ani w SIWZ ani w załącznikach zamawiający nie zawarł wymogu terminu płatności faktury końcowej w okresie 70 dni od dnia ostatecznego odbioru robót. Wobec tego wskazanie przez Jana Waza 69 - dniowego terminu płatności nie stanowiło naruszenia treści SIWZ.

Nie doszło natomiast do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 „Pzp” w zakresie sprzeczności materiałów użytych do realizacji zamówienia z treścią przedmiaru robót stanowiącego integralną część SIWZ. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej składane przez wykonawców kosztorysy szczegółowe miały służyć wyłącznie do wyceny oferty a nie do rozliczenia obmiarowego inwestycji i badania zgodności przedmiotu zamówienia z przedmiotem zaoferowanym na podstawie kosztorysu. Zamawiający nie dopuścił się także naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 „Pzp”, ponieważ wybrany Wykonawca w okresie od zarejestrowania w lutym 2007 r. jako spółka z o.o. do sierpnia 2008 r. zatrudniał od 21 do 64 ubezpieczonych, spełniając tym samym wymóg określony w SIWZ.

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Jan Waz, zaskarżając wyrok w części oddalającej wniesione przez niego odwołanie oraz w części dotyczącej uwzględnienia odwołania Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego „BUDMEX” spółki z o.o. w Nowym Sączu. Skarżący podtrzymał podniesione w proteście i odwołaniu zarzuty, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

- 1) naruszenie art. 7, art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 „Pzp” poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie oraz przyjęcie, że oferty „WIKAR” spółki z o.o. i „BUDMEX” spółki z o.o. nie podlegają odrzuceniu;
- 2) naruszenie art. 190 ust.2 „Pzp” poprzez wydanie wyroku sprzecznego z ustaleniami dokonanymi w toku postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Skarżący wniósł o uwzględnienie zarzutów oraz uznanie skargi za zasadną, zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej oraz oddalenie odwołania wniesionego przez „BUDMEX” spółkę z o.o. Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu skarżący podniósł, że złożona przez „WIKAR” spółkę z o.o. oferta jest niezgodna z SIWZ w zakresie materiałów wymaganych przez zamawiającego oraz terminu rozpoczęcia i zakończenia robót budowlanych, a nadto zawiera błędy związane z modyfikacją kosztorysu. Sam kosztorys zaś jest niezgodny z opisem dostarczoną przez Zamawiającego, ponieważ Wykonawca w obliczaniu ceny nie zastosował wszystkich materiałów wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiaru robót, co skutkowało заниzeniem ceny oferty. Skarżący zarzucił również, że oferty „WIKAR” spółki z o.o. oraz „BUDMEX” spółki z o.o. nie odpowiadają wymogom SIWZ co do sposobu obliczania ceny oferty oraz wymogom zamawiającego odnośnie żądanych materiałów, czego konsekwencją jest brak możliwości porównania ofert. Wyjaśnił, że sporządzając kosztorys zastosował materiały wymagane przez zamawiającego, natomiast zarówno spółka „WIKAR”, jak i „BUDMEX” dopuścili się niedozwolonych modyfikacji pozycji kosztorysowych, wskutek czego zaproponowana przez skarżącego cena jest wyższa. Skoro podmioty te zaoferowały wykonanie zamówienia przy użyciu materiałów odbiegających od wymagań Zamawiającego, ich oferty powinny zostać odrzucone, niezależnie od celu kosztorysu. Ponadto, zdaniem Skarżącego, w sytuacji, gdy Wykonawcy oferują wykonanie zamówienia za pomocą innych materiałów niż określone w SIWZ, nie może stać się stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że Zamawiający ma możliwość wyegzekwowania zaoferowanego przedmiotu na etapie realizacji umowy, gdyż Wykonawcy złożyli stosowne oświadczenia i zobowiązali się wykonać zamówienie zgodnie z przedmiarem i dokumentacją projektową. Byłaby to bowiem zmiana umowy w stosunku do treści oferty, co jest niedopuszczalne w świetle art. 144 ust. 1 „Pzp”. W ocenie Skarżącego skutkiem wskazanych wyżej rozbieżności jest nieważność umowy o zamówienie publiczne zawartej z Wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu. Skarżący zakwestionował również stanowisko Krajowej Izby

Odwoławczej, iż kosztorys ofertowy ma na celu wyłącznie wycenę oferty. Skoro bowiem zamawiający ściśle określił rodzaje materiałów, to jakiegokolwiek zmiany dokonane w tym przedmiocie przez Wykonawców (choćby tylko dla celów kosztorysowych) uniemożliwią realizację żądanego zamówienia. Ponadto zastosowane materiały mają wpływ na cenę oferty. Zatem przedstawienie w kosztorysie innych materiałów oznacza, że oferty są niezgodne z SIWZ i powinny zostać odrzucone, gdyż nie jest dopuszczalne po terminie składania ofert interpretowanie ich w sposób sprzeczny z określonymi wcześniej wymaganiami.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżył także wykonawca „WIKAR” Przedsiębiorstwo Budowlano ~ Transportowe spółka z o.o. w Łososinie Dolnej i wniósł o uchylenie wyroku w części nakazującej odrzucenie złożonej przez niego oferty. Skarżący zarzucił:

- 1) naruszenie procedury poprzez poczynienie dowolnych ustaleń faktycznych;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 „Pzp”;
- 3) naruszenie prawa materialnego, w szczególności art. 55² k.c. oraz art. 23¹ k.p.

Skarżący podniósł, iż w formularzu ofertowym oraz w dołączonej do oferty umowie jednoznacznie wskazał, że zobowiązuje się rozpocząć realizację zamówienia w terminie wymaganym przez zamawiającego, tj. w dniu 20.10.2008 r. i wykonać je do dnia 20.12.2010 r. Również zawarte w jego ofercie zapisy dotyczące płatności faktur są zgodne z SIWZ. Skarżący wyjaśnił, że wpisując do kwartalnego Rzeczowo — Finansowego Harmonogramu Realizacji Prac terminy rozpoczęcia i zakończenia robót kierował się tym, że skoro ma to być harmonogram finansowy, to nie można przewidzieć żadnych środków finansowych w IV kwartale 2008 r., ponieważ pierwsza faktura miała być wystawiona dopiero w I kwartale 2009 r. i finansowanie umowy miało się zakończyć w I kwartale 2011 r., w związku z czym ten kwartał oznaczył jako ostatni okres finansowego rozliczenia robót. W ocenie Skarżącego sporządzony przez zamawiającego Harmonogram jest wewnętrznie sprzeczny i wbrew ustaleniom Krajowej Izby Odwoławczej nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Ponadto Skarżący podniósł, iż spełnił postawiony w SIWZ warunek odnośnie liczby zatrudnianych pracowników w okresie ostatnich 3 lat, ponieważ zatrudnianie przez spółkę pracowników zatrudnionych wcześniej w przedsiębiorstwach wniesionych w drodze aportu do spółki stanowi kontynuację stosunku pracy.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o odrzucenie obydwu skarg, ewentualnie o ich oddalenie oraz zasądzenie od skarżących kosztów postępowania.

Zamawiający podniósł, że skarga Przedsiębiorstwa Budowlano - Transportowego „WIKAR” spółki z o.o. w Łososinie Dolnej powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że ten skarżący nie był stroną postępowania odwoławczego ani nie przystąpił do tego postępowania w trybie art. 184 ust. 4 „Pzp”, a o treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej został poinformowany przez zamawiającego.

Ustosunkowując się natomiast skargi złożonej przez Jana Waza zamawiający wskazał, iż wybrany wykonawca zaoferował materiał zgodny z wymogami SIWZ i dokumentacją projektową. Zamawiający podzielił także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie celu sporządzania kosztorysu szczegółowego.

Sąd zważył, co następuje:

Obydwie skargi wniesione od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej są bezzasadne i podlegają oddaleniu.

Na wstępie Sąd stwierdza, że skargi są dopuszczalne i brak było dostatecznych podstaw do ich odrzucenia. Uwaga ta dotyczy w szczególności skargi wniesionej przez Jana Wazę. Okoliczność, że zarzuty formułowane w treści skargi nie były przedmiotem protestu nie odbierają temu skarżącemu prawa wniesienia skargi od wyroku KIO. Ustawowa regulacja realizująca w istocie Dyrektywy WE 89/665/EWG z dnia 30.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. WE Nr L 395) i Dyrektywy WE 92/13/EWG z dnia 25.02.1992 r. dotyczącej procedury zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. WE Nr L 76 z dnia 23.03.1992 r.) przewiduje szeroką sądową kontrolę procedur w sprawach zamówień publicznych. Wykonawca Jan Wazę wniósł protest od decyzji zamawiającego, a potem odwołanie do KIO. Jego skarga obejmuje zarzuty dotyczące zarówno oferty wykonawcy „Wikar” (podnoszone w protestie i odwołaniu), jak i PPH „Budmex”. Nie sposób zatem odmówić temu skarżącemu formalnie prawa do wniesienia skargi. Inną kwestią jest zasadność merytoryczna tej skargi.

Sąd w składzie rozpoznającym sprawę przyjmuje również, że brak było podstaw do odrzucenia skargi wniesionej przez wykonawcę spółkę „Wikar”. Zdaniem Sądu, mimo nowelizacji art. 194 u. 1 Pzp nadal nie jest jasno określony krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi. Ustawa posługuje się pojęciem „stron i uczestników postępowania odwoławczego”. Nie zostało jednak w ustawie zdefiniowane pojęcie strony ani uczestnika. Ustawodawca w sposób niekonsekwentny (żeby nie powiedzieć przypadkowy) używa określenia strony i stosuje go niekiedy zamiennie z pojęciem uczestnika postępowania. Wprawdzie możliwa jest taka interpretacja, że stroną postępowania odwoławczego jest zamawiający oraz ci wykonawcy, którzy wnieśli skuteczne odwołania do KIO, zaś uczestnikami postępowania ci wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, ale wynika ona z wykładni systemowej i nie może stanowić podstawy odrzucenia środka zaskarżenia (odwoławczego). Uzasadnienie wyroku sądu nie jest miejscem do prowadzenia szerokiej analizy oraz formułowania wniosków *de lege ferenda*, ale należy wskazać, że ustawa literalnie nie daje prawa strony także zamawiającemu. Ten status zamawiającego wynika bardziej z poglądów doktryny oraz praktyki i orzeczeń sądowych. Ustawa posługując się pojęciem „strony” w liczbie mnogiej nie wyjaśnia kto jeszcze (poza zamawiającym) spełnia warunki, aby objąć go pojęciem strony. W tym zakresie należy więc odwołać się do przepisów ogólnych o środkach prawnych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W oparciu o te przepisy określeniem strony można objąć także wykonawcę który uzyskał zamówienie. Na użytek niniejszej sprawy wystarczy wskazać, że środki ochrony prawnej w myśl art. 179 Pzp przysługują wykonawcom i uczestnikom, a także innym osobom jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. W tej szerokiej kategorii mieści się także wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego i nie miał on interesu w przystąpieniu do któregośkolwiek innego uczestnika postępowania. Taki wykonawca nie był uczestnikiem postępowania protestacyjnego ani odwoławczego, ponieważ jako wygrywający nie miał (po swojej stronie) żadnych podstaw do skarżenia decyzji zamawiającego. Przy bardzo liberalnej interpretacji art. 194 u. 1 Pzp takiemu wykonawcy należy przyznać prawo do zaskarżenia wyroku KIO. Tę liberalną wykładnię trzeba również wiązać z przepisem art. 194 u. 2 Pzp, który nakazuje stosować do postępowania skargowego odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji. Odrzucenie skargi po myśli art. 197 u. 1 Pzp jest możliwe wtedy, gdy została ona wniesiona po upływie terminu lub z innych przyczyn niedopuszczalna. Przepisy procesowe nakazujące odrzucić środek prawny muszą być precyzyjne, bowiem w przypadku skargi od wyroku KIO odbierają możliwość poddania rozstrzygnięcia tego organu kontroli sądowej. W sytuacji braku wyraźnej ustawowej podstawy do odrzucenia takiego środka prawnego należy sprawę rozpoznać merytorycznie. Pogląd ten

realizuje więc regułę, że odrzucenie środka prawnego następuje w przypadkach wskazanych w ustawie, zaś w pozostałych przypadkach organ procesowy ma obowiązek rozpoznania sprawy (przez jego uwzględnienie lub oddalenie). Prezentowany pogląd jest zbieżny z obowiązującą zasadą drogi sądowej wynikającej tak z Konstytucji RP jak i przywołanych powyżej Dyrektyw WE.

Jedynie na marginesie trzeba dostrzec braki w regulacji ustawowej instytucji skargi od wyroku KIO w przypadku przystąpienia innych wykonawców do postępowania odwoławczego. W ocenie Sądu Okręgowego w postępowaniu sądowym na skutek skargi od wyroku KIO przepis ustawy Pzp powinien odsyłać do przepisów o postępowaniu nieprocesowym, które ze względu na swoją specyfikę bardziej odpowiadają potrzebom tego postępowania (jak choćby art. 510 k.p.c.). Ze względu jednak na treść art. 194 u. 2 Pzp oraz art. 13 k.p.c. jest to postulat *de lege ferenda*. Uwaga powyższa tak samo dotyczy postępowania odwoławczego przed KIO. W tym postępowaniu może się bowiem zdarzyć, że uczestnik (np. jeden z wykonawców) zgłasza zarzuty w stosunku do kilku innych wykonawców. Wtedy konieczność przystąpienia do jednego z odwołujących się oraz zakaz podejmowania czynności sprzecznych stanowiskiem uczestnika do którego przystępuje może prowadzić do wyeliminowania takiego podmiotu z kręgu uczestników tego postępowania, a w konsekwencji pozbawiać także legitymacji do wniesienia skargi do sądu. Przykładem może być także sytuacja jaka zaistniała w niniejszej sprawie przed KIO. Na posiedzeniu w dniu 04.11.2008 r. Jan Waz ostatecznie złożył oświadczenie, że przystępuje po stronie odwołującej się spółki „Budmex”, a w skardze zakwestionował stanowisko tej spółki.

Odnosząc się kwestii merytorycznych Sąd stwierdza, że skarga spółki „Wikar” jest niezasadna i podlega oddaleniu.

Wbrew zarzutom zawartym w skardze Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo zinterpretowała treść oferty tego wykonawcy w zakresie terminu rozpoczęcia i zakończenia zamawianych robót. W IV kwartale 2008 r. „Wikar” nie przewidział realizacji robót ani też żadnych płatności, natomiast po 20 grudnia 2010 r. przewidział realizację elementu IV 1 zamówionego obiektu. W tym zakresie treść oferty spółki „Wikar” jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stanowisko KIO uzyskuje w tym zakresie pełną akceptację Sądu.

Nie jest zasadny również zarzut skarżącego dotyczący braku spełnienia przez spółkę „Wikar” wymogów zatrudnienia przez wykonawcę w okresie od 2005 r. do 2007 r. minimum 20 osób miesięcznie (za które odprowadzana była składka na ZUS). Po pierwsze, pogląd KIO wyrażony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a dotyczący sukcesji zatrudnienia przez przedsiębiorstwa obydwu wspólników jest prawidłowy. Po wtóre, Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła, że spółka „Wikar” ostatecznie spełnia warunek z rozdziału IX pkt IV. 1. tiret 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Chodzi o spełnienie warunku zatrudnienia minimum 20 osób miesięcznie przez cały czas prowadzenia działalności gospodarczej w przypadku tych wykonawców, którzy prowadzą działalność przez okres krótszy niż trzy lata. W tym zakresie rozstrzygnięcie KIO jest prawidłowe, a skarga bezzasadna.

Skarga wniesiona przez wykonawcę Jana Waza również nie jest uzasadniona (poza jednym wyjątkiem, o czym niżej) i podlega oddaleniu.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że skarżący osiągnął skutek zamierzony w swoim odwołaniu do KIO tj. doprowadził do powtórzenia badania i oceny ofert, a także uchylecia czynności zamawiającego polegającej odrzuceniu jego oferty. Z tego punktu widzenia jego środek odwoławczy (odwołanie) odniósł zamierzony skutek. Okoliczność ta nie ma jednak wpływu na dopuszczalność samej skargi. W przypadku braku interesu w zaskarżeniu (*grcwatnen*) skarga nie może być odrzucona i podlega rozpoznaniu merytorycznemu.

Po drugie, skarga zawiera zarzuty dotyczące nie tylko wykonawcy „Wikar”, co

było przedmiotem protestu oraz odwołania wniesionych przez Jana Waza, ale również zarzuty dotyczące innego uczestnika tj. PPH „Budmex”. Jak już powiedziano powyżej z tej przyczyny skarga jednak nie zmoże zostać odrzucona.

Po trzecie, zarzut skargi dotyczący oferty innego uczestnika - wykonawcy PPH „Budmex” jest nieuzasadniony. Ten zarzut i wyprowadzone z niego w treści skargi konsekwencje prawne sprowadzają się do oceny, czy oferta spółki „Budmex” była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tej z kolei skarżący upatrywał w zaoferowaniu innego materiału budowlanego niż wymagany przez zamawiającego. W skrócie, chodzi o to, czy „membrana trójwarstwowa” o paroprzepuszczalności $>800 \text{ g/m}^2/\text{dobę}$ i $\text{SD} < 0,03 \text{ m}$ to taki sam materiał jak „folia trójwarstwowa” $>800 \text{ g/m}^2/\text{dobę}$ i $\text{SD} < 0,03 \text{ m}$. Zdaniem Sądu nie ulega najmniejszej wątpliwości, że „folia” i „membrana” to ten sam materiał występujący również w obrocie pod różnymi nazwami. Skoro parametry tego materiału (membrany/folii) są takie same, to nie wystąpiła rozbieżność między specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ofertą PPH „Budmex”. W tym zakresie Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowany w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd tak samo jak KIO przyjmuje, że nazwy folia i membrana w tym przypadku to synonimy.

Sąd przyjmuje zatem, że zarzuty zawarte w skardze wykonawcy Jana Waza dotyczące PPH „Budmex” nie więc są uzasadnione.

Zdaniem Sądu nie są również uzasadnione zarzuty skargi Jana Waza dotyczące oferty spółki „Wikar”. Oczywiście ta uwaga nie dotyczy zarzutu sprzeczności treści oferty tego wykonawcy w zakresie terminu rozpoczęcia i zakończenia robót objętych zamówieniem. Ta kwestia została omówiona powyżej, w tej części uzasadnienia wyroku, która dotyczy skargi „Wikar”. Przedstawione tam poglądy Sądu zachowują aktualność również w tym miejscu. Zasadność skargi w tym zakresie nie wpływa jednak na sposób rozstrzygnięcia sprawy, skoro ten zarzut uzyskał akceptację KIO i został w wyniku odwołania J. Waza uwzględniony w wyroku Izby.

Pozostałe zarzuty Jana Waza dotyczące oferty „Wikar” nie są uzasadnione. Pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku KIO jest prawidłowy i Sąd go aprobuje. Również zdaniem Sądu kosztorysy szczegółowe składane przez wykonawców miały służyć do samej wyceny ofert. Cena (wynagrodzenie) wykonawcy było bowiem ryczałtowe, a nie kosztorysowe. Kosztorysy nie miały służyć do rozliczania obmiarowego inwestycji. Rozliczenie miało nastąpić w oparciu o harmonogram finansowo - rzeczowy, a nie kosztorys. Zdaniem Sądu spółka „Wikar” w przedmiarze zawarła taki sam opis (w pozycjach 23, 46 i 64) jak zamawiający. Z tej przyczyny Sąd uznaje skargę Jana Waza w tym zakresie za nieuzasadnioną. Ta kwestia nie jest jednak istotna dla dalszego biegu sprawy z tej przyczyny, że odwołania Jana Waza i PPH „Budmex” zostały przez KIO uwzględnione, a skarga „Wikar” została ostatecznie przez Sąd oddalona.

Wobec powyższego Sąd przyjmuje, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych jest prawidłowy, a skargi jako nieuzasadnione podlegają oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 198

ii. 2 Pzp i art. 385 k.p.c. w związku z art. 194 u. 2 Pzp.

Stosując zasadę odpowiedzialności strony za wynik sprawy o kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c., art. 99

k. p.c. oraz art. 108 § 1 k.p.c. w związku z art. 194 u. 2 Pzp.

