

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dniu 1 fi grudnia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: RS A w RO Jerzy Kawalek

Sędziowie: SSA w^r SO Adam Simon i

RSO Dariusz Mazurek (spr.)

Protokolant: Beam Rostyńska-Bła[^]cjew&kapo rozpoznaniu w^p dniu 18 grudnia 2009 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy zamawiającego Skarbu Państwa - Wojewody Podkarpackiego
z udziałem wykonawców WARBUD S. A. w Warszawie i Konsorcjum fun
ERBIJD S.A. (i ider Konsorcjuin) i Woi (T& MLiiier GmbTT &. Co. KG z
siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skarg zamawiającego Skarbu Państwa - Wojewody Podkarpackiego
oruz wykonawcy W ARB U DS.A. w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2009r.,
sygn. aktKTO/UZP 1260/09, KTO/17ZP 1406/08

I. oddała obie skargi,

II. zasądza od zamawiającego oraz wykonawcy WARBUD S.A. na rzecz
wykonawcy ERBIJD S.A. kwoty po 1.200 zł (jeden tysiąc dwieście

złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstw-a mdcowskiego
w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. «kt I Ca 608/09

UZASADNIENIE
wyroku z dnia 18 grudnia 2009r.

Zamawiający Wojewoda Podkarpacki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawe zamówień publicznych (Dz.U, Nr. 19 poz. 177) tekst jednolity z 20 listopada 2007r, (Dz.U Nr. 223, poz. 1655 z późniejszymi zmianami) dotyczącego planowanej inwestycji pod nazwą „Budowa drogowego przejścia granicznego w Budomietzu”. Kryterium udzielenia zamówienia była najniższa cena. Otwarcie ofert odbyło się w dniu 24 listopada 2008r.

W wyniku rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009r., wyrokiem w sprawach sygn. akt VI Ga 37/09, VI Ga 38/09, VI Ga 32/09, w postępowaniu, które toczyło się na skutek skarg zamawiającego oraz wykonawców WAR BUD S.A. w Warszawie i Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Molier GmbH & Co. KG z udziałem BUDIMEX DRGMEX S.A. w Warszawie, nakazano zamawiającemu Wojewodzie Podkarpackiemu unieważnienie czynności wyboru oferty Warbud S.A w Warszawie i powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG z przewidywanym postępowaniem wyjaśniającym w zakresie oferty złożonej przez to Konsorcjum oraz WAR BUD S.A w Warszawie. Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na skutek częściowego uwzględnienia skargi Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG i zamawiającego / w zakresie uwzględnienia przez Krajową izbę Odwoławczą odwołania BUDIMEX DROMEX S.A. i ostatecznie oddalenia przez Sąd Okręgowy odwołania BUDIMEX DROMEX S.A. W uzasadnieniu

1

rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy w Rzeszowie ocenił, że: „Oferty obu wykonawców (WARBUD S.A. i Konsorcjum ERBUD S.A) nie są sprzeczne z SIWZ, (...) zapewniają przedmiot realizacji zamówienia w całości”. Sąd Okręgowy w Rzeszowie podzielił stanowisko wyrażone wcześniej przez Krajową Izbę Odwoławczą, że brak w kosztorysie ofertowym Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG pozycji nr 21, 22, 61 dotyczących budynku głównego instalacji klimatyzacji i wentylacji, w sytuacji gdy materiały te zostały wycenione w innych pozycjach tego samego kosztorysu oraz kosztorysów dotyczących innych budynków — nie stanowi o niezgodności co do treści oferty i daje podstawę do poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy o p.z.p. co wymaga jednak ustalenia przez zamawiającego pewnych kwestii dotyczących identyczności przewidywanych materiałów.

Nie jest sporne, że w dniu 16 lipca 2009r. zamawiający powiadomił biorących udział w postępowaniu wykonawców o unieważnieniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej ze względu na przyjęte kryterium najniższej ceny, oferty złożonej przez WAR BUD S.A. oraz o przystąpieniu do ponownego badania ofert złożonych przez WAR BUD S.A. i Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2009r. wezwał Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Molier GmbH & Co. KG do wyjaśnienia braków w kosztorysie ofertowym pozycji 21, 22 i 61 /pozycje dotyczące realizacji budynku głównego w zakresie instalacji wentylacji i klimatyzacji/.

Wezwany do wyjaśnień wykonawca w piśmie z dnia 24 lipca 2009r. wyjaśnił, że brak pozycji jest wynikiem „olbrzymiej ilości pozycji kosztorysowych, wyjaśnień i modyfikacji SIWZ, a także, że identyczne cokoły i wentylator znajdują się w kosztorysie i wystarczy w tych odpowiednich pozycjach dodać po jednej sztuce tych materiałów, aby tym sposobem doprowadzić do zgodności

Pismem z dnia 3 sierpnia 2009r. zamawiający zwrócił się do Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG o wyrażenie zgody na dokonanie w ofercie poprawek poz. 12 i 49 /uznając, że są one takie same jak przedmioty wskazane w poz. 22 i 61/, na co Lider Konsorcjum wyraził zgodę w piśmie z dnia 6 sierpnia 2009r.

11 sierpnia 2009r. do zamawiającego wpłynął protest wykonawcy ubiegającego się o zamówienie Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG, wniesiony przez Lidera Konsorcjum ERBUD S.A. na zaniechanie przez zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG oraz zaniechanie wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009r. z uwagi na nie doprowadzenie oferty Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG do zgodności z SIWZ

Zamawiający protest odrzucił argumentując, że w dniu wniesienia protestu był w trakcie prowadzenia czynności wyboru ofert 1 nie dokonał czynności wyboru ofert.

19 sierpnia 2009r. zamawiający Wojewoda Podkarpacki poinformował wykonawców ubiegających się o zamówienie, że w oparciu o wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009r. oraz po ponownym zbadaniu ofert, wyjaśnieniach i dokonaniu poprawy omyłek, jako najkorzystniejszą pod względem przyjętego kryterium jakim była cena uznano ofertę WARBUD S.A. w Warszawie. Jednocześnie udzielił informacji, że oferta Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na braki pozycji kosztorysowych, których nie można było poprawić. Zamawiający na uzasadnienie odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD S.A. wskazał, że nie podzielił wyjaśnień udzielonych przez tego oferenta dotyczących braku pozycji nr 21 w kosztorysie „instalacje wentylacji i klimatyzacji” budynek główny oraz braku 9fi pozycji kosztorysu „Oczyszczalnia ścieków - technologia + AKPiA + kontenery”.

Wskazał, że poz. nr 21 kosztorysu dotyczy wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym Wlc-1 zaś poz. nr 48, którą wskazywał oferent jako tożsamą, dotyczy wykonania cokołu w systemie W3. Gabaryty tych konstrukcji są ze sobą nieporównywalne co w ocenie zamawiającego dawało podstawę do odrzucenia oferty. Zamawiający podnosił też, że zwrócił się do Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG o wyjaśnienie braku 98 pozycji w kosztorysie „Oczyszczalnia ścieków (...)” W ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał gdzie dokonał wyceny 98 porcji kosztorysowych, a zamawiający nie odnalazł w kosztorysach brakujących pozycji /wykaz brakujących pozycji k.62 - 66 akta sygn. Ca 612/09/.

Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG wnosząc protest również na tę czynności zamawiającego zarzuciło:

. zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia WARBUD S.A 2 postępowania i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy;

- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty WARBUD S.A.
- bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Konsorcjum ERBUD S.A., Wolf & Müller GmbH & Co. KG domagało się doprowadzenia postępowania do jego zgodności z przepisami ustawy p.z.p.

poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w rezultacie tego wykonanie wyroku Sądu Okręgowego oraz odrzucenia oferty WARBUD S.A. i dokonanie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Zamawiający protest odrzucił, a wykonawca Konsorcjum ERBUD S.A. wniosło odwołania od obu rozstrzygnięć zamawiającego, powołując zarzuty identyczne jak we wniesionych protestach.

Po wpłynięciu odwołań wykonawcy do Urzędu Zamówień Publicznych, Prezes Zamówień Publicznych zarządził łączne rozpoznanie obu odwołań wykonawcy Konsorcjum ERBUD S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Zamówień Publicznych po rozpoznaniu odwołań w postępowaniu z udziałem zamawiającego oraz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie WARBUD S.A., wyrokiem z dnia 20 października 2009r. uwzględniła odwołania i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego oraz rozstrzygnęła o kosztach postępowania.

w uzasadnieniu wyroku KIO oceniła, że odwołujący się miał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. we wniesieniu obu odwołań, bowiem w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący mógł doznać uszczerbku w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Oceniła również, że odwołujący zachował termin do oprotestowania czynności zamawiającego. Pismem z dnia 3 sierpnia* 2Wr> zamawiający poinformował Konsorcjum ERBUD S.A. iż poprawia w jego ofercie braki dotyczące pozycji 22 i 61 poprzez zmianę ilości sztuk materiałów w pozycji 49 i 12. W dniu 6 sierpnia 2009r. Konsorcjum ERBUD S.A. wyraziło zgodę na poprawienie oferty w powyższym zakresie. Izba oceniła, że skoro przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające dotyczyło trzech pozycji kosztorysu ofertowego złożonego przez Konsorcjum ERBUD S.A. - które były już przedmiotem zarzutu skargi odwołującego rozpoznawanej przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie wyrokiem z dnia 24 czerwca 2009r. - natomiast z treści zawiadomienia zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2009r. wynika* że zamawiający dokonał poprawek jedynie dwóch z tych pozycji, to termin do oprotestowania tej czynności należało liczyć od dnia 3 sierpnia 2009r,

Rozpoznając odwołanie z dnia 21 sierpnia 2009r. na rozstrzygnięcie przez zamawiającego protestu z dnia 10 sierpnia 2009r, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zamawiający w dniu 20 lipca 2009r, wezwał Konsorcjum ERBUD S.A. do wyjaśnienia braków w kosztorysie ofertowym pozycji 21, 22, 61, a

H.r *i •

wykonawca udzielił odpowiedzi i wyjaśnień w piśmie z dnia 24 lipca 2009r. z którego treści wynikało, że identyczne cokoły i wentylatory jak we wskazanych pozycjach znajdują się w kosztorysie i wystarczy w tych odpowiednich pozycjach dodać po jednej sztuce tych materiałów. Po tych wyjaśnieniach zamawiający uznał, że wentylator dachowy /poz. nr 22 i poz- nr 49/ oraz cokół / poz. nr 61 i poz. nr 12/ są takie same, a cokoły z poz. 21 * z poz. posiadają różne wy miary. Poz. nr 21 omawianej części kosztorysu dotyczy

wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym W 1 c, zaś poz. nr 48 dotyczy wykonania cokołu w systemie wentylacyjnym W3. Dlatego zamawiający uznał, że nie może uznać tożsamości wskazanych pozycji.

Izba ustaliła, że Konsorcjum ERBUD S.A. w kosztorysie ofertowym 4.2 Budynek główny - instalacja wentylacji i klimatyzacji nie ujął w pozycji 21 (str. 936 oferty) natomiast w pozycji 48 opisanej jako cokół pod podstawę dachową 200mm zaoferował 1 sztukę w cenie 244,20 zł. WARBUD S.A. w analogicznym kosztorysie ofertowym (str. 507 oferty) w pozycji nr 21 wycenił cokół pod podstawę dachową 200mm oferując 1 sztukę za 387,66 zł (identycznie w poz. 48).

Izba oceniła jako prawdziwe twierdzenia odwołującego, że z treści przedmiaru przygotowanego przez zamawiającego jako element stwz w omawianym zakresie wynika, że obie pozycje zostały w przedmiarach opisane przez zamawiającego w identyczny sposób, z podaniem tej samej średnicy 200 mm, przy wskazaniu tych samych podstaw wyceny KRN. Dlatego Izba oceniła, że obie pozycje zostały opisane i wycenione w ofercie w tożsamy sposób z użyciem danych podanych przez zamawiającego w przedmiarze oraz przez zaoferowanie ceny w tej samej wysokości. Z tych też względów Izba uznała, że złożone przez odwołującego Konsorcjum ERBUD S.A. wyjaśnienia uprawniały zamawiającego do dokonania poprawy w trybie art 87 ust 2 p.k.t 3 ustawy p.z.p. braku pozycji nr 21 kosztorysu poprzez dopisanie w kosztorysie 1 sztuki cokołu Dn 200 mm w cenie 244,20 zł i dokonania stosownej korekty ceny

oferty. Izba oceniła, że brak ten stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty z treścią specyfikacji, która nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty i jest ona możliwa do poprawienia przez zamawiającego bez konieczności ingerencji ze strony wykonawcy. Izba wskazała, że zamawiający nie może dokonywać interpretacji treści siwz, w tym wypadku treści przedmiarów na niekorzyść wykonawcy. Izba wskazała, że zamawiający w stosunku do drugiego oferenta WARBUD S.A. dopuścił możliwość wyceny materiału w jednakowej wysokości w pozycji 21 i 48 przedmiaru a odmówił takiej możliwości odwołującemu. Dlatego oceniła, że zamawiający dopuścił się nie tylko reinterpretacji siwz po terminie składania ofert, ale również zastosował ją wybiórczo w stosunku do odwołującego w celu odrzucenia jego oferty i oceniła, że potwierdził się podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 i ust. 3 oraz art. 87 ust 2 p.k.t 3 ustawy p.z.p.

Jednocześnie Izba uznała, że podniesiony w proteście i odwołaniu zarzut naruszenia art. 91 ust 1 ustawy p.z.p. dotyczący zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, jest przedwczesny, gdyż zamawiający w chwili wniesienia protestu był w toku czynności badania i oceny ofert, zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby nie zostały naruszone w toku postępowania przez zamawiającego przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 87 ust. 2 p.k.t 3 ustawy p.z.p. Zarzut dotyczący zaniechania wykonania orzeczenia sądu i nie doprowadzenia oferty odwołującego do zgodności z siwz po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, p.k.t 4 b odwołania z dnia 21 sierpnia 2009r., jak również nie doszło do naruszenia zasad współzycia społecznego, na co powoływał się odwołujący / P-k.t 4c odwołania z dnia 21 sierpnia 2009r. A

Rozpoznając odwołanie Konsorcjum ERBUD S.A. z dnia 16 września 2009r. na rozstrzygnięcie przez zamawiającego protestu z dnia 27 sierpnia 2009r. KTO oceniła, że jedynie zarzut odwołującego dotyczący nieuzasadnionego odrzucenia

oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 p.k.t 2 ustawy p.z.p. zasługuje na uwzględnienie. Wskazała, że zarzut ten został oceniony jako uzasadniony już przy rozpoznawaniu odwołania rozpoznanego pod sygnaturą K1O/UZP 126G/09, gdzie przesądono „że zaniechanie poprawienia przez zamawiającego omyłki w ofercie odwołującego, polegającej na braku pozycji nr 2U narusza przepis art. 87 ust. 2 p.k.t 3 ustawy p.z.p. Izba oceniła również, że oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu z powodu braku wyceny w ofercie 98 pozycji kosztorysu nr 4JO „oczyszczalnia ścieków”. Izba ustaliła, że w tym zakresie zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. jeszcze w grudniu 2008 r. Zamawiający w piśmie z dnia 3 grudnia 2008r. zwrócił się o wyjaśnienie czy w związku z brakiem danych w ofercie dotyczącymi technologii oferowanej oczyszczalni i braku technologii zastosowanej w projekcie, wykonawca potwierdza wykonanie kompletnego obiektu oczyszczalni ścieków jak w dokumentacji projektowej zgodnie z wymaganą przez zamawiającego technologią. Izba ustaliła, że odwołujący wyjaśnił, że potwierdza wykonanie obiektu zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Izba oceniła, że wyjaśnienia te zostały przyjęte przez zamawiającego o czym świadczy okoliczność, że powyższe braki w kosztorysie nie spowodowały odrzucenia oferty odwołującego w dniu 10 lutego 2009r. Izba oceniła, że wzywając wykonawcę do wyjaśnień zamawiający miał wątpliwości dotyczące zastosowania przez wykonawcę technologii określonej w projekcie i że zamawiający nie uznał wówczas braków omawianych pozycji za niezgodność treści oferty z siwz. W ocenie Izby obecnie podnoszenie przez zamawiającego braku tych pozycji w kosztorysie, w sytuacji gdy okoliczność ta znana była zamawiającemu od wielu miesięcy, jeszcze przed pierwszą oceną ofert wskazuje na nierówne traktowanie przez zamawiającego wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Jak podkreślała Izba zamawiający nigdy nie uzasadnił swojego stanowiska w tym zakresie, pomimo, że zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy p.z.p. na nim ciążył ciężar dowodu w zakresie istnienia przesłanek do odrzucenia oferty,

W zakresie najdalej idącego zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przez zamawiającego z postępowania wykonawcy WARBUD S.A., Izba ustaliła na podstawie oświadczenia zamawiającego, któremu odwołujący nie zaprzeczył, że zamawiający nie wzywał w toku postępowania wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Natomiast wzywał do przedłużenia ważności wadium. Wykonawcy składali stosowne dokumenty, a niektórzy również oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą do okresu ważności wniesionego przez nich wadium. Izba oceniła, że skoro zamawiający nie wzywał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, to nie miał podstaw do oceny braku oświadczenia, a tym bardziej do wykluczenia wykonawcy, bo nieprawidłowe działania zamawiającego nie mogą skutkować negatywnymi skutkami dla wykonawców, izba powołała się na pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 maja 2007r. w sprawie sygn. akt XIX Ga 194/07, że „złożenie wadium - w postaci gwarancji bankowej ważnej do określonego dnia jest jednocześnie wyrazem woli *per fecta concludentia* związania się ofertą do dnia uwidocznionego w gwarancji bankowej”. W ocenie [zby postanowienia, których treść przytoczyła w uzasadnieniu wyroku, zawarte w gwarancji złożonej przez WARBUD S.A., udzielonej przez SOCJETE GENERALE spółka Akcyjna, wbrew twierdzeniom odwołującego wskazują że oferta tego wykonawcy zachowała ważność.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła jako uzasadnionych dalszych zarzutów odwołującego zarzucających zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 oraz 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z nadużyciem tych przepisów przez ich wadliwe zastosowanie w celu

doprowadzenia oferty WARBUD S.A. do zgodności z siwz oraz art- 80 ust. 1 p.l.t 2 ustawy p.^p. przez zaniechanie jej odwołania jako niezgodnej z siwz. Izba oceniła, że wobec rozstrzygnięcia pozostałych zarzutów podczas rozpoznania odwołania Konsorcjum ERBUD S.A. z dnia 21 sierpnia 2009r. zarzuty te nie podlegają rozpoznaniu w zakresie w jakim były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w innej sprawie.

Rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej zostało zaskarżone w całości na skutek skarg wniesionych przez zamawiającego Wojewodę Podkarpackiego oraz wykonawcę ubiegającego się o zamówienie WARBUD S.A.

Wojewoda Podkarpacki wniesioną skargą zaskarżył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2009r. w zakresie uwzględnienia odwołań złożonych przez Konsorcjum ERBUD S.A. od rozstrzygnięć zamawiającego dotyczących protestów z dnia 10 sierpnia 2009r. i 27 sierpnia 2009r. i nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego, Jak również w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach nakazującego zapłatę na rzecz odwołującego kwotę po 4 031 zł.

Wojewoda Podkarpacki zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie następujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych:

- art. (90 ust. 2 poprzez wydanie orzeczenia na skutek błędnych ustaleń dokonanych w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą;

* art. 57 ust 2 p.k.t 1 i 2 i art. 92 ust 1 p.k.t 2 ustawy poprzez przyjęcie, że oferta Konsorcjum ERBUD S.A. zawierała inne omyłki, które zamawiający powinien był poprawić po złożeniu przez Konsorcjum ERBUD S.A. wyjaśnień, a czego zaniechał dokonując interpretacji siwz w sposób wybiórczy i po terminie składania ofert na niekorzyść odwołującego, przez co naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz 87 ust. 2 p.k.t 3 ustawy;

- art. 89 ust. 1 p.k-t 2 poprzez przyjęcie, że oferta Konsorcjum ERBUD S.A. nie podlegała odrzuceniu z powodu zarzutu zamawiającego braku wyceny w ofercie odwołującego 9B pozycji kosztorysu nr 4.10 „Oczyszczalnia ścieków :

1)

W konkluzji skargi skarżący Wojewoda Podkarpacki domagał się na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy p.ż.p. o uwzględnienie zarzutów, uznania skargi za uzasadnioną i jej uwzględnienie, zmianę orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i oddalenie odwołań wniesionych przez Konsorcjum ERBUD S.A. Ponadto domagał się obciążeniem kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym, w tym kosztami zastępstwa procesowego, przeciwnika Konsorcjum ERBUD S.A.,

W uzasadnieniu skargi Wojewoda Podkarpacki podniósł, że błędne są ustalenia zawarte w zaskarżonym wyroku co do tego, że pozycja nr 21 i 48 w ofercie ERBUD S.A. są identyczne. Nie jest też prawdą, że obie pozycje 21 i 48 kosztorysu 4.2 zostały przez zamawiającego opisane w przedmiarach robót w sposób identyczny. Zamawiający podnosił, że opis w przedmiarach i kosztorysach „cokolwiek pod podstawę dachową DN - 200” jest identyczny tylko w części „podstawa dachowa DN - 200”, gdyż dotyczy rodzaju wentylatora dachowego. Natomiast zupełnie różne są wymiary podstawy cokołu w pozycji 21 i w pozycji 4K co potwierdza dokumentacja projektowa, gdzie podano te wymiary. Skarżący powołał się na rysunki techniczne dołączone do skargi. Powoływał się na okoliczność, że Konsorcjum ERBUD S.A. w swojej ofercie w ogóle pominął pozycję nr 21. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum ERBUD S.A. na podstawie art. 57 ust. 2 p.k.t 3 ustawy, że pozycja 48, którą miał w swojej ofercie jest tożsama z pozycją nr 21 doprowadziła w ocenie skarżącego do sytuacji, że Konsorcjum ERBUD S.A. jako pozycję 21 o wymiarach 300

pokazał pozycję o wymiarach podstawy cokołu 260, co jest niezgodne z treścią specyfikacji, a zwłaszcza z projektem technicznym. W ocenie skarżącego podanie tej samej ceny przy tych dwóch pozycjach nie można potraktować, wbrew stanowisku KIO, jako spełnienia przesłanki tożsamości i identyczności. Skarżący podniósł, że jego stanowisko potwierdzone zostało przez autora projektu.

Skarżący zakwestionował pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą, że skoro zamawiający dokonując pierwszej oceny ofert nie wskazał jako podstawy do odrzucenia oferty braku 9S pozycji w kosztorysie ofertowym dotyczącym oferowanej oczyszczalni ścieków, to nie może wyjaśnić tych braków dokonując ponownej oceny ofert. Skarżący podnosił, że skoro Sąd Okręgowy unieważnił czynności wyboru oferty i nakazał powtórzenie tej czynności to zamawiający był uprawniony po ponownym stwierdzeniu braków omawianych pozycji w kosztorysie ofertowym Konsorcjum ERBUD S.A. do ich wyjaśnienia na podstawie art. 57 ust. 2 pkt 3 ustawy. W żadnym razie w ocenie skarżącego nie można podzielić stanowiska wyrażonego przez Izbę, że część zamówienia dotycząca „Oczyszczalni ścieków”¹ została już wyjaśniona w toku wcześniejszego postępowania. Skarżący zakwestionował prawidłowość poglądu wyrażonego przez Izbę, że wykonanie oczyszczalni polega na osiągnięciu efektu w postaci prawidłowo funkcjonującego obiektu zbudowanego w określonej technologii, którego elementy są określone poprzez oznaczanie tej technologii. Skarżący nie zgodził się z oceną dokonaną przez Izbę, że przystąpienie do wyjaśnienia braków znanych zamawiającemu od kilku miesięcy było przejawem nierównego traktowania wykonawców. Skarżący powołał się na utrwalony pogląd, że brak choćby jednej pozycji w kosztorysie ofertowym uzasadnia odrzucenie oferty. Skarżący argumentował, że braki w ofercie Konsorcjum ERBUD S.A. w pozycjach 21, 22, nie były wystarczające do odrzucenia tej oferty jako braków istotnych do wykonania zamówienia i dlatego nie wyjaśniał dalszych kwestii związanych z brakiem pozycji dotyczącymi „Oczyszczalni ścieków”. Skarżący wskazał, że w piśmie z dnia 3 grudnia 2003r. - na treść którego powoływała się Izba w uzasadnieniu wyroku — zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące technologii wykonania oczyszczalni, ponieważ wykonawca nie określił jej w swojej ofercie. Pytanie zamawiającego i odpowiedź wykonawcy dotyczyły jedynie rodzaju, typu oczyszczalni, a nie kompletności jej wyceny. Zamawiający podkreślił, że nie widzi możliwości prawnej poprawienia braku 98 pozycji za pomocą oświadczenia wykonawcy złożonego w trakcie postępowania wyjaśniającego przy ocenie ofert, w sytuacji kosztów nowego rozliczenia inwestycji.

Ubiegający się o zamówienie wykonawca WARBUD SA. w skardze na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 154 ust. 6 ustawy p.z.p. poprzez naruszenie przepisów kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym, w tym naruszenie art. 1194 § 1 k.p.c.;
- art. 190 ust. 1 i 2 ustawy p.z.p. przez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy;
- art. 7, art. 57 ust. 1 i 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 187 ust. 4 pkt 6, art. 188 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez błędne ich zastosowanie i wykładnię przez:
 - a. uznanie, że Konsorcjum ERBUD SA. dokonał wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. braku pozycji 21 kosztorysu poprzez dopisanie w kosztorysie 1 sztuki cokołu Dn 200 mm w cenie 244,20 zł i dokonania stosownej korekty ceny oferty Konsorcjum ERBUD S.A.;
 - b. uznanie, że zarzut dotyczący nieuzasadnionego odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. zasługuje na

uwzględnienie, a ponadto, że dokonana czynność w okolicznościach ustalonych w sprawie, stanowi przejaw niezachowania w postępowaniu zasady równego traktowania wykonawców;

c. uznanie, że oferta Konsorcjum ERBUD S.A. nie podlega odrzuceniu z powodu braku wyceny w ofercie odwołującego 98 pozycji kosztorysu nr 4,10 „Oczyszczalnia ścieków”¹¹ pomimo, że brak tych elementów oferty, jako nieodpowiadająca treści siwz;

d. uznanie, że odwołania wniesione przez Konsorcjum ERBUD S.A., nie podlegają odrzuceniu mimo zaistnienia przesłanek w art. 187 ust. 4 pkt 5 i 6 ustawy p.z.p. i to pomimo przyznania tej okoliczności;

14

Wskazując na powyższe skarżący WARBUD S.A. domagał się uwzględnienia podniesionych zarzutów i zmiany orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i odrzucenie obu odwołań ewentualnie wydania orzeczenia co do istoty sprawy i oddalenie obu odwołań wniesionych przez Konsorcjum ERBUD S.A.

Ponadto domagał się obciążenia zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Okręgowym i zasądzenie wskazanych w skardze kosztów od zamawiającego na rzecz skarżącego WARBUD S.A.

W uzasadnieniu skargi skarżący wykonawca wskazał, że skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego i zgodnie z art. 94 ust. 1 ustawy p.z.p. jako uczestnik tego postępowania może skutecznie zaskarżyć orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazał również na istniejący po jego stronie interes prawny w zaskarżeniu orzeczenia.

Argumentując zasadność swoich żądań skarżący podnosił, że w jego ujęciu odrzucenie oferty przez zamawiającego było prawidłowe, bowiem oferta Konsorcjum ERBUD S.A. była niezgodna z siwz, co w ocenie skarżącego zostało przyznane. Żądanie Konsorcjum ERBUD S.A. wywodzone z art. 87 ust. 2 ustawy p.z.p. jest nieuzasadnione bo nie istniała w ofercie Konsorcjum pozycja wymagająca poprawienia i nie jest dopuszczalne poprawienie omyłki poprzez dopisanie pominiętego fragmentu kosztorysu za zgodą wykonawcy, bowiem jest to prowadzenie negocjacji zabronione przez art. 87 ust. 1 ustawy. Skarżący podniósł, że zamawiający dokonując zgodnie wyrokiem sądu ponownej oceny ofert nie mógł pominąć braku 98 pozycji kosztorysu, a w odpowiedzi na pismo zamawiającego Konsorcjum ERBUD S.A. nie udzieliło merytorycznych wyjaśnień. Skarżący podnosił w uzasadnieniu skargi, że oferta Konsorcjum ERBUD S.A. jest niejednoznaczna i niekompletna - nie przedstawia całego wymaganego przedmiotu oferty. Wykonawca miał obowiązek wskazać co jest przedmiotem jego oferty. Pominięcie w ofercie poszczególnych pozycji oznacza, że Konsorcjum nie oferuje realizacji całego zamówienia. Skarżący wskazał również na bezsporną okoliczność, że zgodnie z siwz podstawą wynagrodzenia dla wykonawcy jest kosztorys ofertowy, a braki w ofercie Konsorcjum powodują, że nie można określić wszystkich rodzajów prac oferowanych przez Konsorcjum, zaś wprowadzenie przez zamawiającego kolejnych pozycji do kosztorysu spowodowałoby istotną zmianę treści oferty. Odwołujący wykonawca Konsorcjum ERBUD S.A. w odpowiedzi na skargę zamawiającego Wojewody Podkarpackiego domagał się oddalenia skargi i wszystkich wniosków w niej zawartych oraz zasądzenia na rzecz odwołującego od zamawiającego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według sześciokrotnej stawki minimalnej. Jednocześnie wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentów z toczącego się postępowania przetargowego w tym postępowaniach sądowych. W uzasadnieniu podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odwołaniach od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestów Konsorcjum ERBUD S.A. wniesionych w dniu 10 i 27 sierpnia

2009r, oraz w tych protestach.

W odpowiedzi na skargę wykonawcy WARBUD S.A. odwołujący wnosił o oddalenie skargi i wszystkich wniosków w niej zawartych oraz zasądzenia na rzecz odwołującego od zamawiającego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według sześciokrotnej stawki minimalnej. Jednocześnie wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentów z toczącego się postępowania przetargowego w tym postępowań sądowych. W uzasadnieniu podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odwołaniach od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestów Konsorcjum ERBUD SA. wniesionych w dniu 10 i 27 sierpnia 2009r, oraz w tych protestach. Dodatkowo ponownie powołał się na okoliczności, które w jego ocenie świadczą o niezgodności oferty WARBUD S.A. z siwz.

Ze względu na identyczność przedmiotu postępowania skargi wniesione przez zamawiającego Wojewodę Podkarpackiego i wykonawcę WARBUD S.A., połączone zostały do łącznego rozpoznania i wyrokowania do sprawy sygn. akt I Ca 608/09

W Piśmie procesowym z dnia 16 grudnia 2009r, odwołujący Konsorcjum ERBUD SA. wnosilo o niedopuszczenie WARBUD S.A. do postępowania, podnosząc, że wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania przetargowego, na skutek nie złożenia w formie pisemnej i przez osoby upoważnione oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą, a przez to utracił również interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia,

W piśmie z dnia 20 grudnia 2009r, odwołujący domagał się odizucenia obu skarg, podnosząc, że są one niedopuszczalne na podstawie art. 370 k.p.x. W związku z art. 194 ust. 2 i 195 ust. 2 ustawy p.z.p, w związku z art. 133 § 3 k.p.c. podnosząc w uzasadnieniu, że w ocenie odwołującego odpisy skarg nie zostały prawidłowo doręczone. Co do skargi wniesionej przez zamawiającego Wojewodę Podkarpackiego podnosił, że w odniesieniu do przeciwnika skargi skarżący powinien odpis skargi doręczyć zgodnie z art. 132 i 133 k.p.x, pełnomocnikom Panu Dariuszowi Ziemińskiemu lub Panu Mirosławowi Młynarskiemu, a nie przysłać na adres ERBUD SA. W odniesieniu do WARBUD SA, skarżący powinien odpis skargi dla tego uczestnika postępowania doręczyć jednemu z ustanowionych pełnomocników procesowych, Faktycznie wysłał ją na adres WARBUD S.A. Region Wschód w Lublinie, podczas gdy wykonawca ma swoją siedzibę w Warszawie*

Co do skargi wniesionej przez wykonawcę WARBUD S.A. odwołujący podnosił* że skarżący WARBUD S.A. powinien doręczyć odpis swojej skargi ustanowionym przez odwołującego pełnomocnikom Panom Dariuszowi Ziemińskiemu lub Mirosławowi Młynarskiemu* a nie przysłać odpisu skargi radcy prawnemu Krzysztofowi Kaweckiemu* który miał tylko pełnomocnictwo rodzajowe do reprezentowania odwołującego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący powołał się przy tym na stanowiska prezentowane przez Prezesa Zamówień Publicznych, sądy powszechne oraz Sąd Najwyższy,

Sąd Okręgowy w Rzeszowie rozpoznając powyższy zarzut odwołującego Konsorcjum ERBUD S.A- zważył, co następuje*

Nie ma uzasadnienia do podzielenia stanowiska odwołującego o konieczności odrzucenia skarg wniesionych przez zamawiającego Wojewodę Podkarpackiego i wykonawcę WARBUD S.A. Uczestnik postępowania odwoławczego iue wnosi skargi bezpośrednio do sądu, lecz za pośrednictwem Prezesa U.Z.P., który przekazuje skargę wraz z aktami postępowania odwoławczego sądowi w terminie 7 dni od dnia jej otrzymania Wnoszący skargę ma obowiązek przesłania odpisu skargi jej przeciwnikowi jednocześnie z wniesieniem skargi. Nie dołączenie do skargi dowodu nadania jej odpisu przeciwnikowi jest brakiem formalnym skargi w rozumieniu art. 195 ust. 2 w zw. z art. 196 ust. 1 i art 197 ust 1 ustawy p.z.p., skutkującym odrzuceniem skargi przez sąd / uchwała S.N. z fi

12 2005r, BI CZIP 109/05, OSNC 2006, Nr 11 poz. 182/. Jednak w razie wniesienia za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu okręgowego skargi na orzeczenie Kierownika Izby Odwoławczej, skarżący nie przesyła jej odpisu wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi / vide: uchwała S.N z dnia 24 lutego 2009r, II CZP 147/05/. Jak to wskazano w uzasadnieniu cyt. uchwały postępowanie inicjowane skargą jest dwustronne i opiera się o strukturę typu procesowego. Stroną postępowania jest skarżący oraz przeciwnik skargi. Jak to wyjaśnił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 19 czerwca 2009r. UICZP 25/07 przeciwnikiem skargi nie jest wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Nie budzi wątpliwości, że wykonawca WARBUD S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego /zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 13 października 2009r. w aktach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych/. W świetle tego poglądu obaj skarżący mieli zgodnie z art. 195 ust. 2 ustawy p.z.p. dołączyć dowody nadania odpisu skargi przeciwnikowi t.j, Konsorcjum ERBUD S.A.

• 18

Nie można, podbielić zarzutu odwołującego, że skierowanie odpisu skargi na adres ERBUD S.A. było nieprawidłowe, skoro jak to podnosi sam odwołujący jednym z jego ustanowionych pełnomocników był pracownik ERBUD S.A., Pan Mirosław Młynarski zajmujący stanowisko Dyrektora Oddziału na adres którego wysłano odpis skargi, a ponadto był to adres wskazany przez odwołującego jako adres doręczania korespondencji w postępowaniu odwoławczym / vide uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009r. str. 799v akt I Ga 38,37,32/09 co do charakteru i skuteczności pełnomocnictwa udzielonego Mirosławowi Młynarskiemu/,

Niejednolite są poglądy tak orzecznictwa Zespołu Arbitrów / obecnie Krajowej Izby Odwoławczej/ jak i sądów powszechnych co do rodzaju czynności i charakteru pełnomocnictw i zakresu umocowania pełnomocników w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, postępowania protestacyjnego i odwoławczego. W ocenie Sądu Okręgowego w Rzeszowie doręczenie odpisu skargi radcy prawnemu, ustanowionemu jako pełnomocnik odwołującego W postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nie uchybia formalnemu obowiązki wynikającemu z art. 195 ust. 2 ustawy o p.z.p., w szczególności gdy osoba ta reprezentowała odwołującego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Rzeszowie na podstawie pełnomocnictwa złożonego w dacie rozpoznania skargi przez sąd. W szczególności nie zachodzi w niniejszej sprawie okoliczność faktyczna, która była podstawą do odrzucenia skargi przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w sprawie sygn. akt II Ca 568/09, na które to rozstrzygnięcie powołuje się odwołujący Konsorcjum ERBUD S.A., bowiem w niniejszym postępowaniu doręczono odpis nie bezpośrednio stronie postępowania odwoławczego, jak to miało miejsce w sprawie rozpoznawanej przez Sąd Okręgowy w Szczecinie, ale radcy prawnemu umocowanemu do reprezentowania odwołującego przed Krajową izbą Odwoławczą. Postoje kwestią sporną czy udzielone radcy prawnemu Krzysztofowi Kaweckiemu pełnomocnictwo obejmowało czynność w postaci odbioru odpisu skargi. W ocenie odwołującego z chwilą zakończenia postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą radca prawny Krzysztof Kawecki przestał być pełnomocnikiem procesowym ERBUD. W ocenie Sądu Okręgowego udzielone w postępowaniu odwoławczym pełnomocnictwo rozciąga się na inne czynności dokonywane przed Prezesem Zamówień Publicznych w związku z dalszym etapem postępowania odwoławczego, a podjęte przed przekazaniem akt sprawy sądowi. Sąd Okręgowy ocenił, że nie istnieje jakiegokolwiek uzasadnienie do uwzględnienia na tym etapie postępowania żądania odwołującego o dopuszczenie wykonawcy WARBUD S.A. do niniejszego postępowania z tego powodu, że wykonawca nie jest już uczestnikiem postępowania przetargowego,

a to wskutek nie złożenia w pisemną] formie i przez osoby upoważnione oświadczenia o przedłużeniu okresu związania oferta. Przede wszystkim natęży podkreślić, że zarzut oparty o te same podstawy taktyczne i prawne był przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, a stanowisko odwołującego nie zostało w tym zakresie uwzględnione. Wynika to z treści rozstrzygnięcia Izby oraz wprost z uzasadnienia wyroku /str. 200 - 202 uzasadnia wyrok Krajowej Izby Odwoławczej/. Rozstrzygnięcie Izby nie zostało zaskarżone przez zamawiającego, Wbrew twierdzeniom odwołującego wniesiono przez niego odwołania co do sposobu rozstrzygnięcia protestów przez zamawiającego nie zostały w całości uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą. Co prawda orzeczenie nie zawiera rozstrzygnięcia o oddaleniu części żądań Konsorcjum ERBUD S.A., & w uzasadnieniu Izba stwierdza, że „oba odwołania zasługują na uwzględnienie”*, jednak treść uzasadnienia wyroku w sposób nie budzący wątpliwości rozstrzyga, który z zarzutów odwołującego został oceniony jako uzasadniony, a co do którego Izba stwierdziła brak podstaw

do uwzględnienia. Przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie są skargi wniesione w trybie art. 194 ustawy o p.z.p. przez zamawiającego t wykonawcę WARBUD S.A. Zgodnie z art. 194 ust. 2 ustawy p.z.p. do postępowania toczącego się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio

20

przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy ustawy p^z.p. nie stanowią inaczej. Ani przepisy ustawy p.z.p. ani kodeksu postępowania cywilnego nie przewidują możliwości wykluczenia skarżącego z udziału w postępowaniu odwoławczym poza możliwością stwierdzenia braku formalnych podstaw do rozpoznania skargi i jej odrzucenie na podstawie art. 197 ustawy p.z.p., co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Zgodnie z zasadami wynikającymi z kodeksu postępowania cywilnego o apelacji niedopuszczalne jest orzekanie na niekorzyść strony wnoszącej skargę, o ile skargi na orzeczenie nie złożył również przeciwnik skargi. W tej sytuacji biorąc pod uwagę rodzaje rozstrzygnięć jakie może orzec sąd zgodnie z art. 198 ust.2 i 3 ustawy p.z.p. należało rozpoznać skargi i orzec co do istoty sprawy.

Rozpoznając skargę zamawiającego Wojewody Podkarpackiego i wykonawcy WARBUD S.A, Sąd Okręgowy w Rzeszowie zważył, że ocena ich zasadności wymaga rozważenia znaczenia rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Rzeszowie zawartego w wyroku z dnia 24 czerwca 2009r. dla niniejszego postępowania, W ocenie Sądu Okręgowego skutki prawomocnego wyroku w sprawach VI GA 38,37,32/09 należy oceniać również w kontekście zasady mocy wiążącej prawomocnego wyroku, wyrażonej w art. 365 k.p.c. Określone w art. 365 k.p.c.,_t związane stron, sądów i innych podmiotów i osób treścią prawomocnego orzeczenia wyraża nakaz przyjmowania przez nie, że w objętej nimi sytuacji stan prawny przedstawiał się tak, jak to wynika z sentencji wyroku /prawomocność materialna/. Co prawda przewidziane w art. 365 k.p.c._t zwężenie dotyczy tylko samej treści sentencji orzeczenia, a nie poglądów wyrażonych w jego uzasadnieniu / vide wyrok S.N. z dnia 13 03 2008r. sygn. HI CSK 284/07, wyrok S.N. z dnia 15 11 2007r. II CSK 347/07 i inne/. Jednak pogląd ten nie uzasadnia ignorowania stanowiska zajętego przez sąd cywilny w uzasadnieniu wyroku. Oznacza jedynie konieczność dokonania własnych ustaleń i samodzielnych ocen/ wyrok S.N. z dnia 3 06 2008r. IPK 301/07/. Ponieważ

b f-r

21

treść wyrażonej w orzeczeniu indywidualnej normy prawnej nie zawsze może być wyrażona w sposób dosłowny słowami w sentencji orzeczenia to ustalenie jej treści i zakresu związania prawomocnym wyrokiem wymaga niejednokrotnie wykładni orzeczenia w świetle sporządzanego do niego uzasadnienia / wyrok S N. z dnia 23 czerwca 200% [1 PK 302/08/. W okolicznościach niniejszej sprawy kwestia ta była wielokrotnie podnoszona przez odwołującego, który już w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą domagał się stwierdzenia) że zamawiający „nie wykonał wyroku sądu” lub inaczej mówiąc nie zastosował się do niego. W uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Izba podnosiła, że nie jest uprawniona do dokonania takiej oceny. Stanowisko takie można uznać za uzasadnione ale tylko w świetle treści żądania odwołującego, który domagał się nakazania przez Izbę zamawiającemu wykonania wyroku. Natomiast zgodnie z art. 365 Lp.c. również Krajowa Izba Odwoławcza była związana treścią prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009r. stosując się do jego treści czemu zresztą dała wyraz w swoim rozstrzygnięciu i jego uzasadnieniu.

Należy również wskazać, że po odpowiednim zastosowaniu na podstawie art. 194 ust. 2 ustawy p.z.p. przepisu art. 386 g 6 k.p.c. Sąd Okręgowy w Rzeszowie w obecnym składzie jest związany oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania zawartymi w wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 200%.

Rozpoznając skargę zamawiającego Wojewody Podkarpackiego, również w kontekście prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 200%, Sąd Okręgowy w Rzeszowie zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Z treści rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 24 czerwca 2009r. wynikał dla zamawiającego obowiązek powtórzenia czynności oceny ofert dwóch pozostałych w postępowaniu wykonawców z przewidywanym postępowaniem wyjaśniającym, zarówno w stosunku do Konsorcjum ERBUD

S.A. jak 1 WARBUD S.A. W przypadku oferty Konsorcjum ERBUD S.A. rozstrzygnięcie sądu wskazywało na konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. i zażądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących braku w kosztorysie ofertowym budynku głównego poz. nr 21, 22, 61. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła w uzasadnieniu swojego wyroku jakiego rodzaju czynności podjął w tym zakresie zamawiający i wykonawca Konsorcjum ERBUD S.A. Faktycznie doszło między nimi do wymiany pism, czego żadna ze stron postępowania nie kwestionowała. Zamawiający stoi na stanowisku, że w wyniku wymiany pism możliwe było poprawienie innych omyłek jedynie w odniesieniu do dwóch pozycji i twierdzi, że w wyniku wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę stwierdził, że poz. nr 21 nie została w kosztorysie ofertowym ujęta. Zarzucił Krajowej Izbie Odwoławczej błędne ustalenie, że pozycje 21 i 48 jak to ustaliła Izba zostały przez zamawiającego opisane w przedmiarach identycznie. Wszystkie zarzuty sformułowane przez zamawiającego co do rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. K1O/UZP 1260/09 zamawiający argumentował w ten sam sposób, podnosząc, że w jego ocenie z dokumentacji sporządzonej na zlecenie zamawiającego wynika, że podstawy cokołu systemu wentylacyjnego wymienione w poz. 21 i 4S są zupełnie różne.

Argumentacji zawartej w uzasadnieniu skargi zamawiającego Sąd Okręgowy nie podziela. Przede wszystkim opiera się ona na twierdzeniach zamawiającego, popartych wnioskami dowodowymi, która ze względu na prekluzję dowodową /art. 381 k.p.c./ należało oddalić. Wnioskowane dowody: rysunki, projekty i

opinie autorów projektu jak winny być zgłaszane w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wszystkim stronom postępowania znany był zakres

koniecznego do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, wynikający z prawomocnego wyniku Sądu Okręgowego z dnia 24 czerwca 2009r. Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego dopiero w postępowaniu przed Sądem Okręgowym domagał się przeprowadzenia dowodów na okoliczność

23

prawdziwości faktów na które się powołał. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy p.z.p. na zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Przeprowadzone przez zamawiającego -postępowanie wyjaśniające oto przyczyniło się do -wyjaśnienia. jakichkolwiek. rozbieżności między stronami i nie odpowiadało wymogom ustawy, a w szczególności zapewnieniu oceny ofert z zapewnieniem uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tych zamówień i troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi. Z uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która to ustawa wprowadziła przepis art. 87 ust.2 pkt 3 wynika, że wprowadzenie tego przepisu ma umożliwić poprawienie drobnych błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego, Ratio legis tego przepisu prezentowanego przez ustawodawcę wynikał z marnotrawstwa w poprzednim stanie prawnym środków publicznych na skutek bezwzględnego nakazu odrzucania ofert których treść nie odpowiadała treści siwz. Obecnie również Urząd Zamówień Publicznych dopuszcza dokonanie zmian w sytuacji gdy z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego a poprawienie omyłek nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień / Prawo zamówień po nowelizacji z 4 września 2008r. pod red. J. Sadowskiego, W-wa 2008 str. 118.: U.Z.P. dopuszcza poprawę omyłek na podstawie omawianego przepisu w¹ sytuacji gdy omyłka nie ma charakteru oczywistego /art. 87 ust. 2 pkt 1/ oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może również dotyczyć innych elementów złożonej oferty / tamże str. 117/. Wydaje się, że zamawiający wbrew wymogom ustawy i wbrew dokonanej już w tym zakresie ocenie prawnej stanu faktycznego przez Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 24 czerwca 2009r., preferuje ofertę innego wykonawcy, przez co narusza wskazane przepisy ustawy p.z.p. Wyrazem takiego stanowiska zamawiającego jest nieprawidłowe

przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w stosunku do Konsorcjum ERBUD S.A. w zakresie braku wyceny w ofercie 98 pozycji kosztorysu szczegółowego nr 4.10. „oczyszczalnia ścieków”. Obecnie zamawiający odrzucił z tego powodu ofertę Konsorcjum ERBUD S.A. powołując się na czynności wyjaśniające podjęte w grudniu 2008r. w wyniku których wykonawca potwierdził zamiar wykonania oczyszczalni w wymaganej przez wykonawcę technologii. Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w skardze na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w

zaskarżonym wyroku w sprawie rozpoznanej pod sygnaturą KIO/UZP/1406/09

co do możliwości odrzucenia na obecnym etapie postępowania oferty odwołującego z powodu okoliczności znanych zamawiającemu w trakcie pierwszej oceny ofert, których zamawiający nie wskazywał dotychczas jako podstawy do odrzucenia oferty Zamawiający nie wskazując w trakcie oceny ofert po raz pierwszy, jako podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum ERBUD S.A. braku wyceny 98 pozycji kosztorysu szczegółowego „oczyszczalnia ścieków” pozbawił wykonawcę możliwości wniesienia protestu na odrzucenia jego oferty z tej przyczyny przez zamawiającego. Wbrew twierdzeniom zamawiającego ma to duże znaczenie tak dla wykonawcy ubiegającego się o

zamówienie jak i dla obiektywnej oceny procesu wyboru oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego. Zgodnie z art. 198 ust. 4 ustawy p.z.p. sąd rozpoznając skargę nie może orzekać co do zarzutów, które nie były

przedmiotem protestu. Konsekwencją braku zarzutów zamawiającego co do oferty Konsorcjum ERBUD S.A. w części kosztorysu ofertowego dotyczącej „oczyszczalni ścieków” było ustalenie przez Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 24 czerwca 2009r. , że oferty wykonawców WARBUD S.A. i Konsorcjum ERBUD S.A. nie są sprzeczne z siwz i zapewniają przedmiot realizacji zamówienia w całości. Należy również ponownie powołać się na skutki wynikające z prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego /prawomocność materialna/ dla oceny prawidłowości prowadzonego przez zamawiającego

25

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sąd Okręgowy nie podziela poglądu wyrażonego przez zamawiającego, że zamawiający miał prawo do ponownej oceny ofert niejako od początku. Zakres ponownej oceny wyznaczony został wyraźnie treścią prawomocnego rozstrzygnięcia tak w sferze podmiotowej jak i przedmiotowej. Należy zauważyć, że w postępowaniu odwoławczym ustawodawca wyłączył stosowanie do tego postępowania przepisu art. 386 § 4 k.p.c. Nie może być zatem mowy o jakimkolwiek ponownym rozpoznaniu spornych kwestii od nowa. O konieczności ponownienia pewnych czynności decyduje treść rozstrzygnięcia sądu, która musi odpowiadać granicom wyznaczonym przez art. 198 ust. 2-^L ustawy p.z.p. W świetle tych rozważań należało ocenić, że zamawiający miał obowiązek dokonania ponownej oceny ofert, ale tylko w zakresie wyznaczonym przez sąd. Inne rozumienie tego zagadnienia stawiało by pod znakiem zapytania sens prowadzenia postępowań z użyciem środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie p.z.p. Powoływanie się zatem na okoliczności znane zamawiającemu jeszcze przed wskazanym wyżej rozstrzygnięciem, prz>> braku ze strony zamawiającego inicjatywy dowodowej celem wykazania sprzeczności oferty Konsorcjum ERBUD S.A. z aiwz w omawianym zakresie, uzasadnia nieuwzględnienie skargi również w tej części.

Rozpoznając Skargę wykonawcy WARBUD S.A. Sąd Okręgowy w Rzeszowie zważył co następuje:

Skarga jest nieuzasadniona. Skarżący formułując zarzut naruszenia art. 1194 § 1 k.p.c. w związku z art. 184 ust. 6 ustawy p.z.p. nie uzasadnił na czym naruszenie to miało polegać. Wobec szczegółowego uregulowania postępowania odwoławczego w ustawie p.z.p. i przepisach wykonawczych odesłanie zawarte w art. 184 ust. 6 ustawy p.z.p. ma faktycznie niewielkie znaczenie.

W pozostałym zakresie zarzuty skarżącego WARBUD S.A. pokrywają się z zarzutami zawartymi w skardze wniesionej przez zamawiającego 1 z tego względu rozważania na tle zarzutów zamawiającego należy odnieść do zarzutów

26

wykonawcy WARBUD S.A. W szczególności Sąd Okręgowy nie podziela poglądu wyrażonego przez Skarżącego co do tego, że wykonawcę ERBUD S.A. obciążał obowiązek wykazania, że jego oferta nie jest sprzeczna z siwz. To zamawiający twierdzi, że oferta Konsorcjum ERBUD S.A. jest sprzeczna z treścią zamówienia, a zatem jak to już wyżej wskazano zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy p.z.p. zamawiającego obciążał obowiązek wykazania tej okoliczności. Należy również podkreślić, że po nowelizacji ustawą z dnia 13 kwietnia 2007r.

/Dz.U. Nr S2, poz. 560/ zmieniły się zasady powołania biegłych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obecnie biegłego można powołać wyłącznie wtedy gdy ustalenie stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych, a nie jak w poprzednim stanie prawnym gdy ocena stanu faktycznego wymagała takich wiadomości. W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego rozbieżności dotyczą oceny pewnych okoliczności faktycznych i wynikają raczej z odmiennych interpretacji przepisów, treści zamówienia i zgłoszonych ofert. Bezprzedmiotowe są rozważania skarżącego dotyczące braku uzasadnienia do dokonania poprawek w ofercie ERBUD w sposób przytoczony w skardze / ust. V3 podpunkt a[^] /. Według treści orzeczenia Sądu Okręgowego zamawiający korzystając z wyjaśnień w trybie art 87 ust. 2 ustawy p.z.p. miał doprowadzić ofertę ERBUD do zgodności z siwz, poprzez poprawienie błędów, które sąd ocenił jako inne omyłki /art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p.- W ocenie skarżącego zamawiający wykonał te czynności z najwyższą skrupulatnością jednakowo w stosunku do obu wykonawców. Kwestia U nie ma jednak znaczenia w sytuacji gdy wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i nakazu wynikającego z treści prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego, zamawiający nie doprowadził do zgodności oferty Konsorcjum ERBUD z treścią zamówienia. Z powyższych względów brak było uzasadnienia do uwzględnienia skargi wykonawcy.

Wobec braku podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia obu skarg, należało zgodnie z art. i 98 ust, 2 zdanie pierwsze, orzec o ich oddaleniu.

«

Jt

-■s

**O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za
wynika sprawy A«t 198 ust 5/« Na toszty zasądzone M Qclwoh WceS⁰
ERBUD S-A. składają się koszty zastępstwa procesowego radcy prawnego w
' wysokości ustalonej na podstawie 5 10 pkt 4 rozp. Ministra Sprawiedliwości a
dnia 28 września 202r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz
ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawną udzielonej przez**