

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Świdnicy Wydział VI Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący
Sędziowie

S.O.

S.S.O. Alicja Chrzan (spr.)
S.O. Leon Szpak

Agnieszka Terpiłowska

Protokolant st. sekretarz sąd. Grażyna Pawlicka

po rozpoznaniu w dniu 13 stycznia 2009r. w Świdnicy
na rozprawie sprawy

wykonawcy: **PRE - FABRYKAT Spółki z o.o. z siedzibą w Milkowie**

przeciwko zamawiającemu. **Gminie Mieroszów w Mieroszowie**
o zamówienie publiczne

na skutek skargi wykonawcy

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2008r.

sygnatura akt KIO/UZP 1302/08

I. oddała skargę;

II. zasądza od wykonawcy PRE-FABRYKAT Spółki z o.o. z siedzibą w Milkowie na rzecz zamawiającego Gminy Mieroszów w Mieroszowie kwotę 1.217,00 zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt VI Ga 142/08

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 132/08 po rozpoznaniu odwołania oferenta: PRE-FABRYKAT Spółki z o.o. w Milkowie od rozstrzygnięcia zamawiającego Gminy Mieroszów oddalającego protest oferenta z dnia 24 października 2008 r. oddaliła odwołanie i orzekła o kosztach postępowania.

Powyższe rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza wydała w oparciu o następujący stan faktyczny:

Zamawiający Gmina Mieroszów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa Gminnego Centrum Edukacyjno-Sportowego w Mieroszowie Etap I - Kompleks rekreacyjno-turystyczny”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 sierpnia 2008 r. (nr ogłoszenia 191732-2008).

W pkt. 10.2 lit c specyfikacji indywidualnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że złożona przez wykonawcę oferta zawierać musi m.in. „kosztorys ofertowy szczegółowy sporządzony w oparciu o załączone przedmiary robót”. W pkt 12.1 siwz zamawiający zawarł postanowienie: „wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy w oparciu o specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i projekt budowlany”.

Do siwz zamawiający dołączył formularz „oferta przetargowa”, do której załącznikiem jest „formularz cenowy”. Formularz cenowy zawiera wymóg dotyczący wpisania kwoty brutto kosztu wykonania robót budowlanych określony na podstawie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, dokumentacji oraz przedmiaru”. Zamawiający dołączył również do siwz dokument pt. „Przedmiary”, w którym zawarł książki przedmiarów oraz formularze pt. „zestawienie wyposażenia”, w tym zestawienie wyposażenia w sprzęt sportowy oraz zestawienie wyposażenia obiektu sali sportowej, ujęte w formie tabelarycznej ze wskazaniem wymaganego rodzaju sprzętu i jego ilości wraz z kolumnami do wypełnienia - oznaczonymi jako cena jednostkowa i cena łączna.

Ponadto w dniu 2 września 2008 r. zamawiający dokonał wyjaśnienia treści specyfikacji w zakresie m.in. zawartym w pytaniu nr 3 jednego z wykonawców cyt.: „Czy w załączonych do dokumentacji przetargowej przedmiarach robót nie występuje podwójne wskazanie wyposażenia sportowego obiektów ? W przedmiarze robót nr 30-05- Mieroszów- E (roboty budowlane) znajduje się dział dotyczący wyposażenia i jednocześnie załączony został przedmiot nazwany „zestawienie wyposażenia” gdzie niektóre elementy zostały podane ponownie jak w przedmiarze robót budowlanych. Czy tym samym oferent powinien wycenić wyposażenie podwójnie tj. w pozycjach od 162 do 169 (przedmiar robót 30-05-Mieroszów - E) oraz w „zestawieniu wyposażenia”?

Zamawiający w odpowiedzi wyjaśnił, że „Do oferty należy przyjąć wyposażenie ujęte w przedmiarach. Wyposażenie to jest kosztem inwestycyjnym”.

Pismem z dnia 17 października 2008 r. przekazany odwołującemu w dniu 22 października 2008 r. oraz zamieszczonym na stronie internetowej w dniu 20 października 2008 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe CHWASTEK Spółki z o.o. w Kamiennej Górze oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Pre-Fabrykat Spółkę z o.o. w Miłkowie ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym „zestawienia wyposażenia”.

Przy tak ustalonym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zamawiający w siwz wymagał złożenia przez wykonawców w ofercie dokumentu pt. „zestawienie wyposażenia”. Udzielając wyjaśnień treści siwz zamawiający, na zadane w toku postępowania pytanie, wyjaśnił, że do oferty należy przyjąć wyposażenie ujęte w przedmiarach. Wykonawca w pytaniu podniósł zaś podwójne ujęcie wyposażenia w przedmiarach, a zatem oczywistym jest, iż chodziło o wyposażenie zawarte zarówno w zestawieniu wyposażenia jak i w książkach przedmiarów. Odwołujący potwierdził, że nie załączył do oferty istotnego zestawienia i stwierdził, że uznał iż w świetle wyjaśnień zamawiającego dokument ten jest zbędny. Tym samym potwierdził, że wniosek taki wywiódł samodzielnie pomimo, że zamawiający nie wycofał wprost wymagania dotyczącego ujęcia w ofercie zestawienia wyposażenia. Oferta odwołującego nie spełniała więc wymogów siwz, a zatem podlegała ona odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołująca nie mogła podnosić zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia konkurencyjnych ofert gdyż zgodnie z brzmieniem art. 184 ust. 1a pkt. 3 i 4 odwołanie wnosi się w zakresie czynności wykluczenia oferenta lub odrzucenia oferty, a nie w zakresie zaniechania tych czynności.

Pre-Fabrykat Spółka z o.o. w Miłkowie w skardze na wyrok Krajowej Komisji Odwoławczej zarzuciła:

- naruszenie art. 184 ust. 1 a pkt. 3 i 4 pzp przez przyjęcie, że w postępowaniu o wartości niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a nie czynności wykluczenia lub odrzucenia oferty innych wykonawców;
- błędy w ustaleniach faktycznych przejawiające się uznaniem, że:
 - a) zamawiający nie wycofał wprost wymagania dotyczącego ujęcia w ofercie „zestawienia wyposażenia”;
 - b) oferta skarżącego nie zawiera pełnego zakresu rzeczowego zadania z uwzględnieniem wymagań zamawiającego zawartych w siwz;
 - c) wyjaśnienia zamawiającego z dnia 2 września 2008 r. dotyczyły przedmiarów rozumianych jako tytuł, nie zaś ich składowej części tj. przedmiaru robót nr 30-05-Mieroszów- E (roboty budowlane),
 - d) tylko w dwóch pozycjach „zestawienia wyposażenia” dubluje się sprzęt wymieniony w przedmiarze 30-05-Mieroszów - E (roboty budowlane), podczas gdy sprzęt ten dubluje się w ośmiu pozycjach;

sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przejawiającą się uznaniem, że:

- a) wykonawcy, którzy złożyli oferty nr 2,3,4,5 i nie wycenili w nich zestawienia wyposażenia zrezygnowali z ubiegania się o zamówienie zdając sobie sprawę z popełnionego błędu, w sytuacji gdy formą rezygnacji jest niezłożenie lub wycofanie oferty oraz brak jest dowodów wskazujących, że wykonawcy ci uznali swoje oferty za błędne,
- b) zamawiający wobec nie przedłużenia wadium przez wykonawców, którzy złożyli oferty nr 2,3,4,5 nie dokonywał ich merytorycznej oceny w sytuacji gdy zamawiający przy odrzuceniu oferty zobowiązany jest wskazać wszystkie podstawy prawne z art. 89 pzp, a przepis ten przesłankę odrzucenia oferty nie dzieli na formalne i merytoryczne i o tym poinformować.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez ustalenie, że Daniel Kubacki podlega wykluczeniu z postępowania gdyż nie potwierdził spełnienia warunków podmiotowych i skutkiem tego jego oferta podlega odrzuceniu, a oferta Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego CHWASTEK Spółki z o.o. w Ptaszkowie - Borównie podlega odrzuceniu gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz ustalenie, że najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Pre-Fabrykat Spółkę z o.o. w Miłkowie.

Sąd Okręgowy przyjmując ustalenia faktyczne Krajowej Komisji Odwoławczej za własne zważył co następuje:

Skarga podlega oddaleniu, choć niektóre zarzuty są trafne.

W sprawie bezspornym jest to, że w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w dniu 2 września 2008 r. do zamawiającego wpłynęły zapytania do specyfikacji indywidualnych warunków zamówienia (dalej siwz) złożone w trybie art. 38 ust. 1 pzp. Sporne jest natomiast w jaki sposób należało rozumieć odpowiedź udzieloną przez zamawiającego.

Z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, iż zapytanie skierowane do zamawiającego zostało sformułowane w następujący sposób: „Czy w załączonych do dokumentacji przetargowej przedmiarach robót nie występuje podwójne wskazanie wyposażenia sportowego obiektów? W przedmiarze robót nr 30-05- Mieroszów - E (roboty budowlane)

znajduje się dział dotyczący wyposażenia i jednocześnie załączony został przedmiot nazwany „zestawienie wyposażenia” gdzie niektóre elementy zostały podane ponownie jak w przedmiarze robót budowlanych. Czy tym samym oferent powinien wycenić wyposażenie podwójnie tj. w pozycjach od 162 do 169 (przedmiaru robót 30-05- Mieroszów- E) oraz w zestawieniu wyposażenia?” Na tak postawione pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Do oferty należy przyjąć wyposażenie ujęte w przedmiarach. Wyposażenie to jest kosztem inwestycyjnym”. Analiza treści zadanego pytania oraz udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi nie pozwala zaakceptować prezentowanego przez skarżącą stanowiska, iż w wyniku tej odpowiedzi zamawiający wycofał się z wymagania ujęcia w ofercie sprzętu wymienionego w „zestawieniu wyposażenia”. Sąd Okręgowy podziela bowiem pogląd Krajowej Izby Odwoławczej, że skoro w pierwszym zdaniu pytania posłużono się wyrażeniem „przedmiary” w znaczeniu przyjętym przez zamawiającego jako część siwz (zestawienie wyposażenia i książka przedmiarów) to tak samo należało odczytać znaczenie udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi. Wyjaśnić przy tym należy, iż rację ma wprawdzie skarżąca podnosząc, że w pytaniu aż czterokrotnie posłużono się słowem „przedmiary” (trzy razy w rozumieniu książki przedmiarów, a raz w rozumieniu działu siwz) to jednak podnosząc stosowne zarzuty bezpodstawnie pomija ona, że tam gdzie zwrot „przedmiary” został użyty na oznaczenie książki przedmiarów jednocześnie wskazywano oznaczenie „nr 30-05-Mieroszów - E”. Skoro zaś pytający w pierwszym zdaniu podniósł „podwójne” ujęcie wyposażenia w „przedmiarach” (jako dział siwz obejmujący zestawienie wyposażenia i książkę przedmiarów) bez użycia dodatkowego oznaczenia, to w konsekwencji tak samo należało ocenić znaczenie zwrotu „przedmiary” użytego w treści odpowiedzi. Dla powyższej interpretacji nie bez znaczenia jest przy tym to, na co zwróciła już uwagę Krajowa Izba Odwoławcza, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający bezspornie zamieścił w dziale „Przedmiary” dokument pt. „zestawienie wyposażenia”. To oznacza, że wymagając złożenia w ofercie szczegółowego kosztorysu ofertowego zamawiający wymagał tym samym uwzględnienia sprzętu sportowego wymienionego w tym zestawieniu (jest ono częścią działu siwz „Przedmiary”). Nadto wskazać należy, iż wyrażony w uzasadnieniu skargi pogląd, że zamawiający wycofał się w swojej odpowiedzi od wymagania dotyczącego ujęcia w ofercie sprzętu sportowego wymienionego w „zestawieniu wyposażenia, nie znajduje uzasadnienia nawet w treści pytania skierowanego do zamawiającego „czy tym samym oferent powinien wycenić wyposażenie **podwójnie tj. w pozycjach od 162 do 169 (przedmiaru robót 30-05-Mieroszów - E) oraz w zestawieniu wyposażenia?**”. Pomimo, iż pytanie to dotyczyło wyłącznie kilku pozycji to jednak skarżąca nie wyceniła pozostałego, nie powtarzającego się, sprzętu wymienionego w zestawieniu wyposażenia. Oznacza to, że gdyby nawet założyć, iż rzeczywiście doszło do dublowania zamówionego sprzętu to jednak odpowiedź zamawiającego, w kontekście zadanego pytania, nie daje żadnych podstaw by przyjąć, że zamawiający odstąpił od zamówienia kilkudziesięciu pozostałych pozycji, nie powtarzających się z książką przedmiarów, wymienionych w „zestawieniu wyposażenia”. Oferta skarżącej kosztorysu tego sprzętu także jednak nie zawierała. To przesądza zaś, iż wbrew zarzutom skarżącej, Krajowa Komisja Odwoławcza trafnie uznała, że oferta skarżącej nie odpowiadała wymogom zawartym w siwz (nie uwzględniała ona kosztorysu na sprzęt sportowym wskazany w zestawieniu wyposażenia). W konsekwencji przyjąć też należało, iż oferta skarżącej słusznie została przez zamawiającego odrzucona w oparciu o treść przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 pzp. Na powyższą ocenę bez znaczenia pozostaje ilość pozycji sprzętu jaka miała według skarżącej ulegać dublowaniu. W ocenie Sądu Okręgowego wymogi wskazane w siwz oraz treść odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego na istotne w sprawie pytanie przesądza bowiem, iż zakresem zamówienia publicznego objęty był cały sprzęt sportowy wymieniony w dziale „Przedmiary” siwz, a więc zarówno w zestawieniu wyposażenia jak i w książce przedmiarów. Na marginesie wskazać jedynie należy, iż nie dość, że tylko niektóre pozycje tych formularzy zostały opisane w identyczny sposób, to nadto skarżąca bezpodstawnie pomija, iż pozycja 166 w książce przedmiarów (dostarczenie i montaż drabinek o szer. 90 cm) nie jest ścisłym odpowiednikiem pozycji 19 w zestawieniu wyposażenia (drabinka gimnastyczna podwójna 800x3000), a pozycja 167 (dostarczenie i montaż gniazd do słupków) nie ma żadnego odpowiednika w zestawieniu wyposażenia. Na koniec powyższej części rozważań wskazać jeszcze należy, iż wprawdzie zestawienie wyposażenia nie jest przedmiarem robót w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym to jednak dla niniejszej sprawy istotne jest to, że zamawiający zestawienia tego nie nazwał przedmiarem robót, lecz umieścił w „Przedmiarach” jako dziale siwz obejmującym to zestawienie i książkę przedmiarów.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżąca trafnie zarzuciła, iż zebrany w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza tego aby wykonawcy, którzy złożyli oferty 2,3,4,5, zrezygnowali z ubiegania się o zamówienie zdając sobie sprawę z popełnionego błędu w postaci braku wyceny zestawienia wyposażenia. Bezsprzecznie wspomniani wykonawcy zostali bowiem wykluczeni z przetargu z uwagi na nieprzedłużenie ważności wadium, a więc brak podstaw do wniosku, iż zrezygnowali oni z zamówienia gdyż w swoich ofertach nie zamieścili kosztorysu sprzętu wymienionego w zestawieniu wyposażenia. Wbrew stanowisku skarżącej popełnienie takiego samego błędu przez tych wykonawców nie może jednak stanowić logicznego uzasadnienia poprawności dokonanej przez skarżącą interpretacji odpowiedzi zamawiającego. Jak wskazano już bowiem powyżej treść odpowiedzi zamawiającego w porównaniu treścią zadanego pytania oraz częściami siwz nie potwierdza tego, aby zamiarem zamawiającego była rezygnacja z całego sprzętu wymienionego w zestawieniu wyposażenia. Nadto okoliczność, iż wykluczając wspomnianych wykonawców zamawiający nie powołał się na niezgodność oferty z treścią siwz nie oznacza, że ich oferty podlegały merytorycznej ocenie. Podnosząc, iż zamawiający przy odrzuceniu oferty zobowiązany jest wskazać wszystkie podstawy prawne z art. 89 pzp skarżąca bezpodstawnie pomija bowiem, iż oferty tych wykonawców nie zostały odrzucone lecz wykonawcy ci zostali wykluczeni (art.24 ust pkt). Wprawdzie stosownie do treści art. 24 ust. 4 ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą to jednak decyzja o wykluczeniu wykonawcy nie następuje w wyniku oceny oferty lecz oceny jego wiarygodności i zdolności do wykonania zamówienia

Jako trafny należy ocenić zarzut naruszenia art. 184 ust. 1a pkt. 3 i 4. W ocenie Sądu Okręgowego treść powołanego przepisu nie daje bowiem podstaw do jego zawężającej wykładni w sposób jaki został dokonany w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Wprawdzie z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej art. 184 pzp wynika, iż zamiarem projektodawcy było ograniczenie odwołań w tzw. małych przetargach (poniżej progów unijnych) tak aby przedsiębiorcy mogli bronić tylko swoich ofert, a nie mieli prawa do kwestionowania ofert konkurencyjnych to jednak przy wykładni art. 184 ust. 1a nie można jednak pominąć tego, że w toku prac legislacyjnych doszło do usunięcia z jego treści słowa „czynności”, co całkowicie zmieniło sens tego przepisu. Skoro przepis ten stanowi obecnie, że odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia dotyczącego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia (pkt. 3) oraz odrzucenia oferty (pkt. 4), a przy tym nie zawiera on żadnego ograniczenia co do przedmiotu protestu, to tym samym prawo wniesienia odwołania odnosi się do wszystkich rozstrzygnięć protestów dotyczących odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy. Stosownie do treści art. 180 ust. 1 pzp protest przysługuje bowiem zarówno wobec „czynności podjętych przez zamawiającego” (w tym odrzucenie oferty i wykluczenie wykonawcy) jak też „w przypadku zaniechania czynności, do której zamawiający jest obowiązany” (w tym zaniechanie odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy). To oznacza, że odwołanie przysługuje nie tylko od protestu dotyczącego odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy, ale także od protestu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego tych czynności. W tym miejscu wskazać należy, iż wprawdzie zarzut naruszenia art. 184 ust. 1a pkt. 3 i 4 okazał się trafny, to jednak pozostaje on bez wpływu na treść zaskarżonego wyroku. Z przedstawionych powyżej rozważań wynika bowiem, iż częścią siwz było także „zestawienie wyposażenia”, a bezspornie oferta wykonawcy, który przetarg wygrał Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe CHWASTEK Spółka z o.o. w Ptaszkowie - Borównie, zawierała także kosztorys sprzętu wskazanego w tym zestawieniu. Wbrew zarzutom skarżącej oferta, która została wybrana w toku zamówienia nie podlegała odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 6 pzp gdyż, inaczej niż oferta skarżącej, spełniała wymogi siwz.

Mając więc na uwadze powyższe na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 pzp skarga podlegała oddaleniu.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 194

„Znane wiasctwy/e podpis/v
ust. 2 pzp. za /godność z oryginałem