

Z

rv

Sygn. akt: VII Ca 363/08

**WYROK**  
**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 30 czerwca 2008 roku

**Sąd Okręgowy w Koszalinie VII Wydział Cywilny Odwoławczy**

w składzie następującym:

Przewodniczący: sędzia SO Tadeusz Szkudlarek (spr.)

Sędziowie: SO Marian Wawrzynkowski, SO Zbigniew Rdesiński

Protokolant: Ryszard Jagielowicz

po rozpoznaniu w dniu 30 czerwca 2008 roku w Koszalinie

na rozprawie

**skargi Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „Eko-Wark” Spółki  
z o.o. w Szczecinie**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Spółki z o.o.**

**w Szczecinku, „OTECH” Spółka z o.o. w Gorlicach oraz  
konsorcjum w składzie „BUDIMEX DROMEX” S.A. w Warszawie  
i Cadagua S.A. w Bilbao (Hiszpania)**

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych  
w Warszawie

z dnia 22 kwietnia 2008 roku, sygn. akt. KIO UZP 321/08

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym przez  
zamawiającego Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółkę z o.o. w  
Szczecinku

**1) oddala skargę;**

2) zasądza od skarżących Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „Eko-Wark” Spółki z o.o. w Szczecinie i Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „OTECH” Spółki z o.o. w Gorlicach solidarnie na zamawiającego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Spółki z

**Szczecinka 1.217 zł (jeden tysiąc dwieście siedemnaście złotych)**  
tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego (wynagrodzenia pełnomocnika procesowego i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa);

3) zasądza od skarżących Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „Eko-Wark” Spółki z o.o. w Szczecinie i Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „OTECH” Spółki z o.o. w Gorlicach solidarnie na rzecz „Budimex Dromex” S. A. w Warszawie i Cadagua S.A. w Bilbao (Hiszpania)

kwotę **1.217 zł (jeden tysiąc dwieście siedemnaście złotych)** tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego (wynagrodzenia pełnomocnika procesowego i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa).

/-/ Z. Rdesiński

/-/ M. Wawrzynkowski

/-/ T. Szkudlarek

Sekretar;

Sygn. akt: **VH Ca 363/08**

## Uzasadnienie

**Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. w Szczecinku** w listopadzie 2007r. wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego przebudowy oczyszczalni ścieków w Szczecinku w ramach inwestycji pn. zintegrowana gospodarka wodno-ściekowa w dorzeczu Parsęty - rejon III Szczecinek. Wartość zamówienia 19.827.938,86 euro (=86.985.167,78 zł.) Warunki finansowania : 85% ze środków Unii Europejskiej i 15% ze środków własnych. Termin realizacji zamówienia - 30 miesięcy od udzielenia zamówienia. Kryterium oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu - cena (wygrywała ważna oferta z najniższą ceną).

Komisja powołana przez zamawiającego dokonała porównania ofert, stosując wzór ze str. 21 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ):  
 $C = \frac{\text{najniższa cena spośród ważnych ofert}}{\text{cena oferty badanej}} \times 100$ .

Porównanie ofert dało następujące wyniki:

- 1) konsorcjum „**Budimex -Dromex**” S.A. w Warszawie i Cadagna S.A. w Bilbao (Hiszpania): 91,53;
- 2) KTS „**ELPOM**” S.A. w Nadarzynie: 87,25;
- 3) konsorcjum PPU „**Eko-Wark**” Sp. z o.o. w Szczecinie i PUPH „**Otech**” Sp. z o.o. w Gorlicach: 100.

Najniższą ofertę zgłosiło konsorcjum PPU „Eko-Wark” Sp. z o.o. i PUPH „Otech” Sp. z o.o., gdyż zgłosiło cenę brutto równą **21.289.000,39 euro**. Oznacza to, że oferta konsorcjum „Budimex-Dromex” S.A. i Cadagna S.A. wynosiła **23.259.041,20 euro** (od oferty najniższej więcej o **1.970.040,81 euro**), zaś oferta KTS „ELPOM” S.A. wynosiła 24.400.000 euro (od oferty najniższej

więcej o **3.110.991,61 euro**).

Pismem z 12.03.2008r. zamawiający zawiadomił, że najkorzystniejsza--^  
była oferta konsorcjum „Eko-Wark” Sp. z o.o. w Szczecinie i „Otech” Sn. "z- ó:ó~. ^ xA\  
w Gorlicach na kwotę **21.289.000,39 euro**.

Od tego rozstrzygnięcia protest wniósł konsorcjum „Budimex - Dromex” S.A. w Warszawie i Cadagna S.A. w Bilbao (k. 11-14). W proteście tym skarżący podniósł dwa zarzuty:

1. konsorcjum firm „Eko - Wark” i „Otech” nie przedłożyło dokumentu wskazującego na niekaralność jednego z członków zarządu;
2. oferta w/w konsorcjum jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), gdyż zamawiający w toku postępowania zmodyfikował niektóre pozycje przedmiaru robót, a oferent w ślad za tych nie dokonał stosownej modyfikacji swojej oferty.

**Zamawiający w dniu 27.03.2008r. dokonał rozstrzygnięcia protestu w ten sposób, że (zob. k. 17-20):**

- 1- oddalił protest w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum firm „Eko- Wark” i „Otech”, gdyż wystarczające było przedłożenie aktualnej informacji z polskiego Krajowego Rejestru Karnego także dla cudzoziemca będącego członkiem zarządu, co zostało wykonane;
2. uwzględnił protest w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert w/w konsorcjum z uwagi na to, że jego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Pod koniec pisma z rozstrzygnięciem zaznaczono, że konsekwencją uwzględnienia protestu będzie powtórzenie czynności oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

Pismem z 25.03.2008r. udział w postępowaniu po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum firm „Eko- Wark” i „Otech” (k.21-27).

Konsorcjum „Eko- Wark” i „Otech” wniósł **odwołanie** do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie od rozstrzygnięcia protestu (k.l-10). W tym odwołaniu skarżący podnieśli szereg zarzutów, w tym m.in.:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych wskutek uwzględnienia protestu, choć wykonawcy złożyli ofertę ryczałtową i oświadczyli, że wzięli pod uwagę wyjaśnienia, które zamawiający poczynił wobec treści SIWZ w toku postępowania, i stwierdzili, że wykonają zamówienie według modyfikacji;
- naruszenie art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów;
- zarzuty o charakterze formalno- prawnym, w tym brak właściwego umocowania pełnomocnika protestującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 22.04.2008r. oddaliła odwołanie** oraz orzekła o kosztach postępowania (k. 71-80).

W uzasadnieniu tego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdził m. in., że fakt istnienia niezgodności zapisów przywołanych w proteście jest niesporny i został przyznany przez strony. Przedmiotem sporu były jedynie jego skutki. Zdaniem Odwołującego niezgodność pomiędzy zmienionymi zapisami przedmiarów a kosztorysem nie ma znaczenia, ponieważ oferta obejmuje te zmiany. Odwołujący nie ujął nie ujął tych zmian wyraźnie w kosztorysie, gdyż zamawiający nie przesłał wykonawcom zmienionych formularzy przedmiaru. Natomiast konsorcjum „Budimex - Dromex” S.A. i Cadagna S.A. wskazało, że modyfikacje wprowadzone przez zamawiającego w podanych pozycjach miały wpływ na wycenę tych pozycji i jakości oferowanych materiałów, a ze względu na kosztorysowy charakter wynagrodzenia również na późniejsze rozliczenia między Zamawiającym i wykonawcą robót.

Skład orzekający Izby uznał, że w kosztorysie oferowanym istnieją widoczne niezgodności ze zmianami przez Zamawiającego opisami pozycji przedmiaru, a w ofercie nie zostały uwzględnione wszystkie wymagania Zamawiającego, które wpływają na cenę i zakres wymaganego przez Zamawiającego świadczenia. Przesłanie przez zamawiającego nowych wersji dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia, mających ułatwić złożenie oferty, jest częstą praktyką zamawiających, ale nie jest wymogiem ważności wprowadzonych zmian. Zatem ich nieprzesłanie nie oznacza, ich zmian tych nie należy ująć w ofercie.

Następnie arbitrzy uznali, że kosztorys oferowany nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, albowiem nie jest dokumentem, o którym mowa w rozporządzeniu Rady Ministrów z 19.05.2006r. (Dz. U. Nr 87, poz. 605), a który ma potwierdzać, że oferowane roboty budowlane

odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Jest to bowiem dokument.....

określający zakres świadczenia oraz przede wszystkim cenę, jak wskazuje sama . \

z/■ -Zz

definicja słowa „kosztorys” (jest to obliczenie przewidywanych kosztów związanych z wykonaniem czegoś).

W zakresie zarzutu dotyczącego niedołączenia do SIWZ publikacji „*Warunki kontraktowe dla budowy - dla robót inżynieryjno — budowlanych projektowanych przez Zamawiającego*”, wydanych przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (FIDIC), skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 PZP jako podniesiony z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Jest to zarzut dotyczący treści SIWZ i powinien być wysunięty w terminie określonym w art. 180 ust. 3 pkt. 2 PZP, czyli w ciągu 14 dni od momentu publikacji SIWZ. Według arbitrów ta okoliczność nie pociąga za sobą obowiązku unieważnienia postępowania z urzędu zgodnie z art. 191 ust. 3 PZP.

**Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22.04.2008r. wniósł** radca prawny Sławomir Poczobut-Odlanicki, który jako stronę skarżącą wskazał PPU „Eko-Wark” Sp. z o.o. w Szczecinie oraz PUPH „Otech” Sp. z o.o. w Gorlicach ( przy tej drugiej firmie podał, że działa ona przez pełnomocnika, którym jest pierwsza z firm). Do skargi zostało dołączone! pełnomocnictwo dla tegoż radcy prawnego wystawione przez prezesa PPU „Eko-Wark” (k. 85-90 skarga i k. 91 pełnomocnictwo).

Skarżący zarzucił naruszenie następujących przepisów prawa zamówień publicznych:

- **art. 191 ust.3** oraz **art. 93 ust.1 pkt 7** przez ich niezastosowanie i przyjęcie, że nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania z urzędu (unieważnienie powinno być skutkiem tego, że zamawiający nie dołączył do SIWZ „*Warunków kontraktowych dla budowy [...]*” wydanych przez FIDIC);
- **art. 187 ust. 4 pkt 4** PZP (w skardze omyłkowo: art. 184 ust. 4 pkt 4 PZP) na skutek przyjęcia, że zgłoszony przez Wnioskodawcę zarzut niedołączenia do SIWZ „*Warunków kontraktowych dla budowy[...]*” wydanych przez FIDIC jest zarzutem dotyczącym treści specyfikacji i jako taki podlega on odrzuceniu.

Skarżący po takich zarzutach wniósł o uchylene wyroku i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz o Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania skargo

ewentualny to uchylene zaskarżonego wyroku z przekazaniem sprawy do ponownego rozpatrzenia.

zasądzenie  
tego. Wn,

Na rozprawę sądową 30.06.2008r. stawił się też drugi pełnomocnik konsorcjum PPU „Eko-Wark” i PUPH „Otech” radca prawny Zbigniew Olech, który złożył do akt pismo procesowe z data 27.06.2008r. (k. 179-184, pełnomocnictwo k. 185). Zmodyfikował on żądanie skargi w ten sposób, że wniósł o zmianę wyroku polegającą na :

- nakazaniu powtórzenia czynności badania i wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 191 ust. 2 pkt 1 PZP),
- nakazaniu unieważnienia czynności Zamawiającego z 25.04.2008r. , tj. wyboru oferty interwenienta [„Budimex” S.A. i Cadagna S.A.] jako najkorzystniejszej (art. 191 ust. 2 pkt 2 PZP),
- nakazaniu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na zawarciu umowy o wykonawstwu z uczestnikiem interwenienta, jeśli taka umowa została zawarta (art. 191 ust. 2 pkt 2 PZP),

a ewentualnie na:

- unieważnieniu z urzędu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę oczyszczalni ścieków w Szczecinku.

**Zamawiający w odpowiedzi na skargę** wniósł o jej odrzucenie na kilku podstawach, a ewentualnie o jej oddalenie (k. 112-123).

**Interwencję uboczną po stronie zamawiającego** wniosło konsorcjum firm „Budimex-Dromex” S.A. i Codagna S.A., wnosząc o odrzucenie skargi, ewentualnie o jej oddalenie (art. 104-110).

Obie strony swoje stanowiska rozwinęły w dalszych pismach procesowych.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

W aktach sprawy na k.29-30 znajduje się pełnomocnictwo podpisane przez prezesa PPU „Eko-Wark” Sp. z o.o. oraz prezesa i wiceprezesa PUPH „Otech” Sp. z o.o., z którego wynika, że konsorcjum, obu firm będzie reprezentowane w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia (w tym przed sądem okręgowym) przez pełnomocnika w osobie członka konsorcjum PPU „Eko-Wark” Sp. z o.o. W tej sytuacji należało uznać, że pełnomocnictwo procesowe z 29.04.2008r. dla radcy prawnego Sławomira Poczubut- Odlanickiego, choć formalnie umocowuje go do reprezentowania PPU „Eko-Wark” w postępowaniu skargowym i przed sądami powszechnymi oraz Sądem Najwyższym, to umocowuje go także do reprezentowania drugiego członka konsorcjum, skoro pierwszy członek jest jego pełnomocnikiem. Pogląd ten można uznać za dyskusyjny, ale niniejszy skład orzekający uznaje go za słuszny.

W powyższej sytuacji nie ma podstaw do odrzucenia skargi, gdyż wniosek j<sup>^</sup> podmiot uprawniony.

Przechodząc do zarzutów skargi, stwierdzić należy, że nie są one uzasadnione. Na podniesienie zarzutu dotyczącego braków specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest za późno na etapie postępowania sądowego. Termin do wnoszenia takich zarzutów został wskazany w art. 180 ust. 3 PZP. Należy też zauważyć, że nieodłącznie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) warunków kontraktowych FIDIC nie było wadą uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie omawianego zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP). Trzeba tu dodać, że Zamawiający wskazał adres, pod jakim warunki kontraktowe FIDIS są dostępne, bo sam nie mógł ich powielić, gdyż nie przysługiwały mu do nich prawa autorskie. Zresztą wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego dysponowali identyczną treścią SIWZ i mieli taką samą jak inni możliwość zapoznania się z warunkami kontraktowymi FIDIC.

Z wszystkich wymienionych względów skargę należało oddalić (art. 198 ust. 2 PZP).

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. “““

99 i art. 391 § 1 k.p.c. w związku z art. 194 ust. 2 PZP.