

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 maja 2008 roku

Sąd Okręgowy w Lublinie, IX Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący SSO Sławomir Boratyński (spr.)

Sędziowie: SO Liliana Stępkowska

SO Przemysław Grochowski

Protokolant: star. sekr. sąd. Ewa Towarnicka

po rozpoznaniu w dniu 30 kwietnia 2008 roku w Lublinie
na rozprawie

skarg : Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego w Lublinie oraz
Polimex Mostostal Spółki Akcyjnej w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2008 r.
sygn. akt KIO/UZP 111/07

w sprawie z odwołania wniesionego przez Konsorcjum: Mostostal
Warszawa Spółki Akcyjnej w Warszawie - lider , Acciona
Infraestructuras S.A. w Madrycie Oddział w Polsce - partner ,
Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych i Elektrycznych
„Interbud” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie -
partner , Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowego WAMACO
Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - partner

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Skarb Państwa - Sądu
Okręgowego w Lublinie protestu z dnia 11 grudnia 2007 roku,
przy udziale Konsorcjum : Mostostal Warszawa Spółka
Akcyjna w Warszawie - lider , Acciona Infraestructuras S.A. w
Madrycie Oddział w Polsce - partner , Przedsiębiorstwo Instalacji
Sanitarnych i Elektrycznych „Interbud” Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w Lublinie - partner , Przedsiębiorstwo
Produkcyjno - Handlowe WAMACO Spółka z ograniczoną
odpowiedzialnością w Warszawie - partner

Oddała obie skargi .

Uzasadnienie:

Wyrokiem z dnia 30 stycznia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 111/07 Krajowa Izba Odwoławcza, w sprawie z odwołania wniesionego przez Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie, Acciona Infraestructuras S.A. w Madrycie Oddział w Polsce, Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych i Elektrycznych „Interbud” Sp. z o. o. w Lublinie, Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe WAMACO Sp. z o. o. w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Lublinie, protestu z dnia 11 grudnia 2007 roku, orzekła o uwzględnieniu odwołania i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert (1) oraz kosztami postępowania obciążyła Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Lublinie, nakazała: zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064,00 zł z kwoty wpisu uiszczanego przez powyższe Konsorcjum, dokonać wpłaty kwoty 4.064,00 zł przez Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Lublinie, na rzecz Konsorcjum, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania i dokonać zwrotu kwoty 35.936,00 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Konsorcjum (2) - k.70-71.

W uzasadnieniu orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

Najistotniejszym dla rozpatrzenia niniejszej sprawy było ustalenie, czy zamawiający przewidział w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i załączonym do niej wzorze umowy zastosowanie w przyszłej umowie dotyczącej zamówienia publicznego wynagrodzenia kosztorysowego (art. 629 i 630 k.c.), czy - ryczałtowego (art. 632 k.c.). Zamawiający bowiem podkreślał, iż w rozdziale X Specyfikacji wprowadził postanowienie, że przedmiary robót mają pełnić funkcję pomocniczą, a wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym i jest ono bliższe wynagrodzeniu ryczałtowemu. Jednak w ocenie Izby zamawiający nie dowiódł, że zamierzał zastosować wynagrodzenie ryczałtowe, lecz tylko twierdził, że wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym i jest ono bliższe wynagrodzeniu ryczałtowemu. Jednak w ustawie Prawo zamówień publicznych nie występuje pojęcie wynagrodzenia mieszanego. Także w przepisach kodeksu cywilnego, stosowanych w zamówieniach publicznych na podstawie art. 14 i 139 ust. 1 Pzp. uregulowane są tylko dwa rodzaje sposobów wynagradzania - kosztorysowy, albo ryczałtowy. Zdaniem Izby zamawiający nie przedstawił także metody wynagrodzenia mieszanego w Specyfikacji, ani we wzorze umowy. Ponadto zamawiający nie wykazał, na czym mogłyby polegać takie wynagrodzenie „bliższe wynagrodzeniu ryczałtowemu”. Także wszystkie cechy wynagrodzenia kosztorysowego zostały określone w § 3 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do Specyfikacji.

Również argument górnej granicy ceny umowy w ocenie Izby nie może podważać kosztorysowego charakteru zamówienia, gdyż zamawiający musi w umowie ściśle określić cenę, a wszystkie odstępstwa od postanowień umowy będzie można stosować tylko zgodnie z art. 144 Pzp.

Ponadto w wynagrodzeniu kosztorysowym przedmiary stanowią podstawy do rozliczenia, co nie przeszkadza, aby zamawiający stwierdził, że pełnią one funkcję pomocniczą do sporządzenia oferty bez zdefiniowania pojęcia „funkcja pomocnicza”. Ważne jest, że zamawiający nie wprowadził jakiegoś innego elementu, który miałby pełnić funkcję podstawową w trakcie wynagradzania lub sporządzania oferty, skoro przedmiary miałyby pełnić tylko funkcję pomocniczą.

W przypadku szczegółowych zarzutów zdaniem Izby odwołujący wykazał, a zamawiający przyznał, iż oferta firmy Polinex zawierała wiele uchybień, które powinny skutkować jej odrzuceniem. Jednak zamawiający stał na stanowisku, że uchybienia te dotyczą stosunkowo małych kwot w porównaniu z ceną ofertową, dlatego też nie odrzucił oferty. Jednak zdaniem Izby, w Prawie zamówień publicznych nie istnieje zależność obowiązku

odrzućcenia oferty od wartości uchybień oferty i pomyłek rachunkowych. Dlatego Zamawiający ma obowiązek na równych zasadach traktować wszystkich wykonawców i na równych zasadach odrzucać oferty, których pomyłki, czy uchybienia opiewają na bardzo małe wartości, czy na większe. Jednak przed dokonaniem odrzućcenia oferty zamawiający powinien wystąpić o wyjaśnienia, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. W rozpatrywanym przypadku odstępnstwa od specyfikacji oferty firmy Polimex polegały na uchybieniach, jak poniżej wskazanych:

W kosztorysie „Przylącze wodociągowe” - nie uwzględniono treści odpowiedzi z dnia 26 października 2007 roku na pytanie 3 dot. Wodociągu, tym samym w ofercie Polimex Mostostal S.A. nie ujęto rozbiórki i odtworzenia 7 m² chodnika. Zamawiający uprosił sformułowanie dotyczące zakresu i odpowiedział, że chodzi o wodociąg i skoro była wyłączona sieć wodociągowa, to odpowiedź musi dotyczyć tylko przylącza i taki zakres musi być ujęty w przedmiarze. Jednak oferta Polimexu nie zawierała tego zakresu. Sam zamawiający przyznał, że gdyby przyjąć, że oferta Polimexu nie ujęła rozbiórki i odtworzenia 7 m² chodnika to spowodowałoby to zaniżenie oferty o 203 zł. Zostało to uznane za ewentualne drobne uchybienie.

W kosztorysach „Sieć kanalizacji sanitarnej”, „Przylącze kanalizacji sanitarnej”, „Sieć kanalizacji deszczowej”, „Przylącze kanalizacji deszczowej” - nie uwzględniono odpowiedzi z dnia 12 listopada 2007 roku na pytanie 3.1 dotyczące ilości piasku do zasypiania wykopów. Tym samym, w ofercie Polimex Mostostal S.A. nie ujęto zasypiania wykopów w ilości odpowiednio: sieć sanitarna - 250 m³, przylącze kanalizacji sanitarnej - 30 m³, sieć kanalizacji deszczowej - 410 m³, przylącza kanalizacji deszczowej - 60 m³. Odwołujący stwierdził, że zamawiający w oddaleniu protestu wskazał, że oferta Polimex zawiera pozycję - dowóz piasku do zasypiania. Przedmiar podstawowy nie dotyczył kwestii poruszanych w tirecie 3 protestu. Sam dowóz piasku nie spełnia wymagań zamawiającego, gdyż należało uwzględnić dowóz piasku wraz z zasypianiem. W ofercie Polimex nie ma zasypiania (np. w pytaniu nr 4 pkt 3, wyjaśnienia z dnia 08 listopada 2007 roku). Ponadto należy odtworzyć nawierzchnię, zatem sam dowóz piasku nie jest pozycją wystarczającą. W kosztorysie ofertowym Polimex Mostostal S.A. została ujęta pozycja do zasypywania piasku, a przedmiar podstawowy, określał zasypywanie wykopów gruntem.

W kosztorysie „Instalacja wewnętrzna wod. - kan. wraz z siecią hydrantową wewnętrzną” nie uwzględniono odpowiedzi z dnia 26 października 2007 roku na pytanie IV.2 w zakresie gaśnic wchodzących w skład szafek hydrantowych, tym samym w ofercie Polimex Mostostal S.A. nie uwzględniono dostawy wymaganych przez zamawiającego gaśnic. Odwołujący wskazał, że w pozycji instalacje wewnętrzne wykonawcy mieli wpisać zarówno szafki, jak i wyposażenie, natomiast zamawiający w odpowiedzi z dnia 16 października 2007 roku na pytanie niedwuznacznie wskazał, że wykonawca musiał podać w kosztorysie ofertowym gaśnicę, co nie wynika z oferty Polimex Mostostal S.A. Postępowanie jest sformalizowane i zamawiający nie może domyślać się, co zawiera dana pozycja kosztorysu ofertowego, każdy wykonawca ma obowiązek jednoznacznego stwierdzenia, co oferuje. Zamawiający tymczasem przyznał, że zgodnie z postanowieniami umowy zamawiający domagał się dostarczenia i zamieszczenia gaśnic w szafkach.

W kosztorysie „Instalacja wewnętrzna wod. - kan. wraz z siecią hydrantową wewnętrzną” nie uwzględniono odpowiedzi z dnia 26 października 2007 roku na pytanie 4.1 w zakresie zabezpieczenia przed suchobiegiem. Z oferty Polimex Mostostal S.A. nie wynika, iż firma ta zaproponowała zestaw hydroforowy wraz z przedmiotowym zabezpieczeniem. W związku z tym, iż w skład proponowanego przez Polimex Mostostal S.A. zestawu opcjonalnie wchodzi zabezpieczenie przed suchobiegiem, a Polimex Mostostal S.A. w kosztorysie ofertowym nie wskazał, iż oferuje ten właśnie zestaw wraz z zabezpieczeniem, stwierdzić należy, iż jego oferta nie obejmuje zabezpieczenia przed suchobiegiem. Odwołujący wniósł kopię oferty sprzedawcy dystrybutora hydroforów (ten sam dystrybutor w przypadku obu oferowanych hydroforów) potwierdzającą iż zestaw hydroforowy nie obejmuje zabezpieczenia przed suchobiegiem. Jeżeli takie zabezpieczenie występuje, powinno być jednoznacznie wskazane w kosztorysie. Zamawiający sam stwierdził, że zabezpieczenie przed suchobiegiem nie zostało wyraźnie uwzględnione w ofercie Polimex Mostostal S.A., jednak zamawiający podniósł, że zabezpieczenie to nie było konieczne bez dowiedzenia tego, a z

wyjaśnień z 26 października na pyt. 4.1 wynika, że zabezpieczenie było niezbędne. W ocenie Izby, nie wolno po upływie terminu składania ofert modyfikować specyfikacji. Natomiast w rozpatrywanej sprawie zamawiający na etapie oceny ofert inaczej interpretuje ustanowione wcześniej przez siebie wymagania, co jest niezgodne z art. 38 ust. 4 Pzp. Izba także wskazała, że wycena zestawu hydroforowego została uznana przez zamawiającego jako obejmująca zabezpieczenie przed suchobiegiem. Wskazano także, że zdaniem zamawiającego w złożonym przez odwołującego piśmie jest stwierdzone, że istnieje możliwość zakupu zestawu również z suchobiegiem. Pismo to nie stanowi jednak jego ocenie dowodu, że zaoferowany przez Polimex Mostostal S.A. zestaw był bez zabezpieczenia, a jedynie podstawę do domniemania. Zamawiający natomiast, mając taki sygnał (pochodzący z protestu) powinien starać się wyjaśnić problem przed rozstrzygnięciem protestu.

Kosztorys dotyczący Robót drogowych w dziale 4 „krawężniki i obrzeża”, poz. 21 d.4 sporządzony przez Polimex Mostostal S.A. zawiera niezgodną z wymaganiami zamawiającego ilość oferowanych robót, tj. 1,216 m³ zamiast 1,26 m³. Odwołujący wskazał, że Polimex Mostostal S.A. wykazał mniejszą ilość robót, niż były wymagane przez zamawiającego. Tę okoliczność potwierdził tak Polimex Mostostal S.A., jak i zamawiający. Jednak zamawiający twierdził, że jest to nieistotne uchybienie, nie mające wpływu na niezgodność treści oferty ze specyfikacją. Odwołujący stwierdził natomiast, że następuje tu niezgodność treści oferty ze specyfikacją występuje tu zmiana ilości jednostkowych. Zmiana ta i wszystkie inne odstępstwa mają wpływ na rozmiar świadczenia wykonawcy i treść oferty wykonawcy. Zamawiający nie może twierdzić, że zaniżenie ilości jednostek jest nieistotnym uchybieniem, gdyż ocena ta jest subiektywna i prowadzi do zadania pytania - kto może stwierdzić, jaki błąd jest istotny, a jaki nieistotny. Specyfikacja jest ustalona po to, by jednakowo traktować i oceniać wszystkich wykonawców. Zamawiający nie może dzielić postanowień specyfikacji na istotne i nieistotne. Byłoby to relatywizowanie sytuacji wykonawców i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust.

1 Pzp oraz nie może dokonywać zmian w specyfikacji po upływie terminu składania ofert. Zamawiający uznał, iż jest to drobne uchybienie, które spowodowało zaniżenie oferty o 20 zł, jednak przepisy Prawa zamówień publicznych nie są relatywne w stosunku do wartości uchybień i nie pozwalają zamawiającemu na relatywizowanie swoich ocen ze względu na wartość zamówienia czy znalezionych odstępstw ofert oraz specyfikacji (przedmiarów robót).

Z tych też wszystkich powyższych względów należało zdaniem Izby unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (k.72-77).

Rozstrzygnięcie o kosztach według Izby uzasadnia treść art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (k.77).

Na powyższy wyrok w dniu 11 lutego 2008 roku, zaskarżając go w całości, skargę wniósł Skarb Państwa - Sąd Okręgowy w Lublinie (k.81-96), zarzucając mu:

- naruszenie art. 187 ust. 4 pkt 7 w zw. z art. 184 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) w zw. z § 1 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 02 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2007 roku, Nr 187, poz. 1327) - poprzez przyjęcie, iż kopia odwołania została przekazana zamawiającemu, a w konsekwencji nie odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym;
- naruszenie art. 187 ust. 6 ustawy Pzp. i art. 191 ust. 1 ustawy Pzp. - poprzez zamknięcie posiedzenia i otwarcie rozprawy, pomimo istnienia podstaw do odrzucenia odwołania oraz w konsekwencji poprzez wydanie wyroku, a nie postanowienia w przedmiocie odrzucenia odwołania;
- naruszenie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. - poprzez pominięcie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dowodów powołanych przez zamawiającego, a skutkujących w jego ocenie odrzuceniem odwołania oraz przyczyn, dla których odwołanie nie zostało odrzucone, które to przyczyny stanowić musiały zarazem prawną podstawę wydania wyroku w okolicznościach sprawy;

- naruszenie art. 192 ust. 5 ustawy Pzp. - poprzez wadliwe doręczenie odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem pełnomocnikowi zamawiającego;
- naruszenie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. - poprzez przyjęcie, że wykonawca ma interes prawny we wniesieniu odwołania;
- naruszenie art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. w zw. z art. 629 i art. 630 k.c. - poprzez przyjęcie, iż we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamawiający przewidział klasyczny kosztorysowy sposób wynagrodzenia za roboty budowlane oraz poprzez przyjęcie, iż przedmiary stanowią podstawę do rozliczenia tego wynagrodzenia;
- naruszenie art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. - poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty złożonej przez Polimex Mostostal S.A. nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co skutkowałoby, w przypadku nie zaskarżenia niniejszego wyroku, koniecznością uznania jej przez zamawiającego za ofertę podlegającą odrzuceniu, pomimo braku ku temu podstaw.

Wskazując na powyższe pełnomocnik skarżącego wniósł o uwzględnienie skargi poprzez uchylenie wyroku i odrzucenie odwołania, ewentualnie poprzez zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania oraz zmianę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego poprzez obciążenie przeciwnika skargi - odwołującego się kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od niego uzasadnionych kosztów tego postępowania poniesionych przez skarżącego - zamawiającego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, z uwzględnieniem wynagrodzenia pełnomocnika oraz o zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów postępowania przed sądem, wywołanych wniesieniem niniejszej skargi, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie odwołania przez Izbę wniósł również przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Polimex - Mostostal Spółka Akcyjna w Warszawie. Skarga ta wpłynęła do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 12 lutego 2008 r. Powyższemu wyrokowi skarżący zarzucił naruszenie:

- art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp - poprzez uwzględnienie odwołania podlegającego odrzuceniu;
- art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp w zw. z art. 179 Pzp - poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez podmiot nie posiadający interesu prawnego;
- art. 191 Pzp - poprzez uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, mimo tego iż odwołujący nie udowodnił naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniających takie rozstrzygnięcie;
- art. 192 Pzp - poprzez nieustosunkowanie się w uzasadnieniu orzeczenia do błędów formalnych odwołania uzasadniających jego odrzucenie;
- art. 629, 630 i 632 kc w zw. z art. 14 i 139 Pzp - poprzez przyjęcie, że przepisy te mają zastosowanie do umowy o roboty budowlane.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez odrzucenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych względnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości.

Przeciwnik skarg - wykonawca Konsorcjum w złożonych odpowiedziach na skargi wniósł o ich oddalenie oraz o zasądzenie od skarżących na jego rzecz kosztów postępowania skargowego według norm przepisanych (k.107-116 oraz 147 - 156).

Sąd Okręgowy Sąd Gospodarczy w Lublinie rozpoznając przedmiotowe skargi ustalił i zważył, co następuje:

Wniesione skargi nie są uzasadnione i nie zasługują na ich uwzględnienie. Obie skargi powołują się w zasadzie na identyczne zarzuty wobec czego w ocenie Sądu Okręgowego nie ma potrzeby odnoszenia się do każdej ze skarg z osobna, a wystarczające w tym względzie będzie odniesienie się do poszczególnych zarzutów w nich zawartych.

Wbrew zarzutom skarg wskazać należy, iż ustalenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą i ich ocena prawna oraz stanowiąca podstawę, ustaleń faktycznych ocena przeprowadzonych w toku postępowania dowodów są prawidłowe i Sąd Okręgowy dzieląc je, przyjmuje za własne, co sprawia, iż nie zachodzi potrzeba ich powtarzania (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1997 r., II UKN 61/97 - OSNAP 1998 nr 9, poz. 104 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 1999 r., IPKN 521/98 - OSNAP 2000, nr 4, poz. 143).

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała w niniejszej sprawie oceny całokształtu zgromadzonego materiału dowodowego, na podstawie którego poczyniła właściwe ustalenia faktyczne i wyciągnęła prawidłowe wnioski. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała również prawidłowej interpretacji prawnej dokonanych w sprawie ustaleń i przedstawiła w uzasadnieniu podstawę prawną swojego orzeczenia. Bez wpływu na powyższe stanowisko pozostają zarzuty i wnioski skarżących podniesione w złożonych przez nich skargach.

Na wstępie rozważań prawnych w ocenie Sądu Okręgowego należy odnieść się do kwestii naruszenia interesu prawnego wykonawcy - Konsorcjum, którego liderem jest Mostostal S.A., a tym samym do zarzutu naruszenia przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. poprzez przyjęcie, że wykonawca ma interes prawny we wniesieniu odwołania. Zgodnie bowiem z treścią art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym miejscu należy przytoczyć wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12 marca 2007 roku, według którego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, interes prawny w uzyskaniu zamówienia ma tylko ten, na którego sferę prawną może oddziaływać bezpośrednio lub pośrednio wynik danego postępowania. Wykazanie naruszenia interesu prawnego powinno być realne i konkretne, opierać się na faktach, a nie hipotezach lub żądaniach, które nie mogą lub nie muszą być spełnione przez zamawiającego. Naruszenie interesu prawnego musi istnieć w konkretnym postępowaniu (UZP/ZO/O-219/07, LEX nr 286165).

W przedmiotowej sprawie jednak zasadnicze znaczenie ma kwestia, czy brak dysponowania przez zamawiającego środkami, które umożliwiłyby mu dokonanie wyboru oferty przeciwnika skargi, bowiem cena jego oferty jest wyższa o ok. 9.000.000 zł od ceny oferty spółki Polimex Mostostal S.A. jednoznacznie świadczy o braku naruszenia interesu prawnego przeciwnika skargi. Odnośnie powyższej kwestii należy przytoczyć wyrok ZA UZP z dnia 10 lipca 2007 roku, według którego nie można postawić zarzutu braku interesu prawnego ze strony wykonawcy z uwagi na fakt, że jego cena ofertowa przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia i w związku z tym nie ma on szansy na uzyskanie przedmiotowego kontraktu. Decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania z powodu przekroczenia przez ofertę najkorzystniejszą środków, jakie może on przeznaczyć na realizację zamówienia, może zapaść dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty (UZP/ZO/O-808/07, LEX nr 341955). Powyższe potwierdza również wyrok ZA UZP z dnia 09 lipca 2007 roku, stanowiący, iż nie można podzielić stanowiska, że odwołujący, który złożył ofertę z ceną znacznie przewyższającą kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie ma interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej w postępowaniu. Wykonawca nie jest w stanie określić kwoty, jaką zamawiający w rzeczywistości może przeznaczyć na realizację zamówienia. Nie może jednak pozbawić go możliwości kwestionowania jego zdaniem sprzecznych z prawem działań (zaniechać zamawiającego) - UZP/ZO/O-797/07, LEX nr 341941, teza 1.

Mając na uwadze ugruntowany zdaniem Sądu Okręgowego pogląd, zaprezentowany

powyżej należy jednoznacznie stwierdzić, iż bez wątpienia wykonawca posiadał zatem interes prawny we wniesieniu odwołania w przedmiotowej sprawie jak zasadnie przyjęła to Izba a czemu dała wyraz w treści uzasadnienia . Potwierdzeniem tego jest również wyrok ZA UZP z dnia 23 marca 2007 roku, według którego konsorcjum posiada interes prawny we wnoszeniu środka odwoławczego, jeżeli nie zostało wykluczone z postępowania, a jego wniosek nie został odrzucony i został sklasyfikowany na 5 miejscu, ostatnim, które uprawnia do złożenia oferty. Sytuacja ta może ulec zmianie w wyniku uwzględnienia odwołań i dokonania ponownej oceny złożonych wniosków. Nie można wykluczyć sytuacji, że w wyniku takiej oceny konsorcjum może zostać sklasyfikowany na szóstej lub dalszej pozycji i nie zostanie zaproszone do złożenia oferty (...) (UZP/ZO/0-284/07; UZP/ZO/0-285/07; LEX nr 278159, teza 1).

Niezasadnym jest również zarzut naruszenia art. 187 ust. 4 pkt 7 w zw. z art. 184 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) w zw. z § 1 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 02 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2007 roku, Nr 187, poz. 1327), poprzez przyjęcie, iż kopia odwołania została przekazana zamawiającemu, a w konsekwencji nie odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym. Jak stanowi treść art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp. izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołujący się nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2, według którego odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Natomiast zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 02 października 2007 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2007 roku, Nr 187, poz. 1327) odwołanie zawiera: imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres, numer telefonu i faksu odwołującego się; imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres, numer telefonu i faksu zamawiającego; określenie przedmiotu zamówienia; wskazanie numeru Biuletynu Zamówień Publicznych albo Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu; wskazanie strony internetowej, na której została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnił ją na tej stronie; datę wniesienia protestu; zwięzłe przedstawienie zarzutów; wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania; uzasadnienie faktyczne i prawne; podpis odwołującego się lub jego przedstawiciela albo pełnomocnika. Do odwołania dołącza się: kopię protestu; kopię rozstrzygnięcia protestu, jeżeli protest został rozstrzygnięty; dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości; pełnomocnictwo, jeżeli zostało udzielone; dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu (ust. 2).

Rozpoznając przedmiotowy zarzut należy w ocenie Sądu Okręgowego zgodzić się ze stanowiskiem przeciwnika skargi, iż nowe brzmienie Rozporządzenia w sprawie regulaminu z 2007 roku jednoznacznie potwierdza, iż na treść odwołania składają się elementy wskazane w § 1 ust. 1, zaś elementy wymienione w § 1 ust. 2 nie stanowią odwołania, lecz tylko i wyłącznie załączniki do odwołania. Nie wynika natomiast z tego przepisu aby załączniki te które winny być dołączone do odwołania stanowiły jego integralną treść czy też same przez się stanowiły element samego odwołania . Ustawodawca wskazał wprost i jednoznacznie na konieczność doręczenia , ale samego odwołania , a nie odwołania wraz z załącznikami jak chcą tego skarżący .Z samego faktu, że do odwołania dołącza się załączniki nie można wyprowadzić wniosku, że skoro przepis stanowi wprost o doręczeniu odwołania należy przez to rozumieć także doręczenie załączników . Skoro więc załączniki nie stanowią odwołania (treści odwołania), a wykonawca ma obowiązek przesłania zamawiającemu kopii odwołania, tym samym nie można mówić o niedopełnieniu przez Konsorcjum , którego liderem jest Mostostal ciężącego na nim obowiązku przekazania kopii odwołania.

Poprzednio obowiązujące bowiem rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2006 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2006 roku, Nr 87, poz. 603), w § 1 w sposób odmienny od obecnie obowiązującego rozporządzenia regulowało rolę załączników do odwołania, stanowiąc, iż odwołanie wnoszone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej "Prezesem Urzędu", zawiera w szczególności: imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres, numer telefonu i faksu odwołującego się; imię i nazwisko lub nazwę (firmę) oraz adres, numer telefonu i faksu

zamawiającego; określenie przedmiotu zamówienia; wskazanie strony internetowej, na której została udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia, jeżeli zamawiający udostępnił ją na tej stronie; datę wniesienia protestu; zwięzłe przedstawienie zarzutów; wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania; uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania; podpis odwołującego się lub jego przedstawiciela albo pełnomocnika; załączniki - kopię protestu, kopię rozstrzygnięcia protestu, jeżeli protest został rozpatrzony, dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, a także ewentualne pełnomocnictwo. Takie zredagowanie powyższego przepisu wskazywało na to, iż załączniki do odwołania były jego integralną częścią. Obecnie natomiast kwestia ta uregulowana jest w ocenie Sądu Okręgowego odmiennie, bowiem, jak już to zostało wspomniane, w paragrafie 1 ust. 1 uregulowano, co powinno zawierać odwołanie, natomiast dopiero w ust 2 wskazano, co dołącza się do odwołania i co stanowi jego załączniki.

Mimo powyższego jednak należy wskazać, iż skarżący - zamawiający jak sam przyznał, w dacie wniesienia odwołania nie posiadał tylko kopii uiszczenia wpisu. Natomiast w wydanym jeszcze pod rządami poprzednio obowiązującego rozporządzenia wyroku ZA UZP z dnia 09 sierpnia 2007 roku stwierdzono, iż nie jest naruszeniem art. 184 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych niedołączenie wymienionych w odwołaniu załączników takich jak: kopia protestu, wyciąg z KRS, dowód uiszczenia wpisu od odwołania (UZP/ZO/0-970/07, LEX nr 321759, teza 1). Również przesłanie odwołania za pośrednictwem faksu wypełnia dyspozycję art. 184 ust. 2 Pzp., gdyż przepis ten wyraźnie stanowi o przesłaniu kopii, a nie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem (wyrok ZA UZP z dnia 06 czerwca 2007 roku, UZP/ZO/0-644/07, LEX nr 321675, teza 1).

Z uwagi na powyższe rozważania należy podnieść, iż powyższy zarzut jest zatem bezzasadny, gdyż odwołujący spełnił warunek poinformowania o wniesieniu odwołania we właściwym terminie (w myśl przepisu art. 184 ust. 2 Pzp.), a dokumenty stanowiące załączniki do odwołania znajdowały się we władaniu zamawiającego. Natomiast zamawiający nie posiadał jedynie informacji o wniesieniu wpisu, który jednak jest dokumentem sprawdzanym przez Prezesa Urzędu, a nie przez zamawiającego.

Należy również ubocznie wskazać, iż wynikający z art. 184 ust. 2 Pzp. obowiązek przesłania zamawiającemu kopii odwołania ma tylko i wyłącznie na celu poinformowanie zamawiającego co do tego, czy protest został ostatecznie rozstrzygnięty i aby mógł on bezpośrednio po upływie terminu zawitego do złożenia odwołania skutecznie zawrzeć umowę z wybranym wykonawcą. Powyższy pogląd potwierdza m. in. postanowienie ZA UZP z dnia 04 kwietnia 2007 roku, według którego (...) odwołujący obowiązany jest przekazać kopię odwołania zamawiającemu w takim terminie, by do wiadomości zamawiającego dotarła ona w czasie przewidzianym ustawą do jego wniesienia, tj. 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu (UZP/ZO/0-356/07, LEX nr 288567).

Mając na uwadze powyższe rozważania należy również podnieść, iż niezasadnym jest twierdzenie skarżącego, że doszło do naruszenia § 1 ust. 2 pkt 4 w/w rozporządzenia poprzez nie dołączenie do odwołania pełnomocnictwa udzielonego Spółce Mostostal Warszawa S.A. przez członków Konsorcjum - partnerów. Jak słusznie bowiem zauważył przeciwnik skargi stosowne pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym do wnoszenia środków ochrony prawnej zostały udzielone przez partnerów Konsorcjum oraz zostały złożone w oryginale do oferty Konsorcjum, której liderem jest spółka Mostostal. Z tego względu Mostostal Warszawa S.A. nie dysponuje i nie może dysponować oryginałami tych pełnomocnictw, gdyż znajdują się one w wyłącznej dyspozycji zamawiającego. Brak jest natomiast podstaw prawnych do żądania od przeciwnika skargi wykazania umocowania do wniesienia środka ochrony prawnej w oryginale, gdy już raz to uczynił w postępowaniu przetargowym, gdyż w niniejszym przypadku sprowadzałoby się to do konieczności udzielenia ponownych pełnomocnictw w tym samym zakresie liderowi konsorcjum przez jego partnerów mimo, że poprzednio udzielone pełnomocnictwa nie traciły mocy obowiązywania.

W przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoczynając posiedzenie w dniu 25 stycznia 2008 roku dokonała sprawdzenia stosownych pełnomocnictw, które w odniesieniu do Konsorcjum, którego liderem jest Mostostal S.A. znajdowały się w aktach

sprawy na (k.46) , a które to umocowania wynikały z pisemnych pełnomocnictw włączonych do oferty, zawartych na str. od 420 - 439 (L61). Dlatego też w ocenie Sądu Okręgowego w przedmiotowej sprawie nie doszło do uchybienia polegającego na braku złożenia przez przedmiotowe Konsorcjum stosownych pełnomocnictw.

Skarżący podniósł nadto, iż wniesione odwołanie zawiera również inne uchybienia formalne, np. nie zawiera numeru telefonu odwołującego i zamawiającego (§ 1 ust. 1 pkt 1 i 2 przedmiotowego rozporządzenia) oraz nie wskazuje numeru Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu (§ 1 ust. 1 pkt 4 w/w rozporządzenia). Jednak w ocenie Sądu Okręgowego tego typu uchybienia formalne nie stanowią podstawy do odrzucenia odwołania, bowiem art. 187 ust. 4 Pzp. enumeratywnie wymienia okoliczności skutkujące odrzuceniem odwołania, którymi nie jest brak wskazania w odwołaniu numeru telefonu odwołującego i zamawiającego czy też numeru Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich. Należy również wskazać na fakt, iż zamawiający, na pytanie Krajowej Izby Odwoławczej, zadane na posiedzeniu w dniu 25 stycznia 2008 roku stwierdził, iż jest w posiadaniu tych numerów (k.62).

Z tych też wszystkich względów niezasadnym jest również zarzut naruszenia art. 187 ust. 6 ustawy Pzp., według którego w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, przewodniczący składu orzekającego zamyka posiedzenie i otwiera rozprawę oraz art. 191 ust. 1 ustawy Pzp., stanowiącego, iż o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu izba orzeka w wyroku , a w pozostałych przypadkach izba wydaje postanowienie - poprzez zamknięcie posiedzenia i otworenie rozprawy. Nie istniały bowiem żadne podstawy do odrzucenia odwołania, a w konsekwencji istniały podstawy do wydania wyroku, a nie postanowienia w przedmiocie odrzucenia odwołania. Sąd Okręgowy bowiem w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do odrzucenia odwołania z poruszanych przez skarżących przyczyn.

Chociaż w ocenie Sądu Okręgowego zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp., poprzez pominięcie w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dowodów powołanych przez skarżących , a skutkujących w ich ocenie odrzuceniem odwołania oraz przyczyn, dla których odwołanie nie zostało odrzucone, które to przyczyny stanowić musiały zarazem według skarżących prawną podstawę wydania wyroku w okolicznościach sprawy to jednak uchybienie to nie ma wpływu na ocenę zasadności wniesionych skarg jako takich . Zgodnie z treścią art. 192 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, izba z urzędu sporządza uzasadnienie wyroku oraz postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Z kolei ustęp 2 tegoż przepisu stanowi, iż uzasadnienie, o którym mowa w ust. 1, zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W zakresie odniesienia się do zarzutów skarżących w powyższym zakresie uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia wymogów tych rzeczywiście nie spełnia . Z uwagi jednak na ugruntowaną linię orzecniczą Sądu Najwyższego, a w szczególności z uwagi na treść wyroku z dnia 15 kwietnia 2005 roku, strona może powołać się na zarzut wadliwego sporządzenia uzasadnienia i zarzut taki należy ocenić jako zasadny, gdy z powodu braku w uzasadnieniu elementów wskazanych w art. 328 § 2 k.p.c. (w przedmiotowej sprawie - w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ma analogiczną treść do art. 328 § 2 k.p.c.) zaskarżony wyrok nie poddaje się kontroli apelacyjnej, bądź kasacyjnej (I CK 756/04, LEX nr 301885). Powyższe potwierdza również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2007 roku, według którego Sąd jest zobowiązany do wyjaśnienia motywów podjętego rozstrzygnięcia w sposób umożliwiający przeprowadzenie kontroli instancyjnej zaskarżonego orzeczenia (...) (V CSK 115/07, M. Prawn. 2007/17/930). W niniejszym przypadku sytuacja taka nie ma miejsca.

W ocenie Sądu Okręgowego zarzut naruszenia treści art. 192 ust. 2 ustawy podniesiony przez skarżących stanowi w tym zakresie jedynie ich polemikę z wyrokiem i uzasadnieniem Krajowej Izby Odwoławczej, która i tak nie może odnieść skutku. Skarżący nie wykazał bowiem bezzasadnego pominięcia innych dowodów na których Izba oparła swoje rozstrzygnięcie , a które mogłyby prowadzić do odmiennych wniosków, niż te prezentowane przez Izbę. Natomiast ocena mocy i wiarygodności dowodów, przeprowadzona w pisemnym uzasadnieniu orzeczenia, mogłaby być skutecznie podważona w postępowaniu odwoławczym

tylko wówczas, gdyby wykazano, że zawiera ona błędy logiczne, wewnętrzne sprzeczności, jest niepełna itp. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 31 sierpnia 2005 roku, I ACa 456/05, LEX nr 177026).

Mając nadto na uwadze treść uzasadnienia wyroku sporządzonego przez Krajową Radę Odwoławczą należy podnieść, iż rzeczywiście, jeśli chodzi o sam układ uzasadnienia nie jest ono sporządzone w taki sposób, jak to czynią sądy. Niemniej jednak z treści uzasadnienia jednoznacznie wynika, jakie fakty zostały ustalone przez Izbę, które uznała za udowodnione, na jakich dowodach się oparła, a także zostały przytoczone przepisy prawa, które w ocenie Izby nie zostały naruszone z dość obszerną argumentacją oraz w odniesieniu do okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy. W związku z tym tak sporządzone uzasadnienie przez Krajową Radę Odwoławczą nie uniemożliwia dokonanie kontroli instancyjnej przez Sąd Okręgowy. Ponadto zdaniem Sądu Okręgowego nie ulega wątpliwości, iż zarzuty skargi nie podważają w skuteczny sposób dokonanej przez Izbę oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Na marginesie należy podnieść, iż specyfiką uzasadnienia wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą jest to, iż w uzasadnieniu arbitrzy formułują pewne wytyczne pod adresem zamawiającego, którymi powinien on się kierować wykonując wyrok. Wytyczne te są bowiem dla zamawiającego wiążące. W przeciwnym wypadku można by twierdzić, że wykonaniem wyroku jest samo tylko powtórzenie czynności, nawet jeśli w jego wyniku rozstrzygnięcie będzie dokładnie takie samo jak w wyniku pierwotnej czynności (...) (wyrok ZA UZP z dnia 27 lipca 2004 roku, UZP/ZO/0-1131/04, LEX nr 190180).

Za bezzasadny w ocenie Sądu Okręgowego należy uznać również zarzut naruszenia treści art. 192 ust. 5 ustawy Pzp., poprzez wadliwe doręczenie odpisu wyroku wraz z uzasadnieniem pełnomocnikowi zamawiającego.

W uzasadnieniu skargi skarżący podniósł, iż koperta z wyrokiem, nadana w dniu 01 lutego 2008 roku przez Urząd Zamówień Publicznych zaadresowana została jedynie na Kancelarię Radców Prawnych Anna Fermus i Leszek Kubicz S.C., Chmielna 2a lok. 7 w Lublinie, bez wskazania osoby pełnomocnika. Podobnie zaadresowane było zwrotne poświadczenie odbioru, które podpisał wspólnik radca prawny Leszek Kubicz, nie będący pełnomocnikiem w sprawie i uprawniony do odbioru przesyłek adresowanych na Kancelarię, jako formę prowadzenia wspólnej działalności prawniczej, ale nie przesyłek adresowanych imiennie na wspólniczkę. Prawdopodobne zaadresowanie przesyłki przez Urząd wywołałoby ten skutek prawny, iż w dniu 05 lutego 2008 roku przesyłka nie zostałaby odebrana ze względu na nieobecność pełnomocnika w Lublinie, a listonosz musiałby pozostawić awizo. Przesyłka zostałaby odebrana najwcześniej dnia 09 lutego 2008 roku, co ma istotny wpływ na bieg terminu na złożenie skargi i mogłoby stać się podstawą do wniosku o przywrócenie terminu.

Na wstępie rozważań odnośnie powyższego zarzutu należy podnieść, iż art. 192 ust. 5 Pzp. stanowi, iż odpisy wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wraz z uzasadnieniem doręcza się w terminie 3 dni stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. W celu rozstrzygnięcia powyższego zarzutu należy jednak odnieść się do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących doręczeń, a w szczególności do orzecznictwa powstałego w oparciu o przepisy dotyczące doręczeń. I tak jak stwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 21 grudnia 1976 roku, doręczenie pisma w kancelarii zespołu adwokackiego członkowi tego zespołu jest skuteczne, choćby nie posiadał on upoważnienia do odbioru pisma (II CR 556/76, OSP 1978/9/164). Należy również przytoczyć uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 1994 roku, według której artykuł 133 § 2 k.p.c. nie ma zastosowania do doręczenia pisma sądowego adwokatowi wykonującemu zawód indywidualnie. Doręczenie takie następuje w trybie art. 133 § 1 k.p.c., z uwzględnieniem przepisów art. 135, 138 § 1 i 2 oraz art. 139 k.p.c. (III CZP 53/94, OSNC 1994/11/214).

W związku z powyższym w ocenie Sądu Okręgowego nie budzi wątpliwości fakt, iż w przedmiotowej sprawie doręczenie skarżącemu odpisu wyroku z dnia 30 stycznia 2008 roku wraz z uzasadnieniem było w pełni skuteczne, nawet jeśli jego odbiór pokwitował inny radca prawny z tej samej Kancelarii, co pełnomocnik skarżącego. Ponadto należy zwrócić uwagę na to, iż, jak sam przyznał skarżący, powyższe okoliczności zostały podniesione jedynie z

ostrożności procesowej, gdyż termin do wniesienia skargi i tak został zachowany.

Za nieuzasadniony należy również uznać zarzut naruszenia art. 14 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. w zw. z art. 629 i art. 630 k.c., poprzez przyjęcie, iż we wzorze umowy, stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamawiający przewidział klasyczny kosztorysowy sposób wynagrodzenia za roboty budowlane oraz poprzez przyjęcie, iż przedmiary stanowią podstawę do rozliczenia tego wynagrodzenia. Zgodnie z treścią art. 14 Pzp. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Natomiast według art. 139 ust. 1 Pzp. do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Należy również przytoczyć treść art. 629 k.c. według którego jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak należności uiszczonej za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek. Natomiast zgodnie z przepisem art. 630 k.c., również dotyczącego wynagrodzenia kosztorysowego, jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych

będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych (§ 1). Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, jeżeli wykonał prace dodatkowe bez uzyskania zgody zamawiającego (§ 2).

W pierwszej kolejności, mimo iż, w ocenie Sądu Okręgowego powyższy zarzut jest bezzasadny to należy zgodzić się z twierdzeniem przeciwnika skargi, a nie podzielić stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, iż w ramach zasady swobody umów, w umowie można określić inny rodzaj wynagrodzenia, niż przewidziane w kodeksie cywilnym wynagrodzenie kosztorysowe lub wynagrodzenie ryczałtowe. Potwierdza to m. in. glosa W. Białończyka do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 06 maja 2004 roku, II CK 315/03, według której w sytuacji, gdy strony umowy o roboty budowlane zastosowały w umowie jeden z uregulowanych w przepisach k.c. dotyczących umowy o dzieło systemów wynagradzania, należy wówczas stosować, w drodze *analogiae legis*, właściwe przepisy dotyczące umowy o dzieło. Natomiast w przypadku zastosowania wynagrodzenia innego rodzaju, niż kosztorysowe lub ryczałtowe stosować należy przepis art. 357¹ k.c. [...]. Wydaje się także, że przepis art. 357¹ k.c. znajduje zastosowanie także do umowy o dzieło, w sytuacji gdy strony przewidziały w umowie o dzieło wynagrodzenie inne, niż ryczałtowe lub kosztorysowe. Przepis art. 628 k.c. nie nakazuje bowiem wyboru jednego z tych dwóch systemów; są one traktowane w k.c. jako typowe dla tego rodzaju umów, ale jednocześnie przykładowe (OSP 2005/5/60, teza 1). Niemniej jednak w umowach o roboty budowlane stosuje się zasadniczo dwa rodzaje wynagrodzenia: wynagrodzenie kosztorysowe, zwane często obmiarowym oraz wynagrodzenie ryczałtowe. Występuje także niekiedy wynagrodzenie o mieszanym charakterze, w którym np. ryczałt dotyczy zakresu robót ujętego w umowie podstawowej, natomiast wszelkie roboty dodatkowe rozliczane są kosztorysowo. Spotyka się również wynagrodzenie kosztorysowe zawierające sztywny pułap wynagrodzenia - tzw. gwarantowane wynagrodzenie maksymalne, co oznacza, że nie może zostać przekroczona wymieniona w umowie górna granica obliczonego wskutek obmiarów powykonawczych wynagrodzenia, niezależnie od rzeczywistych wyników obmiarów. I właśnie w ocenie Sądu Okręgowego ostatnie z w/w rodzajów wynagrodzeń zostało zastosowane przez zamawiającego. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na fakt, iż wszystkie cechy wynagrodzenia kosztorysowego zostały określone w § 3 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do Specyfikacji, według którego wynagrodzenie ostateczne wykonawcy za przedmiot umowy wynikać będzie z kosztorysów sporządzonych według obmiarów rzeczywiście wykonanych robót objętych kosztorysem ofertowym, potwierdzonych przez

zamawiającego i cen jednostkowych z umowy (...). Określenie więc przez zamawiającego górnej granicy ceny runowy nie może podważać kosztorysowego charakteru zamówienia, gdyż zamawiający musi w umowie ściśle określić cenę, a wszystkie odstępstwa od postanowień umowy będzie można stosować tylko zgodnie z art. 144 Pzp.

Zamawiający podkreślał, iż wynagrodzenie określone we wzorze umowy nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym i jest ono bliższe wynagrodzeniu ryczałtowemu, jednak zamawiający nie dowiódł, że zamierzał zastosować wynagrodzenie ryczałtowe jak trafnie to ustaliła Izba. Zamawiający nie przedstawił także metody przyjęcia wynagrodzenia mieszanego w Specyfikacji, ani we wzorze umowy. Ponadto zamawiający nie wykazał, na czym mogłoby polegać takie wynagrodzenie „bliższe wynagrodzeniu ryczałtowemu”. Natomiast powyższe przeczy postanowieniom umownym oraz żądaniu przygotowania kosztorysów ofertowych w oparciu o przedmiary robót. Wprawdzie zamawiający podkreślał, iż w rozdziale X Specyfikacji wprowadził postanowienie, że przedmiary robót mają pełnić funkcję pomocniczą, jednak faktem jest, iż w wynagrodzeniu kosztorysowym przedmiary stanowią podstawy do rozliczenia, co jednoznacznie wynika z wyjaśnień do SIWZ z dnia 19

października 2007 roku, w których zamawiający stwierdził, iż podstawą wykonania kosztorysu ofertowego jest dokumentacja projektowa zadania, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót. Nie przeszkadza to jednak, aby zamawiający stwierdził, że pełnią one funkcję pomocniczą do sporządzenia oferty. Istotne jest bowiem to, że zamawiający nie wprowadził jakiegos innego elementu, który miałby pełnić funkcję podstawową w trakcie wynagradzania lub sporządzania oferty, skoro przedmiary miałyby pełnić tylko funkcję pomocniczą.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp., poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty złożonej przez Polimex Mostostal S.A. nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co skutkowałoby, w przypadku nie zaskarżenia niniejszego wyroku, koniecznością uznania jej przez zamawiającego za ofertę podlegającą odrzuceniu, pomimo braku ku temu podstaw. Zgodnie z treścią art. 82 ust. 3 Pzp. treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast według art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Sądu Okręgowego niezgodności pomiędzy treścią oferty spółki Polimex Mostostal S.A., a treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zostały w sposób prawidłowy i wyczerpujący wskazane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego też nie ma potrzeby ich powtarzania. Zasadnicze znaczenie w tej kwestii ma fakt, iż zamawiający przyznał, że oferta firmy Polimex zawierała wiele uchybień, które zatem powinny skutkować jej odrzuceniem. Jednak zamawiający stał na stanowisku, że uchybienia te nie są istotne gdyż dotyczą np. stosunkowo małych kwot w porównaniu z ceną ofertową, dlatego nie odrzucił powyższej oferty.

Jednak jak słusznie podniosła Krajowa Izba Odwoławcza w Prawie zamówień publicznych nie istnieje zależność obowiązku odrzucenia oferty od wartości uchybień oferty i pomyłek rachunkowych. Dlatego zamawiający ma obowiązek na równych zasadach traktować wszystkich wykonawców i na równych zasadach odrzucać oferty, których pomyłki, czy uchybienia opiewają na bardzo małe wartości, czy na większe. Powyższe wynika z ugruntowanego stanowiska Zespołu Arbitrów, który m. in. w wyroku z dnia 30 marca 2007 roku orzekł, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu o zamówienie publiczne są zobowiązani do złożenia oferty całkowicie zgodnej z treścią SIWZ pod rygorem jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. Tym samym wszelkie odstępstwa ' merytoryczne od zasad ustalonych w SIWZ winny być traktowane jednakowo jako niezgodność z SIWZ i oferta taka winna być odrzucona na podstawie w/w przepisu ustawy p.z.p. (UZP/ZO/0-328/07, LEX nr 288613). Należy również zwrócić uwagę na wyrok ZA UZP z dnia 23 lutego 2007 roku, według którego zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. Odrzucenie oferty jest konsekwencją czynności zamawiającego, polegającej na badaniu i ocenie złożonych ofert. Ocena i badanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ odnosi się do jej merytorycznej

zawartości. Za ofertę nieodpowiadającą treści SIWZ uznać należy ofertę, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ, nie zawiera wymaganych dokumentów albo dokumenty nie zawierają informacji wymaganych w SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też sposobu jego realizacji (UZP/ZO/0-170/-07, LEX nr 288593). Istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie ma również wyrok ZA UZP z dnia 12 lutego 2007 roku, stanowiący, iż treść oferty odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia między innymi w przypadku kiedy wykonawca oferuje towar o innych parametrach technicznych,

aniżeli żądane przez zamawiającego (UZP/ZO/0-132/07, LEX nr 288629).

Na marginesie należy tylko wskazać, że chociaż oferta i kosztorys ofertowy jak podniósł to jeden ze skarżących to faktycznie nie jest to samo, to jednak uchybienia zawarte

w sporządzonym kosztorysie przedstawionym zamawiającemu wraz z ofertą wpływają w ocenie Sądu Okręgowego bezpośrednio na samą ofertę oraz jej ocenę i powodują, że oferta ta, której element składowy stanowi właśnie powyższy kosztorys nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego, a określonych w SIWZ. Oferta cenowa zawarta w złożonej zamawiającemu ofercie realizacji przedmiotowego zamówienia ma natomiast odzwierciedlenie w kosztorysie ofertowym wykonawcy, a tym samym wszelkie uchybienia w nim zawarte, na które zwróciła uwagę w zaskarżonym wyroku Izba wpływają zatem także na zaoferowaną przez wykonawcę cenę, która właśnie wynika przecież z powyższego kosztorysu. Kosztorys ofertowy nie jest bowiem składny tylko i wyłącznie dla samego jego złożenia, ale po to aby oferta cenowa mogła zostać przez zamawiającego zweryfikowana, aby były i istniały ku temu podstawy.

Jak trafnie to przyjęła Izba w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia oferta, poprzez zapisy w kosztorysie ofertowym skarżącego nie zawierała jednoznacznego określenia czy spełniała ona rzeczywiście wymagania przewidziane przez zamawiającego w SIWZ czy też nie. Nie można uznać, jak chce tego zamawiający, że skoro wymagania te przewidywała czy SIWZ czy też wzór umowy to należy przyjąć, że oferta to musiała również zawierać i przewidywać. Zamawiający natomiast przyjmując taką ofertę, który przynajmniej winna prowadzić u niego do powstania wątpliwości w powyższym zakresie nie podjął jednocześnie żadnych działań mających na celu ewentualne ostateczne wyjaśnienie wątpliwości, które powinny u niego się zrodzić, a dotyczących treści złożonej oferty w zakresie wskazanym w uzasadnieniu orzeczenia Izby stosownie do przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ani też tym bardziej nie dokonał poprawia w tekście tej oferty oczywistych omyłek pisarskich czy omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty stosownie do zapisu z ust 2.

Z uwagi natomiast na powyższe przytoczone orzeczenia zdaniem Sądu Okręgowego treść oferty spółki Polimex Mostostal S.A. była niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak prawidłowo to przyjęła Izba, a więc tym samym w celu nie naruszenia zasady równego traktowania wszystkich wykonawców, wynikającej z art. 7 ust. 1 Pzp., powinna zostać odrzucona.

Z tych też wszystkich względów i w oparciu o art. 198 ust. 2 zd. 1 Prawa zamówień publicznych Sąd Okręgowy oddalił przedmiotowe skargi.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania w postępowaniu wywołanym wniesieniem przedmiotowych skarg uzasadnia przepis art. 98 kpc i 99 kpc.