

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

Dnia 27 lutego 2013 roku

Sąd Okręgowy w Koszalinie VII Wydział Cywilny Odwoławczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący: sędzia SO Tadeusz Szkudlarek (spr.)

Sędziowie: SO Urszula Fijałkowska, SO Wiesława Stawczyk  
Protokolant: sekr. sąd. Edyta Kanonowicz

po rozpoznaniu w dniu 22 lutego 2013 roku w Koszalinie  
na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy Virklund Sport Poland Spółki z o.o. w Ustce  
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie  
z dnia 30 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2241/12  
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszczętym przez  
zamawiającego Miasto Białogard

I. oddała skargę;

II. zasądza od wykonawcy Virklund Sport Poland Spółki z o.o. w Ustce na rzecz zamawiającego Miasta Białogard 1.800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego (wynagrodzenia pełnomocnika procesowego).

Sygn. akt: VII Ca 986/12

Uzasadnienie

Burmistrz Miasta Białogard w dniu 12 września 2012 r. w trybie przetargu nieograniczonego wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa szkolnego placu zabaw dla dzieci młodszych przy Szkole Podstawowej Nr 5 w Białogardzie w ramach programu Radosna Szkoła. W dniu 17 września 2012 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 pod poz. 351066. Wartość przedmiotu zamówienia Zamawiający na podstawie kosztorysu inwestorskiego określił na 214.634,27 zł netto (= 53.396,92 euro), a jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty podał cenę wykonania.

Powołana przez burmistrza komisja przetargowa w dniu 2 października 2012 r. dokonała otwarcia ofert. Z protokołu dotyczącego tej czynności wynika, że wpłynęły trzy oferty niżej wymienionych firm:

1. Virklund Sport Poland Spółka z o.o. w Ustce na kwotę 189.373,68 zł brutto;

2. JUL-DOM Przemysław Mazurkiewicz w Szczecinie na kwotę 214.020 zł brutto;

3. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „MATEXIM” Heidner i Wspólnicy Spółka jawna w Białogardzie na kwotę 254.975 zł brutto.

Komisja przetargowa zaproponowała wybór oferty „JUL-DOM” Przemysław Mazurkiewicz w Szczecinie jako oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie komisja zamknęła odrzucenie oferty Virklund Polska Spółki z o.o. w Ustce z uwagi na braki w pełnomocnictwie do podpisania oferty oraz złożenie oferty niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Wszakże tego dnia komisja nie zdecydowała się na wybór oferty, a potem pismem z 5 października 2012 r. wezwała ustecką spółkę Virklund Sport Poland do złożenia wyjaśnień w kwestii pominięcia przez nią w poszczególnych pozycjach kosztorysowych jednostek miary i ilość przewidzianych do

UJ

wykonania robót. W odpowiedzi zawartej w piśmie z 8 października 2012 r. ów wykonawca wyjaśnił, że według niego kosztorys dołączony do oferty odzwierciedla wszystkie pozycje i ilości ujęte w przedmiarze będącym częścią dokumentacji przetargowej, a więc jest zgodny z wymogami dla kosztorysu ofertowego podanymi przez Zamawiającego w SIWZ. Do tej odpowiedzi ustecka spółka dołączyła kosztorys szczegółowy uzupełniony o dodatkową kolumnę z jednostką miary robót i ilościami.

W dniu 11 października 2012 r. komisja przetargowa powtórzyła czynności oceny ofert i w ich wyniku wybrała jako najkorzystniejszą ofertę firmy JUL-DOM Przemysław Mazurkiewicz oraz odrzuciła ofertę Spółki Virklund Sport Poland.

Cztery dni później ustecka spółka wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zaskarżyła dwie czynności Zamawiającego: 1. odrzucenie oferty Odwołującego się i 2. wybór jako najkorzystniejszej oferty JUL-DOMu Przemysława Mazurkiewicza, która taką nie była.

Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła rozprawę z udziałem przedstawicieli Zamawiającego i Odwołującego się, po czym wyrokiem z 30 października 2012 r. oddaliła odwołanie i kosztami postępowania obciążyła Spółkę Virklund Sport Poland.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało oparte na następujących ustaleniach faktycznych:

Burmistrz Miasta Białogard przeprowadził postępowania w trybie przetargu nieograniczonego o zamówienie publiczne o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art.11 ust. 8 p.z.p.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie 3 podał, że w kosztorysie ofertowym należy uwzględnić koszt dokumentacji powykonawczej

(w kosztach pośrednich lub odrębnej wycenie). W punkcie 4 tegoż rozdziału

wskazano, że szczegółowy zakres robót opisany został w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarze robót, stanowiącym załącznik do SIWZ, zaś wykonawca zobowiązany będzie do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi przepisami.

Rozdział XII SIWZ pt. „Opis sposobu obliczenia ceny” zawierał m.in. następujące wytyczne:

1. Wykonawca określi cenę oferty brutto w oparciu o dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiar robót i zapisy w SIWZ, która stanowić będzie cenę kosztorysową.
2. Podstawą do opracowania ceny kosztorysowej jest dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiar robót i zapisy SIWZ.
3. Wykonawca w formularzu ofertowym poda cenę ofertową brutto (kosztorysową) za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz kwotę podatku VAT. Do oferty załączy szczegółowy kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót i zapisów SIWZ [uwaga SO: w oryginale SIWZ to zdanie już było podkreślone przez Zamawiającego].
4. Zaoferowana cena ofertowa (kosztorysowa) musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia, w tym wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia, oraz załatwienie wszelkich innych formalności dotyczących budowy i kosztów z tym związanych.
8. W przypadku, gdy przedmiar robót nie zawiera robót, które - jak wynika z projektu - są konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia lub rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót a projektem budowlanym i zapisami SIWZ, Wykonawca powinien zwrócić się do Zamawiającego.

W rozdziale XIX SIWZ pt. „Pozostałe informacje” w punkcie 5 ppkt 8 jako załącznik do SIWZ został wskazany m.in. przedmiar robót.

Zamawiający przekazał wykonawcom dokumentację postępowania i projekt budowlany oraz przedmiar robót zawierający w sumie 62 pozycje ze wskazaniem podstawy wyceny (nr KNR lub kalkulacja własna), opisem każdej pozycji, jednostką miary i ilością jednostek dla każdej pozycji.

Spółka Virklund Sport Poland dołączyła do swojej oferty kosztorys ofertowy, zawierający 43 pozycje wraz z ich skróconymi opisami oraz wartością netto i brutto dla każdej pozycji. W tym kosztorysie Odwołujący dokonał skróconego przedstawienia opisów poszczególnych pozycji, m.in. przez pominięcie jednostek miar oraz ilości jednostek miar dla wszystkich pozycji.

Zamawiający pismem z 5 października 2012 r. powołując się na art.87 p.z.p., wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień dotyczących pominięcia - w poszczególnych pozycjach kosztorysowych - jednostek miary i ilości przewidzianych do wykonania robót w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym szczegółowym.

Odwołujący odpowiedział na to wezwanie pismem z 8 października 2012 r., w którym stwierdził, że: 1. dołączony do oferty kosztorys odzwierciedla wszystkie pozycje i ilości ujęte w przedmiarze dołączonym przez Zamawiającego do dokumentacji przetargowej, 2. przesyła w załączeniu uzupełniony kosztorys ofertowy. Dołączony do tego pisma kosztorys ofertowy zawierał 43 pozycje kosztorysowe wraz ich opisem, jednostką miary, ilością jednostek miary dla każdej pozycji oraz wartością netto i ceną brutto dla każdej pozycji.

Zamawiający pismem z 11 października 2012 r. zatytułowanym „Wybór oferty najkorzystniejszej” poinformował wykonawców, że oferta JUL-DOMu Przemysław Mazurkiewicza z ceną ofertową 214.020 zł została uznana za najkorzystniejszą zaś oferta Odwołującego się - Spółki Virklund Sport Poland - została odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 i 8 p.z.p. W uzasadnieniu tego pisma Zamawiający podał, że treść złożonej oferty nie odpowiada SIWZ i że wykonawca - wezwany do uzupełnienia dokumentów - nie nadesłał w terminie właściwego pełnomocnictwa.

Tego samego dnia Zamawiający przekazał wykonawcom pismo pt. „Powtórzenie czynności oceny oferty i rozstrzygnięcia postępowania”, w którym podał, że komisja przetargowa przedstawiła kierownikowi Zamawiającego propozycję rozstrzygnięcia postępowania w zakresie zweryfikowania podstawy prawnej odrzucenia oferty. Następnie Zamawiający wyjaśnił, że w toku powtórnej oceny oferty wykonawcy Virklundu Sport Poland uznano, że oferta powinna być odrzucona na jednej podstawie - treść oferty nie odpowiada SIWZ (art.89 ust.1 pkt 2 p.z.p.). Według Zamawiającego nie ma możliwość zweryfikowania ilości i zakresu prac podanych w przedmiarze (stanowiącym załącznik do SIWZ) z kosztorysem ofertowym, stanowiącym część oferty wykonawcy, a to z uwagi na pominięcie ilości i jednostek miary prac wskazanych do wykonania w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego.

Po takich ustaleniach Krajowa Izba Odwoławcza dokonała rozważań prawnych i oceny postawionych zarzutów.

Przed wszystkim Izba uznała, że nie został naruszony art.89 ust.1 pkt 2 p.z.p. Przepis ten nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Spór między stronami sprowadza się do oceny, czy pominięcie przez Oferenta w dołączonym do oferty kosztorysie liczby jednostek miar oraz samych jednostek miar powoduje, że mamy do czynienia z

oferty z treścią SIWZ pod względem merytorycznym. Inaczej mówiąc, należy odpowiedzieć na pytanie, czy pominięcie w/w elementów kosztorysu ofertowego powoduje, że zakres zaoferowanego przez Odwołującego świadczenia odpowiada zakresowi wymaganemu przez zamawiającego w treści SIWZ (art.82 ust.3 p.z.p.). Pozytywna odpowiedź skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 p.z.p.

Dla oceny zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ decydujące znaczenie ma rola, jaka w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w SIWZ została nadana przez zamawiającego dokumentowi w postaci oferty. Ponadto należy ustalić, z jakiego rodzaju niezgodnością mamy do czynienia w przypadku sporządzenia dokumentu w sposób odmienny od oczekiwanego przez zamawiającego oraz jaki jest zakres tej niezgodności.

Hipotezą normy art.89 ust.1 pkt 2 p.z.p. objęte są trzy sytuacje, gdy treść oferty stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ: 1. w ofercie pominięto pewien zakres świadczenia, 2. zaoferowano odmienny zakres świadczenia, 3. brak dookreślenia tego zakresu w sposób, który uniemożliwia ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Zdaniem Izby w niniejszej sprawie zachodzi trzeci z wymienionych przypadków. W ofercie firmy Virklund Sport Poland brak jest bowiem dookreślenia treści oferty pod względem ilościowym. Tego rodzaju informacje zaś, stosownie do postanowienia rozdziału XII punktu 3 zd.2 SIWZ, powinny wynikać z samej oferty. W tym punkcie wskazano, że do oferty należy dołączyć szczegółowy kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, przedmiaru robót i zapisów SIWZ. Każdy z tych dokumentów (dokumentacja projektowa,

specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz przedmiar robót) w zakresie przedmiotu zamówienia jest nośnikiem odmiennych informacji. Projekt budowlany określa zasadniczy zakres przedmiotowy/skazując, co i gdzie należy

wykonać. Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych odnoszą się do standardu i jakości tych robót, jak również dookreślają technologię ich wykonania. Przedmiar robót powinien zawierać zestawienia przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz ze wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych (§ 6 ust.1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, Dz. U Nr 202, poz. 2072 ze zm.).

W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Wykonawca potwierdza przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką pełnią kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót, a także z faktu, że w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej Zamawiający jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową także przedmiarów robót. Takiego obowiązku Zamawiający nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

Definicje wynagrodzenia ryczałtowego i wynagrodzenia kosztorysowego, zawarte w ustawie Kodeks cywilny, odnoszą swoje skutki zarówno do etapu wyceny (sporządzenia oferty), jak i do etapu rozliczenia (realizacji robót budowlanych). W związku z tym nie można zgodzić się z Odwołującym, który w oparciu tylko o postanowienia umowy uznał, że w ramach niniejszego postępowania mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtów kosztorysowym. Umowa w sprawie zamówienia publicznego nie musi regulować kwestii wyliczenia wynagrodzenia, gdyż ten etap odnosi się do czynności związanych z przygotowaniem oferty i powinien być uregulowany w SIWZ. Formy wynagrodzenia doprecyzowanej na etapie jego ustalenia nie podważa to, że na etapie realizacji płatność następuje w oparciu o jedną fakturę końcową. Czym innym bowiem jest ustalenie wynagrodzenia w sposób określony w art. 629 k.c., tj. na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, a czym innym rozliczenie na podstawie kosztorysu powykonawczego, które wiąże się z etapem płatności za zrealizowany zakres przedmiotowy. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym i w tym zakresie nieistotne jest, w jaki sposób dojdzie do jego rozliczenia na etapie realizacji, tj. czy rozliczenie będzie się łączyć z płatnością jednorazową po realizacji całego zakresu przedmiotowego robót, czy też z płatnością w oparciu o kosztorysy powykonawcze.

W rozdziale XII SIWZ w punktach 1 -4 wyraźnie wskazano, że określona przez wykonawcę cena to cena kosztorysowa, wyliczona na podstawie szczegółowego kosztorysu ofertowego, sporządzonego w oparciu o dokumentację projektową, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, tj. cena wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy.

Według Izby za kosztorys szczegółowy w ramach niniejszego postępowania należy uznać kosztorys odpowiadający w zakresie zawartych w nim informacji przedmiarowi robót, który jest załącznikiem nr 8 do SIWZ.

W związku z tym Izba uznała, że przedstawione przez wykonawców w

niniejszym postępowaniu kosztorysy ofertowe powinny odpowiadać treści przedmiaru robót choćby w minimalnym zakresie. Zatem Zamawiający miał prawo i obowiązek sprawdzenia poprawności kosztorysów ofertowych, zaś wszelkie rozbieżności ich treści w odniesieniu do zawartych w przedmiarze robót poszczególnych pozycji kosztorysowych, ilości materiałów, jak również

pominięcie jakichkolwiek danych zawartych w tych pozycjach - stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej była wynikiem czynności oceny i badania ofert, której skutkiem było odrzucenie oferty Virklundu Sport Poland. Skoro odrzucenie oferty było zgodne z prawem, to nie mogło dojść do naruszenia art.91 ust.1 p.z.p. To samo dotyczy rzekomego naruszenia przepisu art.7 ust.3 p.z.p.

Spółka Virklund Poland wniosła skargę na wyrok z 30 października 2012 r., w której wysunęła trzy zarzuty:

1. sprzeczność z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego co do ustalenia, że oferta skarżącego zawiera braki jednostek miar i samych miar, choć zgromadzony materiał dowodowy w postaci dokumentacji (zwłaszcza pisma skarżącego z 8 października 2012 r. z załączonym do niego kosztorysem ofertowym szczegółowym) wskazuje na zgodność złożonej oferty ze SIWZ;
2. naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 p.z.p. przez niezgodne z prawem odrzucenie oferty skarżącego;
3. naruszenie art.91 ust.1 w związku z art.7 ust.3 p.z.p. przez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Powołując się na te zarzuty, skarżący wniósł o zmianę wyroku KIO i uwzględnienie odwołania w całości, a nadto o nakazanie Zamawiającemu (jeśli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została jeszcze zawarta): 1. uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2. dokonania ponownego badania ofert, 3. wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego (przed KIO) i kosztów postępowania skargowego. Wniosek ewentualny - w przypadku

zaskarżonego wyroku i uwzględnienie odwołania w całości połączone ze stwierdzeniem, że Zamawiający naruszył przepis art.89 ust.1 pkt 2 p.z.p. oraz art.91 ust.1 w związku z art.7 ust.3 p.z.p. Ponadto skarżący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i postępowania skargowego.

Pełnomocniczka Zamawiającego na rozprawie przed sądem wniosła o oddalenie skargi i o zasądzenie od skarżącego zwrotu kosztów postępowania. Ponadto oświadczyła ona, że 5 listopada 2012 r. Miasto Białogard zawarło z Przemysławem Mazurkiewiczem, prowadzącym przedsiębiorstwo JUL-DOM w Szczecinie, umowę o wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego (do akt złożyła kpię tej umowy k.76). Umowa została zrealizowana i w dniu 30 listopada dokonano końcowego odbioru technicznego (k.77 protokół odbioru). Wykonawca wystawił fakturę na 214.020 zł, która została zapłacona 6 grudnia 2012 r. (k.78 faktura, k.79 wyciąg z rachunku Miasta Białogard).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Dołączony do oferty z 28 września 2012 r. usteckiej spółki Virklund Sport Poland Kosztorys ofertowy szczegółowy niewątpliwie zawierał braki w zakresie ilości i jednostek miar wskazanych do wykonania. Wykonawca, wezwany do

usunięcia tych braków, uczynił to przez dołączenie do swego pisma z 8 października 2012 r. uzupełnionego kosztorysu szczegółowego. Jednakże ta czynności na etapie badania ofert po ich otwarciu była spóźniona. Ustawa bowiem uznaje za niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywanie w niej jakiegokolwiek zmiany, z wyjątkiem omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny (art.87 ust.1 i 2 p.z.p.). Powołany przepis reguluje kwestie wyjaśnień treści złożonych ofert, których zamawiający może żądać od wykonawców w toku ich badania i oceny. Wątpliwości zamawiającego

muszą powstać „w toku badania i oceny ofert”, nie wcześniej i nie później. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art.87 ust.1 p.z.p. nie mogą polegać na usunięciu istotnych braków kosztorysu szczegółowego, aby dostosować go do przedmiotu robót, a tak właśnie uczyniła skarżąca spółka. W związku z tym Zamawiający słusznie odrzucił ofertę spółki Virklund Sport Poland. W tym zakresie Sąd Okręgowy aprobuje wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO, więc nie ma potrzeby ich tu powtarzać.

W konsekwencji tego uznać należało, że żaden z postawionych zarzutów nie jest słuszny i oddalić skargę jako bezzasadną (art. 198 ust.2 zd.1 p.z.p.).

O kosztach postępowania skargowego orzeczono stosownie do jego wyniku (art. 198 ust.5 p.z.p.). Skarżący przegrał sprawę, więc powinien zwrócić Zamawiającemu poniesione przezeń koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika procesowego według stawek jak za instancję apelacyjną.