

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 października 2009 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Mirosław Wieczorkiewicz (spr)

Sędziowie: SO Ewa Dobrzyńska-Murawka

SO Agnieszka Żegarska

Protokolant: staż. Sylwia Witkowska

po rozpoznaniu w dniu 2 października 2009 r. w Olsztynie

na rozprawie

sprawy ze skargi Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie i Eiffage
Budownictwo Mitex SA z siedzibą w Warszawie

z udziałem zamawiającego Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
o zamówienie publiczne

na skutek skargi Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie i Eiffage
Budownictwo Mitex SA z siedzibą w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 10 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 978/09 i KIO/UZP 1005/09

I. zmienia zaskarżony wyrok i:

a/ nakazuje zamawiającemu Uniwersytetowi Warmińsko-Mazurskiemu w Olsztynie unieważnienie decyzji o dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. z siedzibą w Piasecznie i „Vectra” S.A. z siedzibą w Płocku, jako oferty najkorzystniejszej;

b/ zobowiązuje zamawiającego Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie do powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;

II. oddala skargi w pozostałym zakresie;

III. zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie na rzecz skarżącego Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie i Eiffage Budownictwo Mitex S.A. z siedzibą w

naście tysięcy osiemset) tytułem

!rfość świadczę
,ZYJBLHR!TARZ SĄDOWY

UZASADNIENIE

Przedmiotem sprawy było postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pod nazwą: „Budowa pływalni wielozadaniowej Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie” przy ul. Tuwima w Olsztynie na potrzeby Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”.

Protest i odwołanie wnieśli Eiffage Budownictwo Mitex S.A. z siedzibą w Warszawie (*dalej „Eiffage”*) i Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie (*dalej „Budimex”*), przytaczając ponawiane w skardze zarzuty.

Wyrokiem z dnia 10 sierpnia 2009r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania Eiffage Budownictwo Mitex S.A. z siedzibą w Warszawie i Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” z siedzibą w Piasecznie i „Vectra” S.A. z siedzibą w Płocku (*dalej „Konsorcjum”*), które zaoferowało cenę 25.309.223,18,-zł zajęło pierwsze miejsce w rankingu ofert przyjętych przez zamawiającego, zaś Eiffage zajął drugą pozycję z ceną brutto 26.150.700,-zł. Z kolei Budimex zajął czwartą pozycję w rankingu ofert, zaś „Mirbud” S.A. z siedzibą w Skierniewicach (*dalej: Mirbud*) trzecią.

Krajowa Izba Odwoławcza (*dalej „KIO”*) uznała, że zarzut zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum, Eiffage, Mirbud na podstawie art.89 ust. pkt 2 w związku z art. 87 ust 1 i ust.2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (*dalej „pzp”*) jest w świetle zaistniałych okoliczności faktycznych i prawnych nieusprawiedliwiony.

KIO przyjęła, że w SIWZ istnieje szereg sprzecznych zapisów, gdzie jedno z nich wskazuje, na cenę kosztorysową, której podstawą jest sporządzenie kosztorysu ofertowego na podstawie ustalonego przez zamawiającego przedmiaru robót, z przywołaniem regulacji art. 629, art. 630 i art. 631 kc o kosztorysie wykonawczym, a z drugiej strony w SIWZ są zapisy wskazujące na to, że przedmiar robót ustalony przez zamawiającego ma charakter pomocniczy. Są to, zdaniem KIO, dwie wzajemnie wykluczające się regulacje, decydujące o sposobie rozliczenia za wykonane roboty budowlane, a które powodują wręcz sprzeczne oceny prawidłowości złożonych ofert.

Dalej KIO podała, że w pierwszym przypadku złożony wraz z ofertą kosztorys ofertowy jest dokumentem stanowiącym o treści oferty i jego sprzeczność z treścią przedmiaru robót (to jest z treścią SIWZ) powoduje obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 pzp, zgodnie, z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez względu na charakter i rozmiar sprzeczności, z uwzględnieniem regulacji art. 87 ust.2 pkt 3 pzp. Natomiast, w drugim przypadku dokument kosztorysu ofertowego nie stanowi treści oferty i w związku z tym nie ma zastosowania przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, w tym z konsekwencjami wynikającymi z treści art. 87 ust.2 pkt 3 pzp

w myśl, którego zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

W tej sytuacji KIO uznała, że pomimo zapisu w jednym z pierwszych rozdziałów SIWZ o wynagrodzeniu kosztorysowym w przedmiotowym postępowaniu, co daje zupełnie inną pozycję przedmiarowi robót ustalonemu przez zamawiającego, w stosunku do przedmiaru robót obowiązującego w sytuacji wynagrodzenia ryczałtowego, to, pomimo, że nie użyto w żadnej z części SIWZ zapisu przeciwnego, to jest o charakterze wynagrodzenia, jako ryczałtowego to określenie, jako pomocniczego charakteru przedmiaru robót, nie daje podstaw do zachowania wszelkich konsekwencji związanych z ceną kosztorysową.

Reasumując, KIO stwierdziła, że wynagrodzenie kosztorysowe obowiązuje, gdy rozliczenie następuje w oparciu o zestawienie sporządzone przez zamawiającego.

W związku ze stwierdzeniem w SIWZ o charakterze pomocniczym przedmiaru, zdaniem KIO, brak podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że cena ma charakter kosztorysowy.

Według KIO, podnoszony przez Budimex i Eiffage argument, jak dokonywane będą rozliczenia, skoro brak cen jednostkowych na wszystkie pozycje przedmiaru, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, ponieważ wzór przyszłej umowy, stanowiący załącznik nr 8 do SIWZ, nie wskazuje na rozliczenie na podstawie kosztorysu powykonawczego, do czego wymagany byłby kosztorys ofertowy wykonawcy stanowiący lustrzane odbicie przedmiaru robót sporządzonego przez zamawiającego. Natomiast wzór przyszłej umowy przewiduje, że rozliczenie robót następować będzie na podstawie protokołów odbioru robót części wykonanych robót jak i protokołu końcowego odbioru robót. Wzór umowy jako podstawę wystawiania protokołu odbioru robót przewiduje wykonanie części robót zgodnie z obowiązującym harmonogramem robót, który ustala podział zadania objętego przedmiotowym zamówieniem na części.

Ponadto według KIO, żaden z przepisów SIWZ, w tym ani jeden z przepisów wzoru umowy, nie przewiduje rozliczenia na podstawie kosztorysu powykonawczego.

Zdaniem KIO, ceny jednostkowe w kosztorysie ofertowym mogą jedynie służyć do wyceny robót dodatkowych, które wykonuje się na podstawie odrębnej umowy. Tym samym, według KIO, podnoszona przez Budimex argumentacja, że zamawiający rozstrzygając protest nie odniósł się do wskazanych w proteście sprzeczności pomiędzy kosztorysem ofertowym wykonawcy Konsorcjum, a przedmiarem robót, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ skoro brak lustrzanego odbicia pomiędzy przedmiarem robót, a kosztorysem wykonawczym nie powoduje obowiązku zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, to jest do poprawienia „omyłek”, ponieważ kwestia ta nie była istotna dla rozstrzygnięcia odwołania.

W dalszej części KIO wskazała, że skoro przedmiar robót ma charakter pomocniczy, to nie można dyskwalifikować złożonej oferty z powodu braków w kosztorysie ofertowym sporządzonym na podstawie przedmiaru robót, mającego pomocniczy charakter. Tym samym pomimo użycia nazwy ceny jako kosztorysowej, to wszelkie wyjaśnienia zamawiającego w odpowiedziach na pytania, tylko z samego wiadomego powodu KIO, mają jedynie charakter informacyjny dla wyliczenia ceny, a nie dla rozliczenia ceny, na co wskazuje jak wskazano powyżej charakter pomocniczy przedmiaru oraz rozliczenie wynagrodzenia na podstawienia wykonanych części zadania na podstawie harmonogramu, a nie na podstawie kosztorysu podwykonawczego.

W związku z powyższym KIO nie odniosła się, co do wyspecyfikowanych przez 38 przypadków niezgodności kosztorysu ofertowego Konsorcjum z przedmiarami robót oraz wyspecyfikowanych niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarami w ofertach Eiffage i Mirbud.

Tak samo KIO uznała za bezprzedmiotowe odniesienie się do podnoszonych przez Eiffage niezgodności kosztorysu ofertowego Konsorcjum z przedmiarami robót, ponieważ Izba uznała, że skoro przedmiary robót mają charakter pomocniczy, to wynagrodzenie pomimo zapisów w SIWZ nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, którego rozliczenie odbywa się na podstawie kosztorysu powykonawczego i dokonanych obmiarów robót.

Tym samym, w ocenie KIO, zarzuty Eiffage i Budimex, co do nie odrzucenia ofert w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 pzp nie znajdują usprawiedliwienia w świetle obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu zapisów SIWZ o pomocniczym charakterze przedmiarów robót sporządzonych przez zamawiającego oraz zapisów SIWZ w rozdz. XI Opis sposobu obliczenia ceny oferty, o treści „Cenę oferty należy obliczyć metodą kalkulacji szczegółowej zgodnie z rozporządzeniem ministra rozwoju regionalnego i budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz.U. z 2001r., nr 80, poz. 867), /już w tym miejscu należy wskazać, że powyższe rozporządzenie utraciło moc z dniem 12.12.2002r., co wynika z art. 17 pkt 1 ustawy o cenach, Dz.U. nr 97 z 2001r., poz. 1050/ przy zachowaniu następujących założeń: zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny, musi być zgodny z dokumentacją projektową oraz przedmiarami robót, będącymi załącznikami do niniejszej SIWZ, cena powinna obejmować wszystkie koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z dokumentacji projektowej i przedmiarów robót oraz robót, których wykonanie niezbędne jest dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, oraz jego użytkowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami i przy zastosowaniu polskich norm i warunków technicznych wykonania i odbioru robót.”

Według KIO, zarzuty Eiffage i Budimex byłyby zasadne, gdyby SIWZ w sposób jednoznaczny zawierał zapis, że cenę należy wyliczyć na podstawie przedmiaru robót sporządzonego przez zamawiającego.

W konsekwencji, zdaniem KIO, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 pzp w związku z nie odrzuceniem ofert, których treść oferty jest sprzeczną z treścią SIWZ, a w których zamawiający dokonał poprawek w harmonogramie - sygn. akt KIO/UZP/978/09 i sygn. akt KIO/UZP/1005/09 nie jest zasadny.

Ponadto KIO, dokonując oceny tego zarzutu uznała, że sprzeczność między harmonogramem w ofercie, a harmonogramem ustalonym przez zamawiającego nie wyczerpuje przesłanki sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Skargę od wyroku KIO wnieśli oferenci Eiffage Budownictwo Mitex S.A. z siedzibą w Warszawie i Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Oferent Budimex zaskarżył wyrok KIO w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił:

1. rażące naruszenie prawa procesowego, tj. art. 233 kpc, polegające na dowolnej i sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania interpretacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą pn. „Budowa pływalni wielozadaniowej UW-M w Olsztynie przy ul. Tuwima na potrzeby Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”, polegające na stwierdzeniu, że wynagrodzenie

określone w SIWZ nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym;

2. naruszenie przepisów prawa materialnego - art. 89 i art. 87 pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że niezgodność kosztorysów ofertowych Konsorcjum, Eiffage, Mirbud z przedmiotami robót nie stanowi przesłanki do odrzucenia tych ofert.

Mając na uwadze powyższe zarzuty skarżący Budimex wniósł o:

- I. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej;
- II. nakazanie zamawiającemu odrzucenie ofert Konsorcjum, Eiffage i Mirbud, których treść nie odpowiada treści SIWZ;
- III. zobowiązanie zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i przyznanie zamówienia publicznego „Budowa pływalni wielozadaniowej UW-M w Olsztynie przy ul. Tuwima na potrzeby Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie” spółce Budimex Dromex S.A.,
- IV. zasądzenie na rzecz wnoszącego skargę kosztów postępowania, według norm przepisanych;

ewentualnie o zmianę zaskarżanego orzeczenia i o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy - zarzutów skarżącego dotyczących niezgodności treści ofert Konsorcjum, Eiffage i Mirbud z treścią SIWZ;

ewentualnie, w przypadku uznania, że zachodzą okoliczności opisane w art. 93 § 1 pkt 7 pzp o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i unieważnienie postępowania przetargowego i zasądzenie na rzecz wnoszącego skargę kosztów postępowania, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skarżący ten podał, że po zapoznaniu się z treścią wybranej oferty i innych ofert, złożonych w niniejszym przetargu Budimex złożył protest na postępowanie zamawiającego w niniejszym przetargu i zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum, Eiffage i Mirbud, pomimo, że oferty te zostały sporządzone niezgodnie z treścią SIWZ i odpowiedziami zamawiającego na zapytania do treści specyfikacji, kierowane przez uczestników postępowania. Protest został oddalony przez zamawiającego, wobec czego skarżący złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Po rozpoznaniu odwołania wyrokiem z dnia 10 sierpnia 2009r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oddaliła odwołanie skarżącego wniesione od rozstrzygnięcia protestu.

W uzasadnieniu odwołania organ rozstrzygający, zdaniem skarżącego, wskazał, że nie odniósł się do wyspecyfikowanych w odwołaniu przez skarżącego niezgodności treści ofert Konsorcjum, Eiffage i Mirbud z przedmiotami robót, z uwagi na fakt, że przyjął, iż przedmiar robót ma charakter pomocniczy i nie można dyskwalifikować złożonej oferty z powodu braków w kosztorysie ofertowym, sporządzonym na podstawie przedmiaru robót mającego

Według skarżącego Budimexu, skład orzekający dokonał analizy treści SIWZ oraz treści umowy stanowiącej załącznik do umowy oraz w sposób błędny i niewłaściwy dokonał oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego, gdyż doszedł do przekonania, że w SIWZ istnieje szereg sprzecznych zapisów, które w sposób niejednoznaczny określają sposób ustalenia wynagrodzenia za przedmiot umowy, zaś wzór przyszłej umowy przewiduje, iż rozliczenie robót następować będzie na podstawie protokołów odbioru robót, co miało wskazywać na ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Dalej Budimex w uzasadnieniu swojej skargi wskazał, że zgodnie z ustaloną linią piśmiennictwa wynagrodzenie ryczałtowe stosownie do uregulowań art. 628-632 kc jest ustalane zwykle wówczas, gdy przedmiotem umowy są prostsze prace nie wymagające szczegółowej kalkulacji lub, gdy strony pozostają w stałych stosunkach i mają już doświadczenie, co do kosztów wykonania określonego dzieła. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego, zdaniem tego skarżącego, wynika, że należy się ono wykonawcy w umówionej wysokości i w zasadzie nie może on żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Z kolei wynagrodzenie kosztorysowe, według Budimexu, występuje zwykle przy dziełach o bardziej skomplikowanej kalkulacji. Najczęściej przyjmuje się, że kosztorys stanowi zestawienie (z reguły pisemne) potrzebnych do wykonania dzieła materiałów i nakładów pracy z podaniem ich cen jednostkowych. Sporządzany on jest zwykle przed zawarciem umowy przez przyjmującego zamówienie i stanowi istotny element jego oferty. Wraz z zawarciem umowy kosztorys staje się jej integralnym elementem.

Wskazał też skarżący Budimex, że w chwili obecnej obowiązek opracowania kosztorysu w określonej formie przewidują jedynie postanowienia rozporządzenia ministra infrastruktury z 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określanych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. nr 130, poz. 1389), a nie jak mylnie podała KIO i zamawiający, rozporządzenie z 2001r.

Według skarżącego przepis ten adresowany jest do inwestora w postępowaniu o zamówienie publiczne, a podane rozporządzenie przewiduje opracowywanie kosztorysu metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiotem jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług.

Zdaniem Budimexu, kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych /kosztów bezpośrednich/ oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku. Przy ustalaniu jednostkowych nakładów rzeczowych należy stosować w szczególności analizę indywidualną oraz kosztorysowe normy nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach. Również przy ustalaniu stawek i cen czynników produkcji (ceny robocizny, pracy sprzętu itp.) oraz wskaźników narzutów kosztów pośrednich należy stosować analizę własną oraz dane rynkowe lub powszechnie znane publikacje.

Skarżący Budimex w dalszej kolejności podał, że treść SIWZ i wyjaśnień zamawiającego wskazuje na kosztorysowy charakter wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, ponieważ:

1/ wykonawcy w swojej ofercie powinni złożyć uproszczony kosztorys ofertowy wraz z tabelą elementów scalonych, zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu, kalkulację ceny sporządzoną w oparciu o dokumentację projektową oraz przedmiary robót, (rozdz. XI pkt 3 SIWZ) cenę oferty należy obliczyć metodą kalkulacji szczegółowej, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych z dnia 13 lipca 2001r. (Dz.U. Nr 80, poz. 867, *przy zastrzeżeniu wskazanym wcześniej*) (rozdz. XI pkt 2 SIWZ);

2/ uproszczony kosztorys ofertowy zawierający kalkulację ceny sporządzony w oparciu o dokumentację projektową oraz przedmiary jest dokumentem wymaganym przez zamawiającego (rozdz. V pkt 11 SIWZ);

3/ zamawiający jednoznacznie stwierdził, że wynagrodzenie ma

charakter kosztorysowy SIWZ dział II pkt 7: „wynagrodzenie odpowiadające zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach, które są załącznikami do SIWZ jest wynagrodzeniem kosztorysowym w rozumieniu 629, 630, 631 kodeksu cywilnego” oraz § 1, § 4, § 10 i § 11 wzoru umowy - załącznik nr 8 do SIWZ.

Ponadto, według tego skarżącego, treść wyjaśnień zamawiającego wskazuje, że kosztorys ofertowy stanowił istotny element oferty - zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 2 - wyjaśnień do SIWZ - zamawiający zakazał dokonywania jakichkolwiek zmian w kosztorysie ofertowym

Powyższe zapisy, zdaniem skarżącego Budimexu, jednoznacznie wskazują na wolę ustalenia wynagrodzenia w sposób kosztorysowy, ponadto z treści wzoru umowy wynika, że kosztorys stanowi załącznik do umowy, zaś wynagrodzenie zostało ustalone według kosztorysu ofertowego, a dodatkowo, iż zakazuje się zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Budimexu, jeżeli oferent w kosztorysie ofertowym podał ilości nie odpowiadające ilościom przedmiarowym lub nie wycenił jakiegos zakresu robót, to kosztorys taki został sporządzony niezgodnie z treścią SIWZ, a dodatkowo na jego podstawie nie będzie możliwe ustalenie wynagrodzenia za zakończone elementy robót.

Dlatego też, zdaniem tego skarżącego, kosztorys ofertowy, który jest niezgodny z treścią przedmiaru, a takie przesłanki spełniają kosztorysy Konsorcjum, Eiffage i Mirbud powinny zostać zdyskwalifikowane, zaś zamawiający powinien zastosować normę art. 89 pzp i odrzucić oferty tych firm

W świetle przytoczonych zapisów SIWZ, Budimex wskazał również, że należy przyjąć, iż skład orzekający KIO wywodząc, że braki w kosztorysie i niezgodności z treścią przedmiarów nie wpływają na ważność złożonej oferty, gdyż przedmiary mają charakter informacyjny i pomocniczy dla wyliczenia ceny, nie uwzględnił wszystkich zapisów SIWZ i wyjaśnień do SIWZ dokonanych przez zamawiającego, a ponadto dokonał błędnej jego interpretacji.

Dodatkowo skarżący Budimex podał, że skoro zamawiający wymagał, aby kosztorys został sporządzony w oparciu o przedmiary i dokumentację projektową jak również, aby oferenci nie dokonywali zmian w treści kosztorysu, należy przyjąć, iż błędy w pozycjach przedmiarowych, czy też brak wyceny jakiegokolwiek elementu robót skutkuje niezgodnością oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i wypełnia dyspozycję art. 89 ustawy.

Według skarżącego Budimexu, nie ulega też wątpliwości, że kosztorys ofertowy jest dokumentem stanowiącym o treści oferty, gdyż na jego podstawie kształtuje się ostateczna wysokość wynagrodzenia, wobec czego jego sprzeczność z treścią przedmiaru robót skutkuje obowiązkiem odrzucenia przez zamawiającego oferty. W tym zakresie skarżący zaznaczył, że jedynym kryterium wyboru oferenta była wartość oferty zgodna z kosztorysem ofertowym opartym na przedmiarze robót, stąd porównywalność ofert wynikająca z wypełnienia (skalkulowania) przedmiaru (dostarczonego z modyfikacjami przez zamawiającego) jest podstawowym wymogiem SIWZ, zaś zamawiający w swych wyjaśnieniach konsekwentnie i jednoznacznie stał na stanowisku nienaruszalności przedmiaru przez uczestników postępowania. W tej części wskazano odpowiedź zamawiającego nr 46 zestawu 11 /„Niedopuszczalne są różnice w ilościach. Zamawiający dopuszcza zmianę ilości na właściwą (wynikającą z dokumentacji projektowej będącej podstawą do sporządzenia oferty) tylko po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym”/ i odpowiedź zamawiającego nr 2 zestawu 18 /„Nie można bez powiadamiania zamawiającego zmieniać opisów pozycji przedmiarowych, ilości, dopisywać pozycje, zmieniać tablice katalogów, stosować pozycje uproszczone na roboty, na które nie ma właściwych nakładów katalogowych”/.

Wyżej przytoczone dowody i okoliczności - wskazują, zdaniem Budimexu, również na zastrzone wymagania zamawiającego i niedostosowanie się do nich jest niezgodnością z SIWZ (oprotetowane oferty wykazują tę niezgodność - co potwierdza KIO w swoim orzeczeniu), i nie ma znaczenia rodzaj założonego wynagrodzenia kosztorysowy, czy ryczałtowy. W każdym przypadku, według tego skarżącego, należy sprawdzić ofertę pod względem spełnienia przepisów ustawy, a co za tym idzie zgodności z SIWZ.

Zdaniem skarżącego Budimexu, KIO dokonała błędnej interpretacji zapisów umowy i określonego w niej rodzaju wynagrodzenia w kontekście zapisów art. 140 ust. 2 pzp jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na koniec skarżący podał, że skoro zamawiający wyraźnie określił, iż do zamówienia stosowane są zasady wynagrodzenia kosztorysowego oraz dokonał takiego zapisu w umowie, że kosztorys ofertowy stanowi załącznik nr 4 do umowy, zaś w § 4 umowy zamawiający potwierdza założenia wynikające z SIWZ, ustala się wynagrodzenie według kosztorysu ofertowego, a rozliczenie dokonywane będzie na podstawie protokołu odbioru wystawionego w oparciu o wykonany zakres prac należy przyjąć, że interpretacja dokonana przez skład orzekający jest błędna.

Ofereant Eiffage Budownictwo Mitex S.A. z siedzibą w Warszawie zaskarżył wyrok KIO w całości i zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie naruszenie art. 233 kpc polegające na dowolnej i sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania interpretacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa pływalni wielozadaniowej Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie przy ul. Tuwima na potrzeby Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”, polegające na stwierdzeniu, iż wynagrodzenie określone w SIWZ nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, a w konsekwencji nierozpoznanie sprawy, co do meritum;

2. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że niezgodność kosztorysu ofertowego Konsorcjum z przedmiarami robót nie stanowi przesłanki do odrzucenia tej oferty oraz przyjęcie, że treść oferty Konsorcjum odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że poprawienie przez zamawiającego w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powoduje istotnych zmian w treści oferty;
- art. 87 ust. 1 pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uwzględnieniu wyjaśnień wykonawcy - Konsorcjum prowadzących następnie do zmian w złożonej przez tego wykonawcę ofercie.

Mając na uwadze powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej szej;

2. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum, jako ofert najkorzystniejszej, której treść nie odpowiada treści SIWZ zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt pzp;
3. wybór oferty Eiffage Budownictwo Mitex S.A., jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu oferty, która nie podlega odrzuceniu;
4. zasądzenie na rzecz wnoszącego skargę kosztów postępowania według norm przepisanych;

ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy - zarzutów skarżącego dotyczących niezgodności i braków w treści oferty Konsorcjum;

ewentualnie, w przypadku uznania, że zachodzą okoliczności opisane w art. 93 § 1 pkt 7 pzp wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i unieważnienie postępowania przetargowego;
2. zasądzenie na wnoszącego skargę kosztów postępowania, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skarżący Eiffage wskazał, że zarzuca rozstrzygnięciu KIO naruszenie przepisów postępowania, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, a mianowicie naruszenie art. 233 kpc polegające na dowolnej i sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania interpretacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa pływalni wielozadaniowej Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie przy ul. Tuwima na potrzeby Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie”, polegające na stwierdzeniu, iż wynagrodzenie określone w SIWZ nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, co w konsekwencji doprowadziło do nie rozpoznania sprawy, co do meritum.

Według skarżącego Eiffage, KIO w swym uzasadnieniu przyznała, że w SIWZ istnieje szereg sprzecznych zapisów, gdzie jedne wskazują na cenę kosztorysową której podstawą jest sporządzenie kosztorysu ofertowego na podstawie ustalonego przez zamawiającego przedmiaru robót, z przywołaniem regulacji art. 629, art. 630 i art. 631 kc o kosztorysie wykonawczym a z drugiej strony w SIWZ są zapisy wskazujące na to, iż przedmiar robót ustalony przez zamawiającego ma charakter pomocniczy. Zdaniem KIO są to dwie wzajemnie wykluczające się regulacje. Według tego skarżącego, w przypadku ustalenia wynagrodzenia, jako kosztorysowe złożony przez oferenta wraz z ofertą kosztorys ofertowy jest dokumentem stanowiącym o treści oferty i jego sprzeczność z treścią przedmiaru robót (to jest treścią SIWZ) powoduje obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, bez względu na charakter i rozmiar sprzeczności.

Dalej skarżący podał, że zdaniem KIO o tym, że określone przez zamawiającego wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym przemawia fakt, iż wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ przewiduje wykonanie części robót zgodnie z obowiązującym harmonogramem robót, który ustala podział zadania objętego przedmiotowym zamówieniem na części. KIO w swym uzasadnieniu podaje, że żaden z przepisów SIWZ, w tym żaden z przepisów wzoru umowy, nie przewiduje rozliczenia na podstawie kosztorysu wykonawczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem skarżącej Eiffage, KIO dokonała analizy treści SIWZ oraz treści umowy stanowiącej załącznik do SIWZ w sposób błędny, w wyniku, czego doszło do dokonania niewłaściwej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Według Eiffage, treść SIWZ jednoznacznie wskazuje na kosztorysowy charakter wynagrodzenia i rolę przedmiaru robót w postępowaniu przetargowym będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Zgodnie z pkt II 7 SIWZ „wynagrodzenie odpowiadające zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach, które są załącznikami do SIWZ jest wynagrodzeniem kosztorysowym w rozumieniu art. 629, 630 i 631 kodeksu cywilnego”. Następnie zgodnie z pkt VII SIWZ wykonawca, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu obowiązany jest załączyć uproszczony kosztorys ofertowy - rwa z tabelą elementów scalonych, zestawieniem materiałów, zestawieniem robocizny

1 zestawieniem sprzętu; kalkulacja ceny sporządzona w oparciu o dokumentację projektową oraz przedmiary robót. Opis sposobu obliczenia ceny oferty (pkt XI

2 SIWZ) również wskazuje, że cena oferty powinna zostać obliczona metodą kalkulacji szczegółowej zgodnie z rozporządzeniem ministra rozwoju regionalnego i budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych */vide: poprzednie uwagi/*, przy założeniu następujących założeń: zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny musi być zgodny z dokumentacją projektową oraz przedmiarami robót, będącymi załącznikami do niniejszej SIWZ oraz cena oferty powinna obejmować wszystkie koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z dokumentacji projektowej i przedmiarów robót (...). Ponadto SIWZ w pkt XI 4 wskazuje, że wszystkie ceny (nie cena!) określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom.

Dalej skarżący Eiffage, wskazał, że zgodnie z umową stanowiącą załącznik nr 8 do SIWZ (§ 4 ust. 1 i ust. 2 umowy) strony ustalają wynagrodzenie na podstawie złożonej przez wykonawcę oferty (ta zaś sporządzona jest na podstawie projektu i przedmiaru robót przedłożonego przez zamawiającego) oraz strony ustalają wynagrodzenie według kosztorysu ofertowego (...). Ponadto wskazano w skardze, że wszelkie wyjaśnienia składane przez zamawiającego w trakcie postępowania wskazują również na fakt, iż kosztorys ofertowy stanowił istotny element oferty. W swych wyjaśnieniach zamawiający z dnia 17.05.2009r. zakazał dokonywania jakichkolwiek zmian w kosztorysie ofertowym. Także, zdaniem skarżącego Eiffage, treść umowy stanowiącej załącznik nr 8 do SIWZ wyraźnie wskazuje, iż integralną część umowy stanowi kosztorys ofertowy (§ 1 ust 4 pkt 4 umowy). Przytoczona powyżej argumentacja, zdaniem skarżącego, wskazuje wprost, że dokonana przez KIO ocena treści SIWZ w tym uznanie, iż z treści tej wynika, że zamawiający ustalił wynagrodzenie ryczałtowe, jako obowiązujące, jest błędna. Miało to, według Eiffage, z kolei istotny wpływ na wynik postępowania odwoławczego skarżącej i *de facto* brak merytorycznego rozpatrzenia przez KIO zarzutu skarżącej polegającego na wskazaniu niezgodności kosztorysu ofertowego Konsorcjum z przedmiarami robót.

Zdaniem skarżącego Eiffage z załączonych dokumentów (SIWZ i wyjaśnienia) wprost wynika wola określenia wynagrodzenia jako wynagrodzenia kosztorysowego.

Mając, zatem na uwadze powyższe braki i błędy w kosztorysie ofertowym Konsorcjum, skarżący Eiffage twierdzi, że kosztorys taki został sporządzony niezgodnie z treścią SIWZ, bowiem zgodnie z pkt II 4 SIWZ wymienione w załączniku nr 1 dokumentacje oraz przedmiary stanowią integralną część SIWZ.

Ponadto skarżący ten podał, że zamawiający w pkt II 4 SIWZ zastrzegł wymóg złożenia oferty zgodnej z przedmiotem zamówienia zawartym w załączniku nr 1. Ponadto według skarżącego kosztorys ofertowy, który jest

niezgodny z treścią przedmiaru robót sporządzonego przez zamawiającego i będącego podstawą oszacowania wynagrodzenia przez oferenta, a przesłanki takie wyczerpuje kosztorys Konsorcjum, co zostało podniesione i wykazane w postępowaniu odwoławczym, powinny zostać zdyskwalifikowane, ponieważ po stronie zamawiającego natomiast leży obowiązek odrzucenia oferty tejże firmy na podstawie art. 89 pzp.

Biorąc pod uwagę przytoczone powyżej argumenty skarżący Eiffage uważa, że rozstrzygnięcie KIO jest błędne, zaś uzasadnienie rozstrzygnięcia wprost wskazuje na niespójności i błędy w toku rozumowania KIO.

Otóż, zdaniem tego skarżącego, w treści uzasadnienia orzeczenia KIO w odniesieniu do zarzutu skarżącego polegającego na niezgodności kosztorysu ofertowego Konsorcjum z przedmiarami robót czytamy: „zarzuty odwołujących byłyby zasadne, gdyby SIWZ w sposób jednoznaczny zawierał zapis, że cenę należy wyliczyć na podstawie przedmiaru robót sporządzonego przez zamawiającego”.

Dalej skarżącego Eiffage, SIWZ, jak już wyżej zostało wykazane, zapisy takie zawiera (m.in. w pkt II 7 SIWZ).

Poprzez naruszenie w istotny sposób przepisów postępowania, zdaniem Eiffage, doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp, w tym art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że niezgodność kosztorysu ofertowego Konsorcjum z przedmiarami robót nie stanowi przesłanki do odrzucenia tej oferty oraz przyjęcie, że treść oferty Konsorcjum odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto naruszony został art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp poprzez jego zastosowanie i przyjęcie, że poprawienie przez zamawiającego w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Otóż, zdaniem skarżącego Eiffage, zmiana ceny, jaka miała miejsce w przypadku poprawienia omyłek przez zamawiającego w ofercie Konsorcjum należy uznać za istotną zmianę. Na podkreślenie, według tego skarżącego, zasługuje fakt, że jedynym kryterium wyboru oferenta była wartość oferty zgoda z kosztorysem ofertowym opartym na przedmiarze robót. Tym samym, zdaniem Eiffage, naruszona została również dyspozycja art. 87 ust. 1 pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uwzględnieniu wyjaśnień Konsorcjum, prowadzących następnie do zmian w złożonej przez tego wykonawcę ofercie. W tej części skarżący podał, że wyjaśnianie treści złożonej oferty nie może prowadzić do dokonania jakichkolwiek zmian w złożonej ofercie, nawet, jeżeli zmiany te były korzystne dla zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, skarżący Eiffage podał, że wszelkie braki w kosztorysie ofertowym Konsorcjum spowodowały niezgodność oferty z SIWZ, co z kolei powinno prowadzić do odrzucenia tejże oferty. Ponadto niezgodność oferty Konsorcjum z SIWZ spowodowała istotną zmianę w treści oferty: zmianę ceny, która była podstawowym i jedynym kryterium wyboru oferty. Zdaniem skarżącego, doszło do błędnej interpretacji przez KIO zapisów SIWZ i zapisów umowy stanowiącej załącznik do SIWZ. W odniesieniu zaś do umowy, w kontekście zapisów dotyczących wynagrodzenia, należy uznać na podstawie art. 140 ust. 3 pzp, że umowa powinna być nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ.

Odpowiedzi na skargi, z sobie wiadomego powodu, zamawiający nie złożył.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Obie skargi są w zasadniczej części zasadne.

Na wstępie trzeba zauważyć, że wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia przysługują względem zamawiającego środki ochrony prawnej: protest, odwołanie i skarga do sądu. Skarga do sądu jest środkiem odwoławczym przysługującym od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 czerwca 2007r. (*III CZP 25/07, LEXnr 306787*), stwierdził, że przeciwnikiem skargi w rozumieniu art. 195 ust. 2 pzp nie jest wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgodnie z art. 184 ust. 4 tej ustawy. W uzasadnieniu wskazał, że art. 184 ust. 4 pzp wyraźnie wyodrębnia wykonawcę przystępującego do postępowania oraz stronę postępowania, do której wykonawca ów przystępuje. Postępowanie inicjowane skargą do sądu jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze typu procesowego. Stroną postępowania jest skarżący, którym może być również zamawiający oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający). Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych, nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron. W konsekwencji nie ma dostatecznego argumentu na rzecz poglądu, że przeciwnikiem skargi w rozumieniu art. 195 ust. 2 pzp jest także wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi.

Wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego staje się uczestnikiem tego postępowania. Byłoby nadmiernym uproszczeniem przyjmowanie, że jest on interwenientem ubocznym w postępowaniu skargowym. Zgłoszenie przystąpienia podyktowane jest interesem prawnym wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie, niekoniecznie tożsamy z interesem prawnym strony, do której przystępuje. Przystępujący wykonawca działa we własnym interesie i zajmuje samodzielną pozycję w postępowaniu. Nie jest, więc tylko pomocnikiem strony, do której przystąpił /por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2009r., *III CZP 147/08 (LEX nr 483369, M.Prawn. 2009/16/890)*.

Odnosząc się już do wniesionych skarg, na początku należy wskazać, że art. 7 pzp wskazuje, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Są to podstawowe zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym kontekście należało rozpoznać dwie skargi złożone przez oferentów.

Przytoczona przez skarżących argumentacja w zakresie interpretacji SIWZ polegająca na stwierdzeniu, że wynagrodzenie określone w SIWZ jest wynagrodzeniem kosztorysowym, a nie ryczałtowym oraz wadliwym poprawieniu przez zamawiającego w ofercie Konsorcjum „omyłek” jest w pełni zasadna.

W zasadniczej części, w tym zakresie, Sąd odwoławczy podziela argumentację przytoczoną przez skarżących.

Przede wszystkim w trakcie postępowania o zamówienie publiczne nie może dojść do zmiany przez zamawiającego istotnych warunków zamówienia, a takim *essentialia negotii* jest cena i zasady ustalania wynagrodzenia.

W tym zakresie warunki SIWZ-u muszą być transparentne i nie mogą podlegać dowolnej wykładni zamawiającego lub wykonawcy.

Bezsprzecznie wykładnia SIWZ-u odnośnie istotnych warunków oferty i umowy powinna być dokonana zgodnie z dyspozycją art. 65 § 2 kc.

Zgodnie z przyjętą na tle art. 65 kc kombinowaną metodą wykładni oświadczeń woli składanych innej osobie, pierwszeństwo ma znaczenie oświadczenia woli, jakie rzeczywiście nadały mu obie strony w chwili jego złożenia. Jeżeli strony nie przyjmowały tego samego znaczenia, za prawnie wiążące należy uznać znaczenie ustalone według obiektywnego wzorca wykładni, czyli takie, jakie w świetle reguł wynikających z art. 65 § 2 kc powinien mu przypisać adresat. Chodzi przy tym o takie znaczenie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Zabiegi te - wbrew odmiennemu stanowisku KIO - nie obejmują obowiązku zwracania się do nadawcy o wyjaśnienie sensu złożonego oświadczenia woli, decydujący, bowiem jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należytą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli. Przeważa tu ochrona zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad rozumieniem nadawcy, on bowiem formułuje oświadczenie woli i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodnie z jego wolą zrozumiane przez odbiorcę. Znaczenie oświadczeń woli ujętych w formie pisemnej ustala się przyjmując za podstawę przede wszystkim tekst dokumentu. W procesie jego interpretacji podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym, z tym, że w pierwszej kolejności uwzględnia się reguły o zasięgu regionalnym lub środowiskowe, w tym także ustalone zwyczajem, co do posługiwania się określonymi zwrotami przez środowisko lub grupę zawodową, do której należą strony, a dopiero potem powszechne reguły językowe. Wykładni poszczególnych wyrazów dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w tym także związków treściowych występujących między zawartymi w tekście postanowieniami. Nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi, klóciłoby się to, bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. W procesie wykładni uwzględnieniu podlegają również okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, jeżeli dokument obejmuje takie informacje, a także cel oświadczenia woli wskazany w tekście lub zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień. Wątpliwości interpretacyjne, nie dające się usunąć za pomocą ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli, powinny być rozstrzygane na niekorzyść strony, która zredagowała tekst wywołujący wątpliwości (*in dubio contra proferentem*). Trzeba dodać, że w omawianej fazie wykładni decydujące jest obiektywne rozumienie oświadczenia woli w chwili, w której zostało ono złożone adresatowi (zob. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995r., III CZP 66/95, *OSNC 1995, nr 12, poz. 168* oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2003r., IV CKN 1706/00, *nie publ.*, z dnia 10 grudnia 2003r., V CK 46/03, *nie publ.*, z dnia 8 października 2004r., V CK 670/03, *OSNC 2005, nr 9, poz. 162*, z dnia 23 stycznia 2008r., V CSK 474/07, *OSNC-ZD 2008, nr D, poz. 109*, z dnia 7 marca 2008r., II CSK 348/06, *nie publ.*, z dnia 17 grudnia 2008r., I CSK 250/08, *nie publ.* oraz z 29 kwietnia 2009r., II CSK 614/08, *LEX 503207*).

W tej części trzeba wskazać, że w przedmiotowym SIWZ istnieje szereg sprzecznych zapisów, gdzie jedno z nich wskazuje na cenę kosztorysową, której podstawą jest sporządzenie kosztorysu ofertowego na podstawie ustalonego przez zamawiającego przedmiaru robót, z przywołaniem regulacji art. 629, art. 630 i art. 631 kc o kosztorysie wykonawczym, a z drugiej strony w SIWZ są zapisy wskazujące na to, że przedmiar robót ustalony przez zamawiającego ma

charakter pomocniczy. Są to dwie wzajemnie wykluczające się regulacje, decydujące o sposobie rozliczenia za wykonane roboty budowlane, a które powodują wręcz sprzeczne oceny prawidłowości złożonych ofert.

Biorąc jednak wskazane zapisy w SIWZ, wzór umowy i dokonywane wyjaśnienia zamawiającego należy przyjąć, że przedmiotowe zamówienie wskazuje na wynagrodzenie kosztorysowe, które powinno być brane pod uwagę przy wyborze ofert.

Inna interpretacja, tej części SIWZ-u, dokonana przez KIO nie jest przekonująca.

W części najważniejszej SIWZ, bo pkt 7 rozdz. II („Określenie przedmiotu zamówienia”) stanowi wprost o wynagrodzeniu kosztorysowym, dlatego te zapisy SIWZ świadczą że wskazana tam w kosztorysie ofertowym cena musi mieć charakter kosztorysowy. Zaś dalsze zapisy SIWZ (rozdz. XI pkt 2 tiret 2 SIWZ, załącznik nr 1 do SIWZ opis przedmiotu zamówienia - str. 2) to potwierdzają gdyż stanowią jednoznacznie: „cena oferty powinna obejmować wszystkie koszty wykonania robót bezpośredni wynikających z dokumentacji projektowej i przedmiotów robót oraz robót, których wykonanie niezbędne jest dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy oraz jego użytkowania”.

Zawarte zaś w pkt 3 załącznika nr 1 stwierdzenie, w którym zapisano, że „przedmiary robót, będące elementem pomocniczym przy sporządzaniu oferty” oraz ostatnie zdanie „podstawą do sporządzenia oferty, jest dokumentacja projektowa oraz przedmiary jako materiał pomocniczy” nie mogą zmienić tej oceny, w zakresie charakteru ustalonego wynagrodzenia.

Trzeba także wskazać, że zasadnie skarżący podnosili, że wynagrodzenie ryczałtowe stosownie do uregulowań art. 628-632 kc jest ustalane zwykle wówczas, gdy przedmiotem umowy są prostsze prace nie wymagające szczegółowej kalkulacji lub, gdy strony pozostają w stałych stosunkach i mają już doświadczenie, co do kosztów wykonania określonego dzieła. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego, zdaniem tego skarżącego, wynika, że należy się ono wykonawcy w umówionej wysokości i w zasadzie nie może on żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Z kolei wynagrodzenie kosztorysowe, występuje zwykle przy dziełach o bardziej skomplikowanej kalkulacji. Najczęściej przyjmuje się, że kosztorys stanowi zestawienie potrzebnych do wykonania dzieła materiałów i nakładów pracy z podaniem ich cen jednostkowych. Wraz z zawarciem umowy kosztorys staje się jej integralnym elementem.

W chwili obecnej obowiązek opracowania kosztorysu w określonej formie przewidują jedynie postanowienia rozporządzenia ministra infrastruktury z 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określanych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. nr 130, poz. 1389), a nie jak mylnie podała KIO oraz zamawiający, rozporządzenie z 2001r.

W/w rozporządzenie przewiduje opracowywanie kosztorysu metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług. W tej sytuacji, kalkulacja szczegółowa ceny jednostkowej polega na określeniu wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych /kosztów bezpośrednich/ oraz doliczeniu narzutów kosztów pośrednich i zysku. Przy ustalaniu jednostkowych nakładów rzeczowych należy stosować w szczególności analizę indywidualną oraz kosztorysowe normy nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach. Również przy ustalaniu stawek i cen czynników produkcji (ceny robocizny, pracy sprzętu itp.) oraz

wskaźników narzutów kosztów pośrednich należy stosować analizę własną oraz dane rynkowe lub powszechnie znane publikacje.

Zamawiający również w trakcie badania ofert w swoich wyjaśnieniach podawał, że wykonawcy w swojej ofercie powinni złożyć uproszczony kosztorys ofertowy wraz z tabelą elementów scalonych, zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu, kalkulację ceny sporządzoną w oparciu o dokumentację projektową oraz przedmiary robót (rozdz. XI pkt 3 SIWZ), zaś cenę oferty należy obliczyć metodą kalkulacji szczegółowej (rozdz. XI pkt 2 SIWZ).

Dalej zamawiający podawał, że uproszczony kosztorys ofertowy zawierający kalkulację ceny sporządzony w oparciu o dokumentację projektową oraz przedmiary jest dokumentem wymaganym przez zamawiającego (rozdz. V pkt 11 SIWZ) oraz, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy (co już wskazywano, dział II pkt 7 SIWZ: „wynagrodzenie odpowiadające zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach, które są załącznikami do SIWZ jest wynagrodzeniem kosztorysowym w rozumieniu 629, 630, 631 kodeksu cywilnego” oraz § 1, § 4, § 10 i § 11 wzoru umowy - załącznik nr 8 do SIWZ).

Bezsprzecznie zamawiający w swoich wyjaśnieniach podawał, że kosztorys ofertowy stanowi istotny element oferty, bowiem zamawiający zakazał dokonywania jakichkolwiek zmian w kosztorysie ofertowym (vide odpowiedź na pytanie nr 2 - wyjaśnień do SIWZ).

Powyższe zapisy, zdaniem Sądu Okręgowego, jednoznacznie wskazują na wolę ustalenia wynagrodzenia w sposób kosztorysowy, a ponadto z treści wzoru umowy wynika, że kosztorys stanowi załącznik do umowy, zaś wynagrodzenie zostało ustalone według kosztorysu ofertowego, a także dodatkowo, iż zakazuje się zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty.

W tych warunkach, jeżeli oferent w kosztorysie ofertowym podał ilości nie odpowiadające ilościom przedmiarowym lub nie wycenił jakiegoś zakresu robót, to kosztorys taki został sporządzony niezgodnie z treścią SIWZ, a dodatkowo na jego podstawie nie będzie możliwe ustalenie wynagrodzenia za zakończone elementy robót.

Powyższe stanowisko będzie miało istotne znaczenie przy ponownym badaniu i oceny złożonych ofert.

Ma to istotne znaczenie i w tym kontekście, że cena jest jedynym kryterium oceny przedstawionych przez wykonawców ofert.

Sąd Okręgowy nie dyskredytował od razu ofert, które nie spełniają przedstawionych warunków, aby umożliwić zamawiającemu prawidłowo ocenę złożonych ofert przez wszystkich wykonawców w granicach określonych przede wszystkim w art. 7 pzp.

Przechodząc do analizy dalszych zarzutów skarżących trzeba podać, że art. 87 ust. 1 pzp wskazuje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pzp zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W konsekwencji procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty (z wyjątkiem poprawiania omyłek pisarskich i rachunkowych). Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert.

W trakcie procedury uzyskiwania i oceny wyjaśnień niedozwolone są jakiegokolwiek negocjacje dotyczące oferty. Negocjacje te, jeśli miałyby odnieść skutek, musiałyby prowadzić do zmiany treści oferty, co jest zakazane cytowanym wyżej przepisem. Zakaz prowadzenia negocjacji poszerza, więc katalog czynności zabronionych w ten sposób, że nie tylko dokonywanie zmian w ofercie, ale również samo podjęcie próby wprowadzenia takich zmian jest naruszeniem przepisów ustawy.

Poprawienie „omyłek” w tym i innych, także omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny jest obligatoryjne, a bez spełnienia tego obowiązku w wielu przypadkach niemożliwa byłaby prawidłowa ocena ofert. Oczywiście omyłką pisarską, a więc zapisem oferty podlegającym poprawieniu jest, w świetle poglądu utrwalonego w orzecznictwie sądowym, taka omyłka, co, do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001 r. (II SA 863/00) odnoszącym się, co prawda do pojęcia „błąd pisarski” z art. 113 k.p.a., możliwym jednak do zastosowania przy definiowaniu omyłki pisarskiej, „błąd pisarski - to widoczne, wbrew zamierzeniu (...), niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”. W żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane natomiast wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, która wpłynie na zmianę treści oświadczenia woli. Omyłką rachunkową jest błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego.

Warte przypomnienia jest jednak i to, że wprowadzenie do pzp art. 87 ust. 2 w aktualnym brzmieniu miało na celu poprawienie tego rodzaju niezgodności w treści oferty wykonawców, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, a które nie mają wpływu na cenę oferty /por. wyrok KIO z 27 kwietnia 2009r., KIO/UZP 463/09, LEX 497507/.

Jednak nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę w treści oświadczenia wykonawcy (oferty), o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, braku wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. Celem regulacji art. 87 ust. 2 pzp nie jest poprawianie wszystkich braków czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty, czy to pisarskich, rachunkowych czy też innych polegających na niezgodności treści oferty z SIWZ. Wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości, co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy /por. wyrok KIO z 28 kwietnia 2009r., KIO/UZP 476/09, LEX 497533/.

Z okoliczności sprawy jednak wynika, że oprócz poprawiania oczywiście omyłki rachunkowej, były dopisywane przez zamawiającego w ramach „innej omyłki” dodatkowe pozycje w kosztorysie ofertowym, co spowodowało zmianę złożonego kosztorysu oraz ceny złożonej oferty.

W tych warunkach nie można uznać za dopuszczalne, nawet, gdy zmiana nastąpiła na korzyść zamawiającego, zmiany ceny zawartej w ofercie, bowiem spowodowało to znaczącą ingerencję zamawiającego w istotną treść oferty /por. wyrok Sądu Okręgowego z 11 września 2002r., V Ca 1019/02, ZPO 2002/1/85/.

W tym miejscu należy powtórzyć istotą niniejszego zamówienia publicznego było to, że cena jest jedynym kryterium oceny przedstawionych przez wykonawców ofert.

W tej sytuacji, obecnie, zamawiający będzie zobowiązany do ustosunkowania się do dokonanych poprawek w ofercie Konsorcjum, a także do 38 przypadków niezgodności kosztorysu ofertowego Konsorcjum z przedmiotami robót oraz wyspecyfikowanych niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiotami w ofertach Eifflage i Mirbud, oceniając powyższe oferty w zakresie wynikającym z dyspozycji art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp, a przede wszystkim do powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert przy uwzględnieniu, że wynagrodzenie określone w SWIZ jest wynagrodzeniem kosztorysowym.

Zaznaczyć należy, że Sąd odwoławczy rozważał możliwość skorzystania z uprawnienia wynikającego z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt

2 i 3 pzp, jednak nie mógłby odnieść się merytorycznie do poczynionych poprawek oraz wskazanych braków w przedłożonych przez oferentów kosztorysach ofertowych z uwagi na brak specjalnych wiadomości (art. 278 § 1 kpc) w tym zakresie oraz czasu rozpoznania sprawy określonej w art. 198 ust. 1 pzp.

Reasumując, skoro nie zachowano standardów rzetelnej i obiektywnej oceny zgłoszonych ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w rozumieniu art. 7 pzp, przy uwzględnieniu, że cena była jedynym kryterium wyboru ofert, należało:
a/ nakazać zamawiającemu Uniwersytetowi Warmińsko-Mazurskiemu w Olsztynie unieważnienie decyzji o dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. z siedzibą w Piasecznie i „Vectra” S.A. z siedzibą w Płocku, jako oferty najkorzystniejszej;
b/ zobowiązać zamawiającego Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie do powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.

Na marginesie należy zauważyć, że część wniosku skarżących jest bezpodstawna, ponieważ sąd odwoławczy nie może uchylić sprawy i przekazać jej do ponownego rozpoznania KIO, co wynika z literalnej treści art. 198 § 2 zd.

3 pzp, podobnie, jak nie mógł wprost „unieważnić postępowania przetargowego”, co zostało wprowadzone zmianą do art. 191 ust. 2 pkt 3 pzp ustawą z 4 września 2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 171, poz. 1058).

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 386 § 1 w zw. z art. 13 § 2 kpc i art. 198 ust. 2 pzp orzekł, jak w sentencji, zaś o kosztach postępowania orzeczono na zasadzie z art. 108 § 1 kpc.

I/ / właściwe podpisy

S&24ieejk)ść świadczą

isTAftSzy SI^JftETAfZ s4dowv

