

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2010 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Elżbieta Kabzińska

Sędziowie: SSO Maria Bida, SSO Irena Szrajer-Dragan (spr.)

Protokolant: apl, sąd, Magdalena Szostkowska

po rozpoznania w dniu 15 stycznia 2010 r. w Kielcach na rozprawie

sprawy ze skargi: Przedsiębiorstwa Budowlano - Usługowego DORBUD S.A. w Kielcach

przy udziale: Politechniki Świętokrzyskiej w Kielcach, Przedsiębiorstwa KOBÓŁ Inżynierskich POL-AQUA S.A. w Piasecznie i AGAT Przedsiębiorstwa Budowlano - Usługowo - Handlowego Spółki z o.o. w Kielcach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.11.2009r. sygn. KTO/IJZP 1425/09 i KIO/KZF 1426/09;

L oddala skargę,

H. zasądza od Przedsiębiorstwa Budowlano - Usługowego DORBUD S.A. w Kielcach na rzecz Politechniki Świętokrzyskiej w Kielcach kwotę 3.600 zł (trzy⁷ tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania.

VTIGA „za” L 63/09

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 24.11.2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt I R (Od.) ZP 1425 /< 09 i KIO/IJZP 1426/09 po rozpoznaniu o dwołań AGAT Przedsiębiorstwa Budowlano - Usługowo - Handlowego Spółki z o.o. w Kielcach i DORBUD S.A. w Kielcach na rozstrzygnięcie przez zamawiającego Politechnikę Świętokrzyską w Kielcach, przy udziale zgłaszającego przystąpienie do obydwu postępowań odwoławczych po stronie zainicjującego wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A. w Piasecznie oraz zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KTO/IJZP 1426/09 po stronie zamawiającego - wykonawcy AGAT Przedsiębiorstwa Budowlano - Usługowo - Handlowego Sp. z o.o. w Kielcach, oddaliła odwołania oraz rozstrzygnęła o kosztach postępowania

odwoławczego.

W przedmiocie postępowania tuczącego się pod sygn. akt KIO/UZP 1426/09 Izba nie podzieliła argumentów odwołującego się DOK BUD S.A. kwestionującego zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez POL-AQbA S.A. jak też żądanie od tego wykonawcy wyjaśnień, które doprowadziły do negocjacji złożonej przez wykonawcę oferty. Zdaniem Izby brak wyceny w kosztorysie ofertowym POL-AQUA wykonania urządzeń sieci bezprzewodowej oraz, wykonania trasy koryt kablowych i drabinek we wszystkich budynkach nie stanowił o sprzeczności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), z uwagi na przyjęcie przez zamawiającego w tym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego oraz wyłącznie pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego. Kosztorys ten miał służyć przede wszystkim weryfikacji ustalonej ceny o fenowej i sposobu jej obliczenia, co znalazło wyraz w^r po stanów leni ach rozdziału XIV SJWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”⁷. Izba nie podzieliła Lakźc

zarzutu odwołującego co do negocjacji przez- omawiającego z wykonawcą POL-AQUA treści oferty, skutkujących zmianą, treści tej ofeny (art. B7 ust. t Pzp). Uznała, że wyjaśnienia dotyczyły wyceny pozycji kosztorysowych nie mających znaczenia o Ja ustalenia treści oferty. Ponadto wyjaśnienia te nie zmieniły treści oferty.

Za zasadne natomiast izba uznała zarzuty podniesione przez DORJ3UG S.A. dotyczące odrzucenia jego oferty jako sprzecznej z wymogami SIWZ, co do wymaganego terminu gwarancji na roboty budowlane, objęte przedmiotowym zamówieniem (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Omyłka DORE? UD polegająca na braku modyfikacji formularza ofertowego była wynikiem wprowadzenia w błąd wykonawców przez zamawiającego, który w formularzu ofertowym wchodzącym w skład oferty określił pierwotnie termin gwarancji na 3b miesięcy. Dokonując modyfikacji SIWZ zamawiający nie sporządził nowego wzoru formularza ofertowego zmieniającego powyższy okres do 60 miesięcy. Niezależnie od powyższych ustaleń Izba odwołanie DORBUD oddaliła stając na stanowisku, że nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i unieważnienie czynności odrzucenia oferty DORBIJD nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, z uwagi na niezasadność zarzutów dotyczących oferty ?OL-AQUA. Przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert, oferta DORBIJD była bowiem mniej korzystna od oferty POL-AQUA.

Gd wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniósł P.B.U. DORBUD S.A. w Kielcach w części dotyczącej oddalenia jego odwołania w zakresie zarzutów dotyczących oferty POL*AQUA S.A. w^r Piasecznic.

Skarżący zarzucił wyrokowi;

- naruszenie art. S9 ust 1 pkt 2 i 3 ustawy¹ Pzp przez wadliwe ustalenie stanu faktycznego i prawnego, w tym niedokonania prawidłowej oceny czy oferta POL-AQUA odpowiadała treści SIWZ,

- naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy przez uznanie, że skoro wyjaśnienia treści oferty POL-AQUA dotyczyły wyceny pozycji kosztorysowych, które nie mają

znaczenia dla ustalenia treści oferty nie można uznać, że zmieniły one treść oferty, a przez to uznanie, że zamawiający nie przeprowadzał z wykonawcą POI -AQL'A negocjacji w zakresie złożonej oferty,

- naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty, która powinna być odrzucona,

- naruszenie art. 191 ust. 1 a i 2 ustawy, przez wadliwe u siał cnie, te dokonanie ponownej oceny ofert i unieważnienie czynności odrzucenia oferty skarżącego

nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku przez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty skarżącego, odrzucenie oferty POL-AQUA.

W uzasadnieniu skargi DORBUD S.A. wskazał, że w sytuacji w której zainawdający dopuścił pominięcie w kosztorysie jedynie pozycji zbędnych, pominięcie przez wykonawcę POL-AQUA przewidzianych dokumentacją projektową oraz przedmiarem robót, takich pozycji jak wykonanie urządzeń sieci bezprzewodowej oraz wykonanie drabinek i koryt kablowych w budynku A i AH, oznaczało nie spełnienie przez ofertę POL-AQUA wymogów SI WZ. Niezależnie od powyższego brak wyceny przez POL-AQUA w kosztorysie ofertowym wszystkich istotnych, a zatem niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia robót, czyni niemożliwym ustalenie wartości robót zaniechanych, bowiem ich rozliczenie miało następować w oparciu o kosztorys sporządzony na bazie kosztorysu ofertowego.

Zdaniem skarżącego, zamawiający zwracając się do wykonawcy POL-AQUA z pytaniem z góry narzucającym odpowiedź twierdzącą, czyli w ramach oferowanej ceny wykona on w szczególności sieć bezprzewodową, systemy kontroli dostępu i zarządzania centralami wentylacyjnymi, dokonał negocjacji o fery tego wykonawcy, która skutkowałą zmianą treści tej oferty.

W odpowiedzi na skargę zamawiający Politechnika Świętokrzyska w Kielcach wniósł o oddalenie skargi ewentualnie o umorzenie postępowania wywołanego skargą.

Zdaniem zamawiającego skarżący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu wybrania najkorzystniejszej oferty gdyż jego oferta winna ulec odrzuceniu. Zamawiający nie zgadzał się z stanowiskiem Izby, że wskazanie przez skarżącego w ofercie 36 miesięcznego okresu gwarancji stanowiło oczywistą omyłkę wywołaną przez zamawiającego, podlegającą sprostowaniu w trybie art. 2 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z tych też przyczyn skarżący nie był uprawniony do wniesienia odwołań a tylko skargi.

Wnosząc o oddalenie skargi zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy służył wyłącznie do opisu sposobu obliczenia ceny. Nie odnosił się on do przedmiotu zamówienia ani nie stanowił podstawy przyszłego rozliczenia stron. Ponadto załączone do opisu przedmiotu zamówienia przedmiary nie stanowiły elementu dokumentacji projektowej lecz miały charakter orientacyjny i pomocniczy. Zgodnie z SIWZ kosztorys ofertowy nie stanowił treści oświadczenia woli wykonawcy co do zakresu przedmiotu umowy lecz służył do złożenia oświadczenia woli w przedmiocie zryczałtowanej ceny.

Skoro zamawiający nie przedstawił wymaganego wzorca kosztorysu ofertowego to nie mógł uznać kosztorysu sporządzonego przez wykonawcę za odpowiadający treści SIWZ.

Brak było także podstaw do odrzucenia przez zamawiającego oferty POL-AQUA jako niezgodnej z SIWZ z powodu zdarzeń przyszłych i niepewnych mogących zaistnieć w trakcie realizacji umowy.

Zamawiający zaprzeczył także aby doszło do negocjacji oferty z POL-AQUA, wskazując, że skorzystał z instytucji wyjaśnień treści oferty przewidzianej w art. 71 ust. 1 ustawy Pzp. Przepisy ustawy nie określają sposobu formułowania pytań w tym trybie, ponadto w tym samym sposób zamawiający wyjaśniał treść ofert ze wszystkimi wykonawcami, w tym ze skarżącym.

Za mawiający wskazał nadto, że umowa z wykonawcą POL.-AQ17A została zawarta a roboty rozpoczęte co Sąd winien mieć na uwadze.

Uczestnik postępowania wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POL-ACJUA S.A. w¹ Piasecznie, który zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie skargi.

bezesnik postępowania - wykonawca AGAT PB-U-II Sp. z o.o. w Kielcach, który zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego, podtrzymał swoje stanowisko zajęte w odwołaniu co do odrzucenia oferty DORBUD jako sprzecznej z STWZ.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył co następuje.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zawartego w odpowiedzi na skargę zarzutu zamawiającego o braku interesu prawnego DORBUD S.A. w kwestionowaniu wyboru najkorzystniejszej o Perty zważyć należy co następuje. Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny zarzut odwołującego DORBUD S.A. dotyczący odrzucenia przez zamawiającego oferty tego wykonawcy jako sprzecznej z SJWZ (art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Pomimo to odwołanie oddaliła na podstawie art. 191 ust. 1 a wskazując, że nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i unieważnienia czynności odrzucenia oferty DORBUD nie będzie miało wpływu na wynik postępowania wobec niezasadności zarzutów w stosunku do oferty POL-AQUA.

Z mocy art. 194 ust. 2 ustawy z dnia 29.12.2004r. Prawo zamówień publicznych w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeśli przepisy rozdziału 4 ustawy nie stanowią inaczej. Skoro tak, rozpoznając skargę od wyroku KIO Sąd jest związany granicami skargi (art. 378 § 1 k.p.a.) nie [może także zmienić wyroku jeżeli niekorzyść strony wnoszącej skargę, chyba że strona przeciwna zaskarżyła wyrok.

fi

W niniejszej sprawie wnosząc skargę był DORBUD S.A. w Kielcach zaś przedmiotem zaskarżenia, oddalenie jego odwołania co do zarzutów dotyczących oferty POL-AQUA S.A. w Piasecznie,

Z tych też powodów brak było podstaw do czynienia przez Sąd innych niż KIO ustaleń co do istnienia po stronie DORBUD S.A. interesu prawnego w kwestionowaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skargę DORBUD S.A. Sąd Okręgowy uznał za niezasadną,

Przed Krajową Izbą Odwoławczą skarżący kwestionował zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy POL-AQUA S.A. jak iż żądanie od tego wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, które doprowadziły do prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji w przedmiocie złożonej oferty, jako naruszających art. 19 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 89 ust. 1 zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków^f zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 -- pkt 2; jeżeli jej /Jeżenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - pkt. 3.

Zdaniem skarżącego oferta wykonawcy POL-AQUIA S.A. jako sprzeczna z SIWZ winna być przez zamawiającego odrzucona. Tej sprzeczności skarżący upatruje w nieobjęciu kosztorysem ofertowym pewnych robót wynikających z dokumentacji projektowej, a zatem niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, podczas gdy wykonawca zgodnie z pkt XIV 2.1 SIWZ był uprawniony jedynie do pominięcia tych pozycji przedmiaru, które uznał za zbędne.

Sąd podzielił argumentację Izby co do tego, że pominięcie przez wykonawcę POL-AQ1.TA S.A. wykonania urządzeń sieci bezprzewodowej oraz trasy koryt kablowych i drabinek, nie oznaczało sprzeczności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ,

Nie budzi wątpliwości w świetle pkt XIV SIWZ, że z kosztorysu o Perłowego miała wynikać oferowana cena. Zalecono także wykonawcom opracowanie kosztorysu na bazie przedmiaru robót załączonego do SIWZ, z tym, że wykonawca w oparciu o udostępnioną mu dokumentację projektową, oględziny był uprawniony do pominięcia tych pozycji przedmiaru, które uważa za zbędne i uzupełnienia przedmiaru o pozycje, które uzna za niezbędne.

Pominięcie pozycji przedmiaru lub nie wskazanie dodatkowych, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z przedłożoną dokumentacją projektową, stanowiło ryzyko wykonawcy. Jednocześnie zamawiający wyraźnie zaznaczył, że kosztorys ofertowy będzie wykorzystany wyłącznie w dwóch celach: ustalenia czy parametry techniczne i jakościowe materiałów i urządzeń oferowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia odpowiadają wymogom zamawiającego oraz czy nie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny.

Z treści powyższego postanowienia SIWZ wynika także, że kosztorys ofertowy nie stanowił podstawy do rozliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Stosownie do art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w Limowic obiekty, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania czynności związanych z przygotowaniem robót w szczególności przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Z kolei zgodnie z art. 640 kc w zw. z art. § 2 kc w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszelkich robót objętych projektem (słant) włącznie z częścią składową umowy).

W umowie strony mogą umówić się o wynagrodzenie kosztorysowe bądź ryczałtowe (art. 629 kc, 632 kc).

JŚ

W ocenie Sądu nie ma żadnych przeszkód aby w drodze analogii stosować przepis art. 632 kc do umowy o roboty budowlane (vide wyrok Sądu Najwyższego z 15.10.2017r. VCSK. 63/07 OSNC2008 nr 10 poz. 116).

Xaśir zeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o roboty budowlane oznacza, że wykonawca nie może żądać jego podwyższenia chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Jeśli zatem jakichś robót nie wycenił lub je pominął a ich wykonanie wynikało z dokumentacji projektowej nie ma prawa żądać za nie wynagrodzenia.

Kosztorys ofertowy w świetle pkt XIV SIWZ służył ustaleniu ofertowej ceny, nie służył natomiast do określenia zakresu przedmiotowego zamówienia, nie stanowił także podstawy do rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy,

Zgodnie z wzorcem umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ wykonawca miał wykonać przedmiot umowy zgodnie z dokumentacją projektową dostarczoną przez zamawiającego, zasadami wiedzy technicznej, sztuką budowlaną, obowiązującymi przepisami prawa.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zawierała dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót stanowiąca załącznik nr 2 do SIWZ.

W świetle powyższych rozważań wykonawca miał obowiązek wykonania wszelkich robót, wynikających z dokumentacji stanowiącej załącznik nr 3 i 2 do SIWZ, wyznaczającej zakres przedmiotowy zamówienia. Bez znaczenia pozostawała zatem okoliczność pominięcia przez wykonawcę POL-AQUA w kosztorysie ofertowym, pewnych robót przewidzianych dokumentacją projektową. Jeżeli pominięte roboty wchodziły w zakres przedmiotowy zamówienia określony w § 1 załącznika nr 5 do SIWZ, brak wyceny ich wartości nie zwalniał wykonawcy z obowiązku ich wykonania. Z kolei w świetle pkt XIV 2.1. SIWZ przedmiar miał posłużyć wykonawcy do sporządzenia kosztorysu ofertowego. Jednocześnie pominięcie robót z przedmiaru, które przewidywała dokumentacja projektowa miało obciążać wykonawcę.

Zgodnie z pkt XIV SIWZ kosztorys ofertowy z którego miała wynikać oferowana przez wykonawcę cena miał służyć zamawiającemu wyłącznie w celu ustalenia czy nie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny, przy czym w świetle pkt XV SIWZ cena była jedynym kryterium oceny ofert przyjętym przez zamawiającego.

Brak zatem w kosztorysie ofertowym POL-AQUA S.A. wyceny wykonania przewidzianych dokumentacją projektową urządzeń i robót nie oznaczał sprzeczności oferty z treścią SIWZ,

Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że ostatecznie ta winna być przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Nie jest także zasadny drugi z zarzutów skarżącego dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy, stanowiącego, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawcy (w) wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert i że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści.

Powyższy przepis znalazł także wyraz w treści pkt XV 3 i 4 SIWZ.

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ani specyfikacja nie precyzują formy wyjaśnień, których zamawiający może żądać od wykonawców,

Z żądaniem wyjaśnień zamawiający zwrócił się nie tylko do wykonawcy POL-AQUA S.A. ale i do skarżącego UORRIJD S.A., do tego drugiego pismem z 18.08.2009r. Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie nie stanowiło w ocenie Sądu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonych ofert.

Nie doszło także jeśli chodzi o wyjaśnienia żądane przez zamawiającego od wykonawcy POL-AQUA S.A. do zmiany treści oferty tego wykonawcy.

Za bezprzedmiotowy w świetle powyższych rozważań Sąd uznał zarzut

5k;u’żącgo naruszenia przez KiO przepisu an. 191 ust. 1 a i usl. 2 uh Lawy Pzp.

Wobec braku podstaw ilu' uwzględniania skargi Sąd na podstawie art. 198 ust. 2
ust&wy Fzp skargę oddalił, orzekając o kosztach postępowania na podstawie art.
19S ust. 5 v/ zw, z art. 2191 § 1 kpc .

SSO Maria Bala SSO Elżbiela Kabli nskaSSO Irena Szrajer-Dragan

i
j

I ■
■ I

■'■ .X:P-W
f

... \ . . ■; ■■■: