

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 1 marca 2010 r,

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewód n i czący:Protokolant:SSO Ilu riusz Cli rapoń sk i (spr.)
Sędziowie:SSO Grażyna Jeziorowska
SSO Ol e* u Gornowicz-Owczarek

sckr.sądowy Barbara Sojka

po rozpoznani li na rozprawie w dniu 11 lutego 201 (.1 r. w Katowicach
sprawy z od w olania

- 1, Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Spółki Akcyjnej
w Gliwicach
2. Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMRUO Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Katowicach i Zakładu Usługowo Handlowego
„ZMIROB” Rolnik, Ząbek Spółki Jawnej w Tychach

przeciwko Akademii Wychowania Fizycznego im. J. Kukuczki w Katowwach.
przy udziale przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego
P.P.U, CONCRBT Zbigniew Boezkowski i .Tan Górą Spółki Jawnej w Tychach
o udzielenie zamów-i cni a publicznego

na skutek skargi zamawiającego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

z dnia fi grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/1645/09, KIO/UZP/ 1649/09

1. oddala skargę;

2. zasądza od zamawiającego na rzecz Gliwickiego Przedsiębiorstwa
Budownictwa 3. fi 17, (W zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych)
Lytukm zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu
skargowym;

3. zasądza od zamawiającego na rzecz Konsorcjum Przedsiębiorstwa
Budowlanego KOKfBI.ID Spółki z ograniczona^ odpowiedzialnością w
Katowicach i Zakładu Usługowo Handlowego „ZMI.ROB” Rolnik.

Ząbek Spółki Jawnej w Tychach kwotę 3.600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

W dniu 27.12.2009 r.

ZGŁOSZENIE

... w sprawie ... P 1

... OZ

Sygn. akt XIX Ga 18/10

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 11 grudnia 2009 roku Krajowa izba Odwoławcza (KIO) uwzględniła odwołania Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. w Gliwicach i Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMBUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach i Zakładu Usługowo Handlowego „ZMIROE” Rolnik, Ząbek Spółki Jawnej w Tychach od rozstrzygnięcia protestów - ich oddalenia przez Akademię Wychowania Fizycznego im. J. Kukuczki w Katowicach (Zamawiający) i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofen odwołujących oraz rozstrzygnęła o kosztach postępowania Odwoławczego.

KIO ustaliło, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „kontynuację budowy biblioteki naukowej Akademii Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki w Katowicach”. Dnia 12 października 2009 roku Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w którym za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę złożoną przez P.P.U. CONCRET Zbigniew Buczkowski i Jan Góra Spółka Jawna. Jednocześnie odrzucono oferty obu Wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Odnośnie Wykonawcy Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego S.A. stwierdzono, że w kosztorysie roboty budowlane brak jest pozycji na str. 44 odnoszącej się do żaluzji pionowych w ilości 13,483 m² oraz w kosztorysie „instalacje elektryczne” w poz. 31 nastąpiła zmiana przedmiaru, gdyż zmniejszono ilość. Co do drugiego Wykonawcy - Konsorcjum, to Zamawiający zarzucił jej ofercie, że w kosztorysie ofertowym dokonano zaniżenia przedmiaru robót w poz. 20, 91, 230 i 242 kosztorysu „roboty budowlane” poz. 30 kosztorysu „instalacje elektryczne”⁷ i poz. 145 kosztorysu „instalacja słaboprądowa”¹¹, a także w poz. 52 kosztorysu „instalacja sanitarna wewnętrzna”. Oba protesty tych Wykonawców Zamawiający oddalił, uznając niezasadność poniesionych w nich argumentów.

Zdaniem KIO oba odwołania od rozstrzygnięcia protestu zasługują na uwzględnienie. Mając na względzie bezsporną zgromadzoną w sprawie materiału faktycznego, w szczególności okoliczność, że treść kosztorysów w ofertach obu Wykonawców była niezgodna z SIWZ, tenże stan faktyczny należało ocenić przez pryzmat właściwych przepisów regulujących podstawy prawne odrzucenia złożonych ofert.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba że stwierdzone błędy/omyłki mogą zostać poprawione na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Stosownie do treści tego drugiego przepisu oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o dokonaniu poprawek nie zgodził się na poprawienie omyłki. Zatem Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany był poprawić omyłki polegające na niezgodności z SIWZ, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie może ofertę odrzucić. Zdaniem KIO poprawienie omyłek w postaci wpisania prawidłowych ilości - wymaganych materiałów nie powoduje istotnej zmiany treści oferty, nawet jeżeli w rezultacie ich dokonania ulegnie zmianie cena oferty. Co prawda cena oferty stanowi *essentia negotii* przyszłej umowy, ale jednocześnie nie zawiera jej zmiany, zwłaszcza w niewielkich granicach ma szczególne lub istotne znaczenie dla stron umowy tym bardziej, gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

W skardze od tego wyroku Zamawiający⁷ domagał się jego zmiany i oddalenia odwołań obu Wykonawców⁷ oraz zasądzenia kosztów postępowania.

Zamawiający zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie prawa materialnego;

1. art. 629 k.c. poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy;

2p art. 87 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez przyjęcie, że błędy w kosztorysach ofertowych złożonych przez obu Wykonawców miały charakter omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, a zatem wymagających poprawienia przez Zamawiającego;

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że obie oferty są zgodne z SIWZ, a co za tym idzie, nie podlegają odrzuceniu.

Obaj Wykonawcy⁷ wnieśli u oddalenie skargi i przyznanie kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje;

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn,

Dokonane przez KIO ustalenia nie budzą zastrzeżeń, już choćby⁷ z tego powodu, że stan faktyczny jest bezsporny, a zatem spór niniejszy⁷ przebiega wyłącznie na płaszczyźnie prawidłowej jego oceny prawnej,

W pierwszej kolejności odnieść się należy⁷ do podniesionego przez Skarżącego zarzutu naruszenia art. 627 k.c. Sąd Okręgowy podziela zapatrywanie KIO, że określone w SIWZ wynagrodzenie ma charakter

ryczałtowy. SŁwiedzenie to należy zaopatrzyć wstępnyimi uwagami co do natury wynagrodzenia w umowie o roboty budowlane, albowiem niewątpliwym jest, że na tego rodzaju usługi opiewa przedmiot zamówienia publicznego w niniejszej sprawie. Otóż art. 655 § 1 k.c. w zakresie nieuregulowanym przepisami umowy o roboty budowlane odsyła do przepisów umowy o dzieło jedynie co do skutków⁷ opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Tenże przepis nie odsyła natomiast do przepisów⁷ u mowy o dzieło w zakresie wynagrodzenia nedeżnego wykonawcy, *De facto* zarzut naruszenia art. 627 k.c. jest zatem bezprzedmiotowy. Nie mniej jednak podkreślenia wymaga, że kwestie wynagrodzenia w przypadku umowy o roboty budowlane samodzielnie reguluje art. 647 k.c., zbliżony zresztą treścią do art. 627 k.c. Zauważyć należy, że już z samą konsekwencją tego przepisu, zgodnie z którym za wykonanie konkretnego dzieła przysługuje wykonawcy określone w umowie wynagrodzenie wynika, że wynagrodzenie ma charakter „ryczałtowy”, gdyż jest ekwiwalentem wzajemnego świadczenia - wykonania dzieła. Nie zmienia to zapatrywania, że w ramach swobody kontraktowania strony w sposób wyznaczony granicami art. 353¹ k.c. mogą określać zasady ustalania wynagrodzenia wykonawcy, np. w tym w sposób kosztorysowy, tak jak jest to unormowane w art. 629 k.c. Tego rodzaju klauzula, jako odstępstwo od ogólnej zasady winna wynikać wprost z umowy, Cnawiając te kwestie warto odnieść się *per se* do wynagrodzenia kosztorysowego w umowie o dzieło, gdyż SIWZ nie wskazuje w tym zakresie żadnych wskazówek, które ułatwiłyby przyjęcie tezy, że wynagrodzenie to ma taki charakter, jak twierdzi Zamawiający. Na gruncie art. 629 k.c. przyjmuje się, że kosztorys uniwersalny nie ma charakteru ostatecznego, wiążącego strony. Nie on bowiem preliminarzem zestawiającym w sposób orientacyjny koszty. Z punktu widzenia wysokości wynagrodzenia znaczenie ma dopiero kosztorys wykonawczy, sporządzony przez wykonawcę po ukończeniu dzieła. Kosztorys wykonawczy w zależności od przypadku, może określać wynagrodzenie niższe lub wyższe od wskazanego w kosztorysie umownym. Granica dopuszczalnej rozbieżności między kosztorysem umownym a kosztorysem końcowym jest, aby nie nastąpiło znaczne przekroczenie kosztorysu w rozumieniu art. 631 k.c.

Przekładając to na gruncie niniejszej sprawy można dojść do wniosku, że określone w SIWZ wynagrodzenie ma niewątpliwie charakter ryczałtowy. Wynika to wprost z pkt. XI, Zgodnie z nim cena powinna być obliczana na podstawie przeprowadzonej przez wykonawcę wizji miejsca realizacji robót oraz kosztorysu robót, sporządzonego w oparciu o dokumentację projektową i specyfikację techniczną, przy czym cena oferty nie może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy. Kosztorys w tym wypadku - jako obligatoryjny element oferty obrazuje jedynie sposób określenia ceny za całość wykonanych prac, przy czym cena nie może ulec zmianie w trakcie wykonania umowy. Gdyby było inaczej, to stosownie do tego co zostało wcześniej powiedziano cena za wykonanie objętych zamówieniem publicznym robót budowlanych, zostałaby dopiero określona na podstawie kosztorysu sporządzonego po wykonaniu dzieła, co przecież nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Czyni to zasadnym wniosek, że wskazana, w SIWZ cena ma charakter wynagrodzenia, ryczałtowego, Nie wynika bowiem z treści tej specyfikacji, że strony ustanowiły charakterystyczny dla wynagrodzenia kosztorysowego sposób ustalania ceny za wykonane roboty budowlane. Z tych powodów nie mógł się ostać zarzut nr 1 zawarty w skardze.

Przechodząc do umówienia zarzutów nr 2 i 3, które ze względu na skorelowanie przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

winny być Omówione łącznie, wstępnego podkreślenia wymaga, co zresztą jest hezspome, że oferty obu wykonawców nie były zgodne z SIWZ, a to oznacza, że podniesiony przez Zamawiającego zarzut nr 4 jest zasadny, tyle, że nie może to samo przez się wpłynąć na treść rozstrzygnięcia w sprawie. Istota <x>wiem sporu sprowadza się do właściwej wykładni obu wskazanych wcześniej przepisów.

Kluczowe znaczenie z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest przy>omnicie, że wedle ogólnej reguły wynikającej z art. 89 ust.

1 pkt 2 p.z.p. oferta sprzeczna z treścią SIWZ podlega odrzuceniu. Od rej rygorystycznej zasady przepis ten przewidywał wyjątek zawarty w art. 57 ust.

2 pkt 3 p.z.p. O Lóż zgodnie z nim, zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferLy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepo wodujące istotnych zmian xv treści oferLy - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Dopiero, gdy tenże w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, to zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia takiej oferty (art. 89 ust. 1 pkt 7 p.z.p.j. Innymi słowy mówiąc, o ile omyłki zawarte w ofercie mają charakter istotny, to zamawiajacv ma obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Jeśli natomiast omyłki nie powodują iśioLnych zmian treści oferty to zamawiający jest zobligowany do dokonania ich poprawek, o czym zawiadamia wykonawcę.

Przechodząc do omówienia treści obu ofert w zakresie jedynie niezbędnym dla sprawy, to jest rzeczą niewątpliwą, że obie zawierają wskazane wcześniej omyłki w kosztorysach stanowiących załącznik do oferty, a wymaganych przezEi: SIWZ. Jest zatem oczywistym, że te oferty nie odpowiadają treści specyfikacji. Jak to już po wiadano nie daje io jeszcze podstawy do odrzucenia tychże ofert, chyba że omyłki w nich zawarte mają charakter istotny. *Legi non distinguenda* art. ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje o jakie może chodzić tutaj omyłki, a więc mogą wchodzić tutaj w gre wszelkie niezamierzone błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym ■pominięciem określonych przez SIWZ wymogów. Może to dotyczyć Lakzc i ceny wskazanej w ofercie.

W rzeczy samej omyłki zawarte w kosztorysach przez obu Wykonawców mają charakter omyłki i nie są wynikiem świadomego złożenia clerL niezgodnych z SIWZ. Argumentacja przez niech zawarta w proteście, odwołaniach, na rozprawie przed KIO dają podstawę do twierdzenia, że wpisanie, czy też pominięcie w kosztorysach pewnych elementów nie było działaniem zamierzonym i mieści się w granicach pojęcia omyłki. Została również spełniona przez nich i druga przesłanka, która obligowała Zamawiającego do dokonania poprawek. Otóż omyłki te nie mają charakteru istotnego. Zauważyć bowiem należy, że cena zaoferowana przez Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A, wynosiła 5.030.,319,67 zł i gdyby uwzględnić omyłki w kosztorysie „roboty budowlane” na stn 44 odnoszącej się do .żaluzji pionowych oraz w kosztorysie „instalacje elektryczno” w poz. 30, co cena, która zaoferowałby ten wykonawca byłaby większa o ok. 2.500 zł, Z kolei, gdyby dnqgi z wykonawców uwzględnił błędy zawarte w kosztorysie w^r poz. 20, 91, 230 i 242 kosztorysu „robory budowlane”⁵, pcz, 3U kosztotysu „instalacje elektryczne” i poz. 145 kosz Lory su „instalację słaboprądową”, a. także w poz. 52 kosztu rysu „instalacja sanitarna wewnętrzna”, to oferowana przez niego cena 5.456.619,52 zł, wzrosłaby o ok. 0,7 %. Mając na uwadze złożoność kosztorysów, a szerzej ofert, które w pozostałym zakresie były prawidłowe, a także stosunek oferowanych cen do cwciiuatnych uchybień można z <-..ąłą pewnością powiedzieć, że nie mamy tutaj do czynienia z istotnymi

niezgodnościami z treścią SIWZ, które dawałyby podstawę do ich odrzucenia przez Zamawiającego, bez zastosowania trybu poprawiania omyłek.

Z tych powodów odrzucenie ofert przez Zamawiającego Łydo przed czasem. Zasadnie więc KIO uwzględniło odwołania Wykonawców. Skarga zatem nie mogła odnieść zamierzonego skutku.

Mając powyższe wywody orzeczono jak na wstępie (art. WKa ust. 2 i art. 1961 ust. 2 p.z.p. wzw. z art. 385 i art. 98 k.p.c.).

Na czele r—

ZGODNOŚĆ z c:

G_A , tr

Patrycja