

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 czerwca 2010 r.

Sąd Okręgowy w Krośnie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Bartnik /spr/
Sędziowie: SO Stanisława Starzychowicz

SO Anna Pasterz

Protokolant: st.sekr.sąd. Dorota Niemiec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2010r. w Krośnie
sprawy o zamówienie publiczne

z udziałem zamawiającego Gminy w Ustrzykach Dolnych oraz oferentów
Konsorcjum Jerzy Janaszek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
P.U.H. „Fugit” Jerzy Janaszek, „Fugit” Sp. z o.o., Leszek Świątek prowadzący
działalność gospodarczą pod firmą Z.R.B. „BUDKOM” Leszek Świątek,
ul.Sukowska 134a, 25-146 Kielce i "Prohanbud" Spółka z o.o. w Uhercach
Mineralnych

na skutek skargi wniesionej przez Konsorcjum od wyroku Krajowej Izby
Odwoławczej z dnia 18.03.2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 138/10

oddala skargę .

Sekreto

Sygn. akt I Ca 176/10

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Ustrzyki Dolne prowadziła postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pod nazwą „Tworzenie nowoczesnej bazy turystyczno - rekreacyjnej w Ustrzykach Dolnych - budowa basenu odkrytego przy Międzyszkolnej Krytej Pływalni”.

W dniu 30.12.2009 r. powiadomiła wykonawców o wyniku postępowania oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum P.U.H. „Fugit” Jerzy Janaszek, „Fugit” Sp. z o.o., Z.R.B. „Budkom” Leszek Świątek, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (wadliwie sporządzony kosztorys).

Konsorcjum „Fugit” wniosło protest przeciwko odrzuceniu oferty dowodząc, iż doszło do niego bez uzasadnionych podstaw, a w szczególności przy naruszeniu powołanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający: Gmina Ustrzyki Dolne oddaliła ten protest jako, w jej ocenie, bezzasadny.

W tej sytuacji Konsorcjum „Fugit” wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego oraz przez zaniechanie odrzucenia oferty „Prohanbud” Sp. z o.o., która jest niekompletna, nie zawiera wszelkich materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, a tym samym jest niezgodna z SIWZ. Zażądał unieważnienia decyzji o wyborze oferty „Prohanbud” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i odrzucenia tej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż w wyjaśnieniach z dnia 8.12.2009 r. zamawiający wyraził zgodę na dokonanie wyceny instalacji technologii uzdatniania wody w postaci kalkulacji indywidualnych. Przekazany kosztorys „ślepy” miał być zestawieniem materiałów, jak również opisem robót (odpowiedź nr 4). Zarzucane przez zamawiającego braki w ofercie dotyczą faktycznie braku zestawienia materiałów, a nie pozycji kosztorysowych. Odwołujący wyjaśnił, że materiały nie wyszczególnione pod opisem robót w kosztorysie ofertowym są składowymi przypisanymi do innych materiałów, a zgodnie z pkt 18.9 SIWZ zamawiający postanowił, iż pozycje nie wycenione nie będą zapłacone po ich wykonaniu, a zamawiający będzie uważał, że zostały one ujęte w innych cenach.

Przedłożony kosztorys „ślepy” nie zawierał wszystkich nakładów, tak jak kosztorys ślepe dla innych branż. Dla branż technologii zamawiający opracował wyłącznie zestawienie materiałów. Brak wskazania ilości i jednostek w poszczególnych pozycjach uniemożliwiło ich wycenę.

W tych okolicznościach zamawiający winien uznać, iż oferta odwołującego zawiera wszelkie pozycje i elementy wymienione zgodnie z kosztorysem „ślepy”. Odwołujący wyjaśnił, iż korzystając z wyceny indywidualnej dokonał scalenia pewnych pozycji, w których ujął wszystkie elementy zestawienia materiałów. Ponadto ujął w tej wycenie elementy, których brak w kosztorysie „ślepy”, jak chociażby kleje, śruby, itp., których nie ujął żaden z wykonawców, a są one niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Dotyczy to m.in. oferty wybranej, jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe odwołujący wnosil o :

- 1) unieważnienie decyzji o wyborze oferty firmy „Prohanbud” Sp. z o.o. z/s w Uhercach Mineralnych,
- 2) odrzucenie oferty firmy „Prohanbud” jako niezgodnej w zakresie

kosztorysu ofertowego z SIWZ,

- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego jako spełniającej wszelkie wymogi formalne,
- 4) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18.03.2010 r. sygn. akt KIO/UZP138/10 oddaliła odwołanie.

Z uzasadnienia powyższego wyroku wynika, że stosownie do art. 184 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, której treść w ocenie odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych, tj. kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 8 Pzp, od której jest uzależniony obowiązek publikacji ogłoszenia na roboty budowlane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 184 art. 1a Pzp w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na jego wartość, wykonawcom nie przysługuje odwołanie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza. Ponadto, istotnym jest, iż zarzut taki nie został podniesiony przez odwołującego w proteście.

Izba uznała jednocześnie za bezzasadny zarzut co do naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie złożonej przez odwołującego oferty. W treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił bowiem wprost wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jako kosztorysowe. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami.

Na kosztorysowy charakter wynagrodzenia wskazują jednoznacznie postanowienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. I tak, w części 3 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w pkt 5 zamawiający wskazał, że wynagrodzenie ostateczne zostanie ustalone kosztorysem powykonawczym przy uwzględnieniu cen jednostkowych i ilości robót rzeczywiście wykonanych i potwierdzonych w książce obmiaru i odebranych przez zamawiającego. Z tego względu przed ustaleniem ceny oferty wykonawca powinien w sposób szczególnie staranny przeanalizować przedmiar robót w celu uniknięcia ewentualnych rażących różnic w ilościach robót lub nieuwjętych robót (pkt 5.5). Kwoty podane w kosztorysie będą użyte do wyliczeń należnych płatności za etap wykonania robót, należnych płatności okresowych oraz w celu wyceny odchyleń w kosztach (pkt 6.8). Liczby podane w przedmiarze są szacunkowe, wyliczone i przyjęte jako podstawa do stworzenia bieżącej dokumentacji przetargowej i są podane po to, żeby stworzyć wspólną jednolitą podstawę do przetargu. Uczestnicy przetargu powinni wziąć pod uwagę wszystkie elementy składające się na dokumentację przetargową (pkt 6.11). Przedmiar robót służy zapewnieniu wystarczającej informacji na temat ilości prac do wykonania, pozwalającej wykonawcom przygotować właściwe oferty oraz zapewnieniu dla zamawiającego kosztorysu ofertowego z podziałem na elementy i okresy rozliczeniowe wykonanych prac (pkt 7.1). Przedmiar robót będzie wykorzystany do określenia ceny jednostkowej danej pozycji, dla której zamawiający podał przedmiarowe ilości (pkt 7.2). Podstawą dla wykonawcy winna być jego własna oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja (pkt 7.5). Ustalone w drodze przetargu ceny jednostkowe i koszty są niezmiennie do zakończenia zadania.

Zamawiający wymagał złożenia oferty na formularzu ofertowym według wzoru - załącznik nr 1 do SIWZ wraz z kosztorysem ofertowym z cenami jednostkowymi i wartością robót stanowiącą cenę zamówienia oraz zestawienie robocizny, sprzętu, materiałów i ich ceny, dane wyjściowe do kosztorysowania, tj. stawkę robocizny, koszty pośrednie, zakupu i zysku (pkt 14.1 SIWZ).

Wymagana była wycena pozycji kosztorysowych, zgodnie z zamieszczonymi w specyfikacji przedmiarami robót (kosztorysy „ślepe”). Podkreślenia wymaga fakt, że załączone do SIWZ przedmiary nie mogły być przez wykonawców „dowolnie modyfikowane”, co wynika z treści wyjaśnienia zamawiającego z dnia 3.12.2009 r. (odpowiedź na pyt. 3).

W wyjaśnieniach z dnia 8.12.2009 r. zamawiający wyraził zgodę na dokonanie wyceny instalacji technologii uzdatniania wody w postaci kalkulacji indywidualnych. Stwierdził ponadto, że „przekazany kosztorys „ślepy” jest nie tylko zestawieniem materiałów, ale również opisem robót (wiersz 1 kolumna 4).

Natomiast pismem z dnia 15.12.2009 r., na które powołuje się odwołujący, zamawiający wyraził zgodę na zwolnienie wykonawców z obowiązku dołączenia do kosztorysu ofertowego wymaganego w SIWZ (pkt 14.1) zestawienia robocizny, materiałów, sprzętu w odniesieniu do elementów przedmiaru robót: L.p. 4 do L.p. 8, dotyczących: Zjeżdżalni rodzinnej i anakondy: montaż i dostawa, Basenu pływackiego - technologia: instalacja - rurociągi, stacja filtrów, montaż AKP, montaż wyposażenia, Basenu rekreacyjnego - technologia: instalacja - rurociągi, stacja filtrów, montaż AKP, montaż atrakcji basenowych MB, MK, GP, montaż wyposażenia. Zjeżdżalni rodzinnej - technologia, Zjeżdżalni anakonda - technologia. Przedmiary odnoszące się do powyższych działów nie posiadały dla podanych pozycji kosztorysowych określonych podstaw wyceny, a jedynie wykaz materiałów z opisem do jakiego elementu są zastosowane.

W złożonym przez odwołującego kosztorysie ofertowym brak jest wielu pozycji, które należało wycenić i które zostały wskazane w przedmiarach. Zamawiający wskazał na brak wyceny przez odwołującego następujących pozycji:

L.p. 5. Basen pływacki - technologia :

- a) dostawa i montaż elementów instalacji hydraulicznej poz. 2 — 3, 6, 8 - 116, 119, 122 - 123, 126 - 132,
- b) dostawa i montaż stacji filtrów: poz. 134 - 137,
- c) dostawa i montaż AKP: poz. 142 - 145, 147 - 160,
- d) dostawa i montaż wyposażenia - basen pływacki: poz. 162, 170- 171, 173- 174,

L.p. 6. Basen rekreacyjny - technologia :

- a) dostawa i montaż elementów instalacji hydraulicznej: poz. 176- 177, 180, 182-280, 283,286-287, 289-294,
- b) dostawa i montaż stacji filtrów: poz. 296 - 299,
- c) dostawa i montaż AKP poz. 304 - 307, 309 - 322,
- d) MB - masaż boczny trzydyskowy: poz. 324 - 328, 331 - 345,
- e) MK - masaż karku „Kanon wąski”: poz. 348, 350, 352 - 361,
- f) GP - gejzer powietrza: poz. 363, 365 - 375,
- g) dostawa i montaż wyposażenia - basen rekreacyjny: poz. 377,

L.p. 7. Zasilanie zjeżdżalni rodzinnej :

- a) urządzenia, rurociągi i armatura: poz. 525 - 530, 532 - 542,

L.p. 8. Zasilanie zjeżdżalni „anakonda” :

a) urządzenia, rurociągi i armatura: poz. 545 - 550, 552 - 562.

Odwolujący nie kwestionował powyższych okoliczności. Potwierdził w toku postępowania, iż opierając się na wycenie indywidualnej dokonał scalenia pewnych pozycji. Stwierdził również, że dokonując ich wyceny ujął w nich wszystkie elementy zestawienia materiału, choć wskazane zostały jedynie wybrane przez odwołującego elementy instalacji, które wykonawca uznał za podstawowe.

Sposób przygotowania i przedstawienia kosztorysu przez odwołującego jest niezgodny z przedmiarem robót i warunkami określonymi w pkt 14 SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” oraz z pkt 18 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”. W ofercie odwołującego brak jest wyceny pozycji kosztorysowych, określonych w przedmiarach. Jak wskazano powyżej, zamawiający zrezygnował z wymagania dołączenia zestawienia robocizny, sprzętu i materiałów dla omawianych części kosztorysu. Kosztorys „ślepy” nie zawierał wszystkich wymaganych nakładów, tak jak kosztorysy dla innych branż, co nie oznacza jednak, że wskazane w przedmiarze pozycje mogły być wycenione w formie scalonej tj. bez wyszczególnienia wyceny tych pozycji. Zauważyć też należy, że brak wskazania ilości i jednostek w pozycjach przedmiaru nie uniemożliwia ich wyceny, co podnosił odwołujący, ponieważ, zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego wykonawca powinien wycenić te pozycje w oparciu o dokumentację projektową i wykonawczą według indywidualnej kalkulacji nakładów jednostkowych: robocizny i sprzętu.

Biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, brak wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu może uniemożliwić rozliczenie wykonanych robót, stosownie do postanowień, iż podstawą wynagrodzenia będą rzeczywiście wykonane roboty według dokonanego obmiaru robót. Z tych samych względów nie będzie możliwe także rozliczenie wykonanych ewentualnych robót dodatkowych.

Brak wyceny tak wielu pozycji w omawianych kosztorysach częściowych w ofercie odwołującego nie może podlegać poprawie, jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnej zmiany treści oferty. Brakujące pozycje nie mogą być wycenione przez zamawiającego bez ingerencji w treść oferty ze strony wykonawcy. Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia jakichkolwiek wartości dla brakujących pozycji, ponieważ koniecznych informacji nie ma w treści oferty. Wprowadzenie nowych informacji do treści oferty stanowiłoby natomiast niedozwoloną zmianę jej treści, o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp zdanie drugie.

Tym samym, wobec braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, oferta odwołującego została zasadnie odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przeciwko powyższemu wyrokowi Konsorcjum „Fugit” skierowało skargę podlegającą rozpoznaniu przez Sad Okręgowy w Krośnie.

Skarżący zarzucił:

1) sprzeczność istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, a to poprzez uznanie, iż sposób przygotowania i przedstawienia kosztorysu przez skarżącego jest niezgodny z przedmiarem robót i warunkami określonymi w pkt 14 SIWZ oraz pkt 18, wskutek - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - nie zamieszczenia w ofercie skarżącego niezbędnej wyceny pozycji kosztorysowych określonych w przedmiarach, a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie oraz przepisu art. 188 ust. 1, 3 i 7 dot. postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą mające wpływ na treść

orzeczenia;

2) naruszenie przepisów postępowania, a to § 28 ust. 1 pkt. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2.10.2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (dalej: Rozporządzenie) w związku z art. 192 ust. 2 Ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: Ustawa) poprzez niespełnienie wymogów formalnych w zakresie uzasadnienia, a to przez brak w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenia faktów, które Krajowa Izba Odwoławcza uznała za udowodnione, dowodów, na których oparła swoje orzeczenie oraz przyczyn, dla których odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej innym dowodom ;

3) naruszenie przepisów postępowania, a to art. 188 ust. 7 Ustawy poprzez przekroczenie przy wydawaniu orzeczenia zasady swobodnej oceny dowodów określonej w tym przepisie, a także niewszelchstronne rozważenie zebranego w sprawie materiału dowodowego ;

4) uchybienie zasadom praworządności poprzez pobieżne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy, nie wyjaśnienie istotnych okoliczności, rozpatrzenie sprawy bez należytego rozważenia argumentacji zawartej w proteście z dnia 4.01.2010 r. oraz w odwołaniu z dnia 20.01.2010 r. od rozstrzygnięcia protestu, w tym odnoszących się do zasadności i spójności argumentacji zamawiającego .

Wskazując na powyższe, wnioś o :

1) uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w całości, na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 Ustawy o unieważnienie postępowania na zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Tworzenie nowoczesnej bazy turystyczno - rekreacyjnej w Ustrzykach Dolnych - budowa basenu odkrytego przy Międzyszkolnej Krytej Pływalni w Ustrzykach Dolnych” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 18.11.2009 r. BZP nr 213637-2009) oraz orzeczenie o powtórzeniu postępowania ;

2) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych na okoliczność stwierdzenia prawidłowości wykonania przez skarżącego kosztorysu ofertowego przedłożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Tworzenie nowoczesnej bazy turystyczno - rekreacyjnej w Ustrzykach Dolnych - budowa basenu odkrytego przy Międzyszkolnej Krytej Pływalni w Ustrzykach Dolnych” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 18.11.2009 r. w BZP nr 213637-2009), jak również jego zgodności z zapisami SIWZ oraz udzielonymi przez Zamawiającego - przeciwnika skargi, odpowiedziami na pytania ;

3) dopuszczenie dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia na okoliczność wyrażenia przez zamawiającego - przeciwnika skargi, zgody na wykonanie wyceny instalacji technologii jako wyceny w postaci kalkulacji indywidualnych, a tym samym prawidłowości i zgodności wykonania przez skarżącego kosztorysu ofertowego złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Tworzenie nowoczesnej bazy turystyczno - rekreacyjnej w Ustrzykach Dolnych - budowa basenu odkrytego przy Międzyszkolnej Krytej Pływalni w Ustrzykach Dolnych” ;

4) przesłuchanie w charakterze świadka Agaty Żelazny - pracownika skarżącego zajmującego się kosztorysowaniem robót budowlanych (wezwanie na adres skarżącego) na okoliczność zgodności z SIWZ oraz odpowiedziami na zapytania z dnia 8.12.2010 r. i z dnia 15.12.2010 r. oraz sposobu opracowania przez skarżącego kosztorysu ofertowego

przedłożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Tworzenie nowoczesnej bazy turystyczno - rekreacyjnej w Ustrzykach Dolnych - budowa basenu odkrytego przy Międzyszkolnej Krytej Pływalni w Ustrzykach Dolnych” ;

5) zwrócenie się do Jana Gutkowskiego - właściciela „Firmy Gutkowski” Jan Gutkowski z/s w Lesznie, 64-100 Leszno, ul. 17-go stycznia 92, którego oferta została podobnie odrzucona jak i oferta skarżącego - o wskazanie osoby lub osób, która z ramienia jego firmy zajmowała się sporządzaniem kosztorysu ofertowego do przedłożenia wraz z ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Tworzenie nowoczesnej bazy turystyczno - rekreacyjnej w Ustrzykach Dolnych - budowa basenu odkrytego przy Międzyszkolnej Krytej Pływalni w Ustrzykach Dolnych” oraz przesłuchanie tak wskazanej osoby w charakterze świadka na okoliczność wprowadzającej w błąd uczestników postępowania oraz niejednoznacznej treści odpowiedzi udzielanej przez zamawiającego - przeciwnika skargi na zapytania kierowane do niego przed terminem składania ofert, co zdaniem skarżącego miało na celu umożliwienie zamawiającemu - przeciwnikowi skargi odrzucanie niechcianych ofert;

6) orzeczenie o powtórzeniu postępowania o zamówienie publiczne prowadzącego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Tworzenie nowoczesnej bazy turystyczno - rekreacyjnej w Ustrzykach Dolnych - budowa basenu odkrytego przy Międzyszkolnej Krytej Pływalni w Ustrzykach Dolnych” ;

7) zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym postępowania wywołanego odwołaniem, według norm przepisanych wraz z ewentualnymi kosztami zastępstwa procesowego ;

8) rozpoznanie sprawy również pod nieobecność skarżącego ;

9) wydanie wyroku zaocznego w razie zaistnienia przesłanek ustawowych ;

10) zobowiązanie Krajowej Izby Odwoławczej do przedłożenia protokołu postępowania odwoławczego zwieńczonego zaskarżonym wyrokiem;

11) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Tworzenie nowoczesnej bazy turystyczno - rekreacyjnej w Ustrzykach Dolnych - budowa basenu odkrytego przy Międzyszkolnej Krytej Pływalni w Ustrzykach Dolnych” - celem przeprowadzenia dowodu z tych dokumentów na okoliczność objętą zarzutami skargi oraz w celu umożliwienia przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, o której mowa w pkt 2 wniosków.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje :

Stwierdzić przede wszystkim należy, iż w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17.11.1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego, regulujące instytucję apelacji (art. 194 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych). Oznacza to między innymi ograniczenia dowodowe w tym postępowaniu, wynikające z art. 381 kpc. W szczególności, zgodnie z treścią powołanego przepisu - sąd drugiej instancji ma prawo pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem

pierwszej instancji, chyba, że potrzeba powołania się na nie wynika później.

Otóż skarżący mając możliwość przedstawienia wszystkich faktów i dowodów, które w jego ocenie posiadały istotne znaczenie dla Krajowej Izby Odwoławczej, rozpoznającej sprawę jako organ pierwszoinstancyjny w stosunku do Sądu, ograniczył się do ogólnych wywodów, opartych na zebranym już wcześniej materiale. Dopiero obecnie, już na użytek postępowania skargowego, zgłosił cały szereg nowych dowodów, w tym dowodu z opinii biegłego księgowego oraz dowodu z przesłuchania świadków. Wnioski te uznać więc należy za spóźnione i niepodlegające uwzględnieniu, stosownie do art. 381 kpc.

Nie jest również uzasadniony zarzut, iż Krajowa Izba Odwoławcza dokonała ustaleń sprzecznych z treścią materiału dowodowego, przekroczyła granice swobodnej oceny dowodów, pominęła istotne okoliczności sprawy, czy też uchyliła się od wskazania podstawy faktycznej swego rozstrzygnięcia. W rzeczywistości w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku zawarta jest obszerna i szczegółowa analiza zebranego w sprawie materiału, z której z kolei wyprowadza się konkretne i jednoznaczne wnioski, odpowiadające zasadom logiki i racjonalnego rozumowania. Krajowa Izba Odwoławcza odnosi się też obszernie do stanowisk stron niniejszego postępowania, a zwłaszcza ocenia je w świetle całokształtu okoliczności rozpoznawanej sprawy. Nie jest więc prawdą, że argumenty skarżącego przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej zostały przez nią bezkrytycznie pominięte. W rzeczywistości bowiem poddano je obszernemu badaniu, ale ostatecznie odmówiono im słuszności.

Przekonuje zwłaszcza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym kosztorys przedstawiony przez skarżącego wraz z jego ofertą był częściowo niezgodny z warunkami określonymi w pkt. 14 oraz 18 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („opis sposobu przygotowania ofert” oraz „opis sposobu obliczenia ceny oferty”). W szczególności w zakwestionowanym zakresie brak jest wyceny pozycji kosztorysowych określonych w przedmiarach. Zamawiający zrezygnował wprawdzie z wymagania dołączenia zestawienia robocizny, sprzętu i materiałów dla omawianej części kosztorysu i w związku z tym kosztorys „ślepy” nie zawierał wszystkich wymaganych nakładów, tak jak kosztorysy dla innych branż, co nie oznaczało jednak, że wskazane w przedmiarze pozycje mogły być wycenione w formie scalonej, to jest bez wyszczególnienia wyceny tych pozycji. Brak wskazania ilości i jednostek w pozycjach przedmiaru nie uniemożliwiał ich wyceny, ponieważ wykonawca mógł to uczynić w oparciu o dokumentację projektową, według indywidualnej kalkulacji nakładów jednostkowych robocizny i sprzętu.

Krajowa Izba Odwoławcza przekonująco dowodzi, że biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, brak wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysu mógłby uniemożliwić rozliczenie wykonanych robót, stosownie do postanowień, iż podstawą wynagrodzenia będą rzeczywiście wykonane roboty według dokonanego obmiaru robót. Z tych samych względów nie byłoby możliwe także rozliczenie wykonanych ewentualnie robót dodatkowych. Zamawiający nie miał jednocześnie podstaw do przyjęcia jakichkolwiek wartości dla brakujących pozycji kosztorysowych, skoro niezbędnych informacji na ten temat nie było w treści oferty.

W ostatecznym rozrachunku należy sformułować stanowisko, iż skarżący dokonał nieuprawnionej nadinterpretacji wyjaśnień zamawiającego zawartych w jego pismach z dnia 8 i 15.12.2009 r. i bezzasadnie uchylił się od przedstawienia pełnowartościowego kosztorysu. W każdym razie w jego interesie leżało ewentualne zwrócenie się do zamawiającego o wyjaśnienie uzupełniające, aby uniknąć rozbieżnych interpretacji wyżej wymienionych dokumentów. Skarżący tymczasem zaryzykował sporządzenie kosztorysu przy zastosowaniu daleko idących uproszczeń i winien obecnie ponieść

konsekwencje tego ryzyka.

Kierując się przedstawionymi względami Sąd Okręgowy oddalił skargę jako pozbawioną uzasadnionych podstaw, stosownie do art. 198 § 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 223 poz. 1655 z późniejszymi zmianami).

fNa oryginale własne podpis

Za agedaetć: