

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 kwietnia 2009r

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

Przewodniczący - Sędzia: SO Andrzej Ganiewski

Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera

Sędzia: SO Janusz Beim (spr.)

Protokolant: protokolant Rafał Bielski

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2009r w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi ATEST - BUD Janusz Kochański, Roland Kochański
spółki jawnej w Myślenicach

przy uczestnictwie Akademii Górniczo - Hutniczej im. Stanisława
Staszica w Krakowie i Przedsiębiorstwa Remontowo - Budowlanego
REMKO w Krakowie - Marcina Koguta

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 3 marca 2009r sygn. akt KIO/UZP 179/09

oddala skargę.

UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie remontu kapitalnego z dociepleniem ścian zewnętrznych budynku akademika na terenie Miasteczka Studenckiego AGH w Krakowie (2 P/0596/2008/13) zostało wszczęte przez zamawiającego - Akademię Górniczo-Hutniczą im. Stanisława Staszica w

Krakowie. Zamawiający jako najkorzystniejszą, wybrał ofertę firmy „Atest-Bud” J. Kochański, R. Kochański, spółki jawnej w Myślenicach. Równocześnie zamawiający poinformował inne podmioty o odrzuceniu ich ofert. W odniesieniu do oferty Marcina Koguta - Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlane „Remko” w Krakowie zamawiający stwierdził, iż w zestawieniu materiałów oraz w kosztorysie ofertowym wodno-kanalizacyjnym w poz. 34-38, 41-43, 46-47 zamiast materiałów do kanalizacji wewnętrznej niskosumowej zastosowano materiały do zwykłej kanalizacji z PCV.

W dniu 30.01.2009 r. Marcin Kogut wniósł protest na bezpodstawne

odrzućcenie jego oferty. Protestujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (dalej: Pzp). W ocenie protestującego wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. A jego oferta była ofertą najkorzystniejszą. Protestujący wskazał w proteście na konkretne zapisy SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny oraz kryteriów i sposobu oceny ofert. Wskazał także na wzór umowy dołączonej do SIWZ. Protestujący podniósł iż zaakceptował wzór umowy a przy tak skonstruowanych zapisach SIWZ oraz umowy nie ulega wątpliwości, że w kwestionowanych przez zamawiającego pozycjach zestawienia materiałów oraz kosztorysie ofertowym wystąpiła pomyłka która zamawiający winien poprawić jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Protestujący odwołał się do uzasadnienia nowelizacji ustawy (Pzp) w zakresie poprawienia omyłek i poglądów prezentowanych w doktrynie (J. Sadowy; Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dn. 4.09.2008 r.) Równocześnie zarzucił, że również oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawierała liczne błędy. Podniósł, że w swojej ofercie proponował instalację kanalizacji niskoszumowej o lepszych parametrach niż sugerował inwestor.

Do postępowania wszczętego na skutek protestu przystąpiła spółka której ofertę wybrano. W ocenie przystępującej spółki materiały zaproponowane w ofercie przez protestującego to nie omyłka, a zaproponowanie innego rozwiązania technicznego niż uwzględnione w kosztorysach ofertowym. Zmiana proponowanych materiałów i systemu kanalizacji możliwa jest w ocenie przystępującej spółki w drodze negocjacji, a tego nie przewiduje tryb przetargu nieograniczonego.

Przystępująca spółka odniosła się również do konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego.

W dniu 11.02.2009 r. nastąpiło rozstrzygnięcie protestu. Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutu oznaczonego liczbą 5 tj; „w zakresie poz. 66 i 67 oferty gdzie omyłkowo podano grubość folii jako 15 mm zamiast 1,5 mm”. W pozostałym zakresie protest został oddalony.

Oddalając protest zamawiający podtrzymał argumentację, która doprowadziła do odrzucenia oferty i nie podzielił stanowiska protestującego iż mógł poprawić treść oferty poprzez wpisanie takich materiałów o jakich była mowa w SIWZ. Zamawiający stwierdził nadto, że ryczałtowy sposób obliczania ceny określony w SIWZ nie zwalnia z obowiązku zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z opisem tego przedmiotu. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

W dniu 12.02.2009 r. protestujący (zwany dalej; odwołujący) wniósł odwołanie na częściowe oddalenie protestu do Prezesa Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w proteście (za wyjątkiem naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp.). Wskazał na konkretne zapisy SIWZ i stwierdził iż nie powinno być wątpliwości, że w pozycjach zestawienie materiałów nastąpiła omyłka. Dodatkowo zarzucił że odrzucenie jego oferty doprowadziło ostatecznie do wyboru oferty o ok. 300.000 zł droższej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiła firma „Atest-Bud” Janusz Kochański, Ronald Kochański spółka jawna w Myślenicach.

Wyrokiem z dnia 3 marca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 179/09) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, unieważniła czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważniła czynność odrzucenia jego oferty będącą skutkiem wykluczenia i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła również o kosztach postępowania.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie Krajowa Izba Odwoławcza przede wszystkim stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania. Izba uznała zasadność naruszenia art. 7 ust. 1 art. 87 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt.2 Pzp. W szczególności Izba wskazała na treść SIWZ w pkt. 13 odnośnie sposobu obliczania ceny, a w szczególności w pkt. 13.10 SIWZ (tj. obowiązek wykonawcy do dostarczenia i wykonania wbudowania materiałów i urządzeń w ilości i rodzaju określonym w dokumentacji). Wskazała również Izba na pkt. 17 SIWZ, treść wzoru umowy oraz obowiązki wykonawcy określone w § 5 pkt. 1.5 oraz § 12 umowy jak też odpowiednie postanowienia zawarte w przedmiarze robót, gdzie używano sformułowań odnoszących się do kanalizacji niskosumowej, jak i kanalizacji PCV.

Izba podkreśliła jaka była treść złożonej przez odwołującego się oferty, złożonej w formularzu ofertowym jak również odniosła się do przedstawionej wyceny.

W ocenie Izby okolicznością bezsporną było to, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. Stwierdziła, że stanowisko zamawiającego wyrażone w rozstrzygnięciu protestu jak i prezentowane w toku niniejszego postępowania było co najmniej nieściśle, a zamawiający nie może w sposób wybiórczy interpretować oferty odwołującego się.

W ocenie Izby treść jego oferty (biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ, wzoru umowy) spełniała wymogi stawiane przez zamawiającego, a odwołujący już na etapie oferty zaoferował kanalizację nieskoszumową.

W szczególności Izba wskazała na treść pkt. 13.11 SIWZ, a to w kontekście zakresu oceny kosztorysu ofertowego co warunkuje dopuszczalne odrzucenie oferty. Izba podkreśliła, że odwołujący oparł się na przedmiarach robót otrzymanych od zamawiającego i to one były podstawą wyceny dokonanej w kosztorysie ofertowym instalacji wodno-kanalizacyjnej, a sama omyłka nie miała charakteru zamierzonego, a nadto omyłka ta ma zbieżny charakter z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Poprawienie treści nie stanowi więc istotnej ingerencji, a tym bardziej nie stanowi istotnej zmiany postanowień oferty. W ocenie Izby poprawienie oferty byłoby w istocie jedynie sanowanie złożonej oferty tj. zestawienia materiałów, które jako jedyne może być uznane za wątpliwe co do swej zgodności z SIWZ. Podkreśliła Izba, że dokonane poprawienie w ofercie nie spowoduje zmiany ceny podanej w ofercie.

W końcowej części uzasadnienia Izba, podniosła również przyczyny (podstawę prawną) zakresu rozpoznanych zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

Uczestnik postępowania - „Atest-Bud” Janusz Kochański, Roland Kochański spółka jawna w Myślenicach (zwany dalej skarżący) wniósł skargę na wyrok Izby. W skardze zarzucił;

- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp
- naruszenie art. 87 ust. 2 pkt. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez błędną wykładnię i zastosowanie w niniejszej sprawie.

Zgłaszając powyższe zarzuty strona skarżąca wniosła o uchylenie wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenia w całości odwołania, oraz o orzeczenie o kosztach sądowych. Uzasadniając swoje stanowisko skarżący podniósł, że istota zagadnienia sprowadza się do pojmowania i wykładni zapisów ustawy Pzp, a konkretnie art. 87 ust. 2. W ocenie skarżącego wyrok Izby jest nie do zaakceptowania. Skarżący wskazał jakie były wymogi SIWZ w zakresie stosownych materiałów oraz na sposób dokonywana oceny oferty. W ocenie skarżącego w zaistniałej sytuacji nie

zachodzi przypadek omyłki, którą można poprawić bez istotnej zmiany treści oferty, a zmiana art. 87 Pzp nie może stanowić podstawy do ingerencji w treść oferty w taki sposób, iż narusza to istotę tej oferty. Skarżący, odwołując się do Słownika Współczesnego Języka Polskiego, wskazał na definicję pojęcia „istotny”. W jego ocenie zmiana rodzaju materiału z jakiego na być wykonane zamówienie wbrew woli wyrażonej w ofercie prowadziłoby do zmiany treści oferty. Skarżący zarzucił iż w uzasadnieniu wyroku przyjęto wyjątkowo rozciągliwą wykładnię pojęcia „nieistotności”, a kwestia powinności poprawienia omyłki polegającej na niezgodności ze specyfikacją staje się niebezpiecznie relatywna. Skarżący przedstawił w uzasadnieniu konsekwencje stosowaniu takiej wykładni art. 87 ust. 2 Pzp jaką przyjęła Izba oraz jak może dochodzić do nieprawidłowości w ocenie oferty.

W ocenie skarżącego, zapewnienie złożone przez odwołującego się w formularzu ofertowym, iż jego oferta została przygotowana zgodnie z wykazem materiałów i technologii ustalonych w dokumentacji jest zwykłym poświadczeniem nieprawdy, co powinno być sankcjonowane a nie nagradzane „poprawianiem pomyłki”.

W odpowiedzi na skargę zamawiający złożył pismo z dnia 17.04.2009 r. w którym, podał, że po zaznajomieniu się z argumentacją zawartą w wyroku Izby „uznał ją i stwierdził, iż brak jest podstaw do wniesienia skargi na powyższe orzeczenie w trybie art. 194 Pzp.”. Zamawiający przystąpił do ponownej oceny ofert i zgodnie z wyrokiem Izby poprawił ofertę odwołującego się. Zamawiający zawarł w dniu 25.03.2009 r. umowę z odwołującym się. W tym stanie rzeczy zamawiający wniósł o oddalenie skargi.

Po rozpoznaniu skargi Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skarga jest nieuzasadniona.

Oczywiście należy zgodzić się ze skarżącym, że istota zagadnienia sprowadza się do „pojmowania i wykładni” zapisów ustawy Pzp, a konkretnie art. 87 ust. 2. Należy również zgodzić się z tym, że stosownie wskazanej regulacji winno charakteryzować się daleko posuniętą ostrożnością i w żadnej mierze nie powinna regulacja ta stanowić podstawy do łamania bądź omijania zasad regulujących rozstrzygnięcie zamówienia publicznego. Należy jednak pamiętać, że w każdym przypadku, w którym ustawodawca w danej normie prawnej używa tzw. klauzuli ogólnej lub zwrotu niedookreślonego będzie pojawiał się problem „pojmowania i wykładni zapisu ustawy”. Stawiane przez skarżącego w uzasadnieniu skargi dramatyczne (a zarazem retoryczne) pytanie „gdzie jest granica istotności zmiany w treści oferty i kto ją ma określać” jest zrozumiałe, ale zarazem nic nie wnoszące. To właśnie praktyka orzecznicza zarówno Izby jak i Sądów (tzn. judykatura) oraz dorobek doktryny, będzie wskazywać jak należy interpretować normę art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia.

Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust.2 pkt.3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwalifikator „istotnych zmian” należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.

Mając to na uwadze, należy stwierdzić, że przedstawione w uzasadnieniu skargi hipotetyczne możliwości „nadużywania” wskazanej regulacji są w istocie bezprzedmiotowe. W przypadku norm prawnych zawierających zwroty niedookreślone zawsze istnieje możliwość ich wykładni w taki sposób, aby to było korzystne dla tego, który tej wykładni dokonuje w celu obrony swojego stanowiska w sporze.

W ocenie Sądu Okręgowego rozstrzygnięcie Izby jest bardzo szczegółowo i przekonująco uzasadnione. Nie ma potrzeby powtarzania tej argumentacji w niniejszym uzasadnieniu. Podkreślenia wymaga tylko to, że argumentacja ta w pełni odpowiada przyjętej przez Sąd Okręgowy zasadzie, iż całokształt konkretnego stanu faktycznego musi stanowić podstawę do oceny, czy prawidłowo została zastosowana norma art. 87 ust.2 pkt. 3 Pzp., czy też wadliwie jej nie zastosowano. Sąd Okręgowy podziela zatem stanowisko Izby, że biorąc pod uwagę treść SIWZ, przedmiaru robót, powinność uwzględnienia w cenie wszystkich kosztów, dopuszczalność stosowania zamienników, powinność dostarczenia materiałów zgodnych z dokumentacją w przypadku ich pominięcia w kosztorysach oraz oświadczeniach ofertowych, treści wzoru umowy, a także przedmiot zamówienia, jego wartość oraz wysokość różnicy w kosztach po ewentualnym poprawieniu omyłek w procedurze wypełniania i oceny ofert winien być zastosowany art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp w stosunku do oferty odwołującego się.

Nie znajdując podstaw do uwzględnienia skargi należało ją oddalić stosownie do zasad wynikających z treści art. 385 kpc w związku z art. 194 ust. 2 Pzp.