

*Sygn. akt I C 1272/15*

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 27 kwietnia 2016 roku

**Sąd Rejonowy w Świdnicy I Wydział Cywilny w składzie:**

**Przewodniczący SSR Wojciech Zatorski**

Protokolant Natalia Całka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2016 roku w Ś.

sprawy z powództwa (...), D. M. i M. M. Sp.j. z siedzibą w K. oraz (...) Sp. z o.o. z siedzibą we W.

przeciwko Parafii E. w Ś.

o zapłatę

I. powództwo oddała w całości;

II. nie obciąża powódek obowiązkiem zwrotu pozwanej kosztów postępowania.

Sygn. akt I C 1272/15

## UZASADNIENIE

Powódki: (...) sp. z o.o. we W. i (...) spółka jawna w K., wniosły o zasądzenie od Parafii E. w Ś. kwoty 32.422,90 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 21.04.2015r. do dnia zapłaty, a także obciążenie pozwanej kosztami postępowania (k.2).

W uzasadnieniu żądania powódki wskazały, że pozwana organizowała, w oparciu o zasady określone w Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia, sporządzone przez zamawiającą Parafię, postępowanie przetargowe na wykonanie renowacji zabytkowego cmentarza przy K. P. w Ś.; powódki, które stawały w w/w postępowaniu jako konsorcjum wykonawców, złożyły ofertę na wykonanie zamawianej przez pozwaną usługi, jednak oferta ta została odrzucona, z uwagi na niekompletny, zdaniem zamawiającego, kosztorys wykonawczy, nie zawierający pozycji materiału i sprzętu, co zdaniem powódek nastąpiło niesłusznie; powódki zaskarżyły odrzucenie ich oferty, jak też unieważnienie postępowania przetargowego, które pozwana ogłosiła w toku postępowania przetargowego wskazując na występowanie wad niemożliwych do usunięcia w toku postępowania, uniemożliwiających zawarcie umowy; pozwana odpowiada więc wobec powódek, które poniosły koszty przygotowania oferty i uczestnictwa w przetargu, zatem poniosły uszczerbek majątkowy w postaci kosztów przygotowania i weryfikacji kosztorysu, opracowania i skompletowania oferty, wizyty pracowników na placu budowy oraz obsługi prawnej, itp., gdyż unieważnienie przetargu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i obciążenie powódek kosztami procesu (k. 98). Wskazała, że do przetargu przystąpiło 5 zainteresowanych, w tym konsorcjum powódek, jednak pozwana wybrała inną ofertę, a ponadto oferta powódek została odrzucona, co skutkowało zaskarżeniem tej decyzji przez powódki, lecz ich odwołanie zostało zwrócone wobec braku opłaty, zatem na tej czynności droga powódek w zakresie ich odrzucenia oferty została zakończona; w SIWZ pozwana zastrzegła, iż w postępowaniu przetargowym obowiązują tylko niektóre, odpowiednio stosowane zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasada równości i uczciwej konkurencji, a zatem nie ma zastosowania przepis art. 93 ust. 1 pkt Pzp, i to mimo użycia w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania przetargowego sformułowania odnoszącego się do tego właśnie przepisu, gdyż chodziło o pomocnicze

wskazanie sytuacji najlepiej obrazującej zaistnienie stanu faktycznego dotyczącego unieważnienia; przede wszystkim, zgodnie z SIWZ, wykonawca poniesie wszelkie koszty związane z przygotowaniem i przedłożeniem oferty, zatem powódki przystępując do przetargu musiały zapoznać się z tym zapisem i liczyć się z jego zastosowaniem; nawet hipotetyczne przyjęcie, że jednak mają w omawianym przypadku zastosowanie przepisy Pzp, nie zmienia oceny sprawy, gdyż zgodnie z art. 93 ust. 4 Pzp roszczenie o zwrot kosztów służy wykonawcom, których oferta nie podlegała odrzuceniu, zaś oferta powódek została skutecznie odrzucona, a ponadto powódki nie zareagowały na unieważnienie przetargu; powódki nie przedstawiły dowodu podważającego słuszność unieważnienia przetargu, jak i nie udowodniły okoliczności, za które miałyby odpowiadać pozwana; ponadto powódki nie przedstawiły dowodu wysokości roszczenia (k. 99-101).

Sąd ustalił:

Pozwana 03.10.2014r. ogłosiła przetarg na rewitalizację zabytkowego cmentarza przy K. P. w Ś..

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: Siwz) wskazała, że postępowanie o udzielenie tego zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu na zasadach określonych w Regulaminie udzielania zamówień przez Parafię. Zastrzegła, że nie jest zamawiającym w myśl przepisów prawa zamówień publicznych. W postępowaniu przetargowym odpowiednie zastosowanie mają zasady wynikające z ustawy z 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych, w szczególności zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – w zakresie, w jakim wskazują to postanowienia Siwz, a w pozostałym zakresie zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z Siwz wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia powinni dostarczyć ofertę z kompletem wymaganych załączników (pkt 1.3.2). Koszty udziału w przetargu, tj. wszelkie koszty związane z przygotowaniem i przedłożeniem oferty poniesie wykonawca (pkt 1.5). Wykonawcy przysługiwało prawo zwrócenia się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących dokumentów przetargowych (pkt 2.2). Oferta złożona przez wykonawcę musi zawierać m.in. szczegółowy kosztorys wykonawczy sporządzony na podstawie przedmiaru robót (pkt 3.2.e). Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie uważa za niezbędne do poniesienia, w szczególności koszty wykonania prac, koszty materiałów, koszty opracowania dokumentacji, koszt opakowań, koszt transportu, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane podatki i opłaty oraz wszelkie inne koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia (pkt 3.3.2). Cenę całkowitą należy rozumieć jako cenę ryczałtową, zgodnie z art. 632 k.c., a w sytuacji rozbieżności uznaje się, że wszystkie pozycje wskazane w kosztorysie ofertowym zostały współwycenione i są objęte ceną ryczałtową (pkt 3.3.5). Zamawiający odrzuci ofertę, m.in. wtedy, jeżeli jej treść nie odpowiada Siwz (pkt 5.4.3.2). Oferty należało złożyć do 20.10.2014r. godz. 08.45 (pkt 4.2.1). Wykonawcom przysługuje odwołanie do Adwokackiego Sądu Polubownego (pkt 6).

Dowód:

- ogłoszenie o przetargu – k. 68,

- Siwz – k. 70-78.

W celu uczestnictwa w przetargu i wykonania w/w zamówienia powódki zawarły umowę konsorcjum, wskazując jako lidera W.-Zabytki. Konsorcjum przystąpiło do przetargu składając ofertę wykonania zamówienia za kwotę 3.389.269,29 zł brutto. Do ofert dołączono kosztorys szczegółowy, w którym w niektórych pozycjach wskazano koszt sprzętu i materiału.

Dowód:

- umowa konsorcjum – k. 33-35,

- formularz ofertowy – k. 79,

- kosztorys ofertowy /płyta CD/ - k. 82.

Pozwana rozstrzygnęła przetarg 06.11.2014r. wybierając innego wykonawcę, aniżeli powódki.

Ofertę powódek zamawiający (pozwana) odrzucił, gdyż dołączono do niej kosztorys szczegółowy, w którym w niektórych pozycjach nie uwzględniono kosztorysowych pozycji sprzętu i materiału.

Powódki złożyły zgodnie z SIWZ (pkt 6) odwołanie do sądu polubownego, datowane 13.11.2014r., żądając unieważnienia czynności odrzucenia ich oferty i wskazując, że pozwana w dacie 13.11.2014r. poinformowała je drogą maila o odrzuceniu ich oferty, co było niezasadne, skoro kosztorysy ofertowe sporządzone zostały na podstawie katalogów wskazanych przez zamawiającego. Ponadto powódki domagały się unieważnienia wyboru oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą.

Pozwana w odpowiedzi na w/w odwołanie, datowane 04.12.2014r., wskazała m.in., że zgodnie z SIWZ wykonawców obowiązywał kosztorys szczegółowy, a takiego powódki nie złożyły.

W reakcji powódki pismem z 30.12.2014r. podtrzymały swoje stanowisko.

Dnia 22.01.2015r. pozwana unieważniła przetarg z 20.10.2014r. ponieważ postępowanie przetargowe obciążone było wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o wykonanie zamówienia.

Pozwana unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i jednocześnie całe postępowanie, a przy tym wskazała (pismem z 28.01.2015r.), że w postępowaniu dokonano niezgodnego z zasadami PZP opisu przedmiotu zamówienia i sposobu prezentacji przedmiotu zamówienia.

Dnia 02.03.2015r. pozwana unieważniła kolejny przetarg, tj. z 26.02.2015r. dotyczący tego samego zamówienia, ponieważ postępowanie przetargowe obciążone było wadą niemożliwą do usunięcia i uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o wykonanie zamówienia.

#### Dowód:

- zestawienie ofert – k. 66-67,
- ogłoszenie – k. 65,
- pismo pozwanej z 28.01.2015r. – k. 40,
- odwołanie powódek – k. 58-64,
- odpowiedź pozwanej na odwołanie – k. 43-50,
- pismo przygotowawcze /z załącznikami/ - k. 51-56,
- zawiadomienia o unieważnieniu – k. 41-42.

Pismem datowanym 10.04.2015r. powódki wezwały pozwaną do zapłaty 39.880,17 zł z tytułu kosztów przygotowania oferty przetargowej. Do wezwania dołączyły kosztorys opracowania oferty (na II przetarg 20.10.2014) na w/w kwotę oraz cennik. Jako podstawę żądania wskazały przepis art. 390 § 1k.c. Również pismem z daty 30.04.2015r. zażądały takiej samej kwoty, z tego samego tytułu, w oparciu o tę samą podstawę prawną.

Pozwana uznała żądania powódek za bezpodstawne, wskazując przede wszystkim na zapis SIWZ, według którego wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem oferty.

#### Dowód:

- wezwanie do zapłaty /z załącznikami/ – k. 25-32, 38-39,

- odpowiedź parafii – k. 36-37.

Sąd zważył:

Podstawową kwestią sporną jest, czy pozwana odpowiada wobec powódek na zasadach przewidzianych w ustawie z 29.01.2004r. prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), w tym na podstawie art. 93 ust. 4 tej ustawy, w myśl którego w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty, na co powołują się powódki.

W pierwszym rzędzie stwierdzić należy, iż pozwana nie miała ustawowego obowiązku stosowania się do przepisów Pzp. Stanowisko tej strony, wskazującej na brak przesłanek do obligatoryjnego stosowania rygorów w/w ustawy, nie zostało zakwestionowane przez powódki, które nie dowodziły, ani nawet nie podnosiły tezy przeciwnej. Sąd również nie znajduje podstaw do tezy odmiennej, zwłaszcza wobec treści art. 3 Pzp.

W kolejności rozważenia wymaga, czy pozwana obowiązana była do respektowania Pzp w oparciu o postanowienia Specyfikacji I. Warunków Zamówienia (dalej: Siwz).

Wbrew twierdzeniom pozwanej (k. 99) Siwz nie wskazuje jednoznacznie, że w spornym postępowaniu tylko ogólnie stosuje się zasady Pzp (jakkolwiek Siwz często nawiązuje do Pzp – por. np. k. 700., 72, 720., 73, 75). Mowa jest o prowadzeniu przetargu na zasadach z Regulaminu i odpowiednim stosowaniu zasad Pzp, w szczególności zasady konkurencji i równości – w zakresie, w jakim wskazują na to postanowienia Siwz (k. 70 in prin.). W świetle powyższego można mieć wątpliwości, czy chodzi tylko o te 2 zasady, czy ogólnie zasady z Pzp. W pierwszym wypadku nie byłoby jednak potrzeby stosowania zapisu: „w szczególności”; gdyby istotnie chodziło tylko o te 2 zasady, to na zasadzie wyjątku zapewne tak właśnie zapisano by w Siwz, a skoro tak nie uczyniono, zasadny jest wniosek o stosowaniu wszystkich zasad Pzp. Kolejna kwestia dotyczy zakresu /odpowiedniego/ stosowania zasad Pzp, zgodnie z postanowieniami Siwz, a w szczególności, które z tych zasad i w jakiej części, oraz na podstawie których postanowień Siwz, są możliwe (nadawałyby się) do choćby odpowiedniego zastosowania w przedmiotowym przetargu, a innymi słowy, jakie konkretnie postanowienia Siwz wskazują na stosowanie zasad Pzp i mówią o odpowiednim ich stosowaniu. To zaś, z uwagi na nazbyt mało precyzyjne sformułowanie, nie pozwala na jasne określenie, które zasady Pzp i w jakiej części mają zastosowanie w spornym przetargu, zatem również wskazuje na stosowanie /wszystkich/ zasad Pzp.

Powyższych ocen nie zmienia fakt, że w Siwz funkcjonują liczne odnośniki do konkretnych przepisów Pzp (np. k.70 - pkt 1.3.1, k.72 – pkt 2.3.1, k. 73 – pkt 3,5,1), skoro może być to interpretowane dwojako. Po pierwsze, właśnie dlatego, że zachodzi potrzeba wyartykułowania zasad Pzp „w zakresie, w jakim wskazują to postanowienia niniejszej Specyfikacji”, podano te zapisy po to, by wiadomo było, które konkretnie rozwiązania mają zastosowanie. Z drugiej strony możliwa jest też koncepcja odmienna, bowiem część wstępna Siwz mówi o zasadach, a nie przepisach, więc te są wskazane tylko do dookreślenia, a gdyby miało być inaczej, wskazywanie na te zasady (wobec powoływania konkretnych przepisów) lub przywoływanie konkretnych przepisów (wobec wskazania na odpowiednie stosowanie zasad) byłoby zbędne.

Reasumując, nie można więc przyjąć, że Siwz dopuszcza tylko zasady konkurencji i równego traktowania, a wyłącza stosowanie pozostałych zasad z Pzp (w tym art. 93 ust.1 pkt 7 i ust.4). Siwz bowiem nie mówi wprost o prawie do odwołania przetargu lub unieważnienia go, a pozwana jednak podjęła decyzję o unieważnieniu postępowania, wskazując zresztą na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp (k.41). Również ogólnikowo tylko Siwz wskazuje na uprawnienia odwoławcze wykonawcy lub innego podmiotu w razie naruszenia przepisów Siwz (k. 770. pkt 6), a mimo to pozwana podjęła polemikę z powódkami zarówno w zakresie zarzutu odrzucenia ich oferty, jak i żądania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej (k. 44).

Jeżeli więc zamawiający unieważnił przetarg zgodnie z Pzp (odmienne wywoły pozwanej wobec jasnego zapisu unieważnienia – k. 41, nie mogą się ostać), przy braku oznaczenia przesłanek powyższego w Siwz, niezrozumiałe byłoby dla tego wykonawcy nie mieliby mieć możliwości powoływania się na tę samą podstawę prawną. W przypadku tezy przeciwnej doszłoby do nieuzasadnionej nierównowagi uczestników postępowania przetargowego, bowiem zamawiający nie odpowiadałby de facto za nic, zaś wykonawcy podlegaliby licznym ograniczeniom wynikającym nie tylko z Siwz, lecz także właśnie z ustawy. W konsekwencji skonstatować należy, że choć pozwana nie miała bezwzględnie obowiązku organizacji przetargu wg Pzp, jeżeli wskazała w Siwz na stosowanie zasad tej ustawy, sama włożyła na siebie zobowiązanie do stosowania zasad PZP, zatem powinna tych zasad przestrzegać.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest po to, by zawrzeć umowę o zamówienie publiczne. Wykonawcy licząc na kontrakt, godzą się na ponoszenie kosztów związanych z przygotowaniem oferty. Jeśli jednak postępowanie zostaje unieważnione z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, to przedsiębiorcom należy się zwrot znacznej części poniesionych nakładów. Przewiduje to wprost art. 93 ust. 4 prawa zamówień publicznych. Zgodnie ze wskazanym przepisem wykonawcy przysługuje zwrot kosztów, jeśli: postępowanie zostało unieważnione z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, oferta wykonawcy nie podlegała odrzuceniu, koszty były uzasadnione.

Zasada celowości postępowania przetargowego oraz zasada odpowiedzialności za nieosiągnięcie tego celu (z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), obowiązujące pozwaną w myśl przyjętej powyżej tezy, wskazują zatem na konieczność krytyki stanowiska pozwanej co do zapisów części wstępnej i pkt 1.5 Siwz (k. 70 i 710.).

Zapis, iż pozwana nie jest zamawiającym w rozumieniu Pzp, skutkować musiałby zwolnieniem jej z odpowiedzialności, skoro z art. 93 ust. 4 Pzp odpowiada właśnie zamawiający.

Również zastrzeżenie, iż wszelkie koszty związane z przygotowaniem i przedłożeniem oferty ponosi wykonawca (pkt 1.5) oznaczałoby ten sam skutek.

Oceniając powyższe należy wskazać na n/w kwestie.

Ustawa wyczerpująco normuje przesłanki unieważnienia przetargu, tzw. zasada numerus clausus (por. P. Granowski komentarz PZP do art. 93, SIP Legalis 2013 i J. Piróg komentarz PZP do art. 93 SIP Legalis 2015). Celem przepisu art. 93 ust. 1 Pzp jest zapobieganie nadużywaniu przez zamawiającego unieważnienia postępowania przetargowego (por. J. Piróg, komentarz PZP do art. 93 SIP Legalis 2015), działanie zaś zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości (por. komentarz PZP do art. 93 P. Granowski j.w.). Niezrozumiałe byłoby więc wobec powyższego, gdyby w/w celowi i ścisłej reglamentacji unieważnienia przetargu towarzyszyła dowolność zamawiającego, w szczególności w dysponowaniu przezeń kosztami udziału wykonawców w przetargu, a nawet wyłączeniu własnej odpowiedzialności w ogólności z racji zapisu, iż pozwana nie jest zamawiającym w rozumieniu Pzp.

Wskazać też należy na wyrok (...) z 12.07.2013r. S.. KIO 1507/13 (por. (...), orzecznictwo do art. 93 Pzp): „To, że zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu nie jest tożsame z zanegowaniem roszczenia zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu w sytuacji unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Zamawiający może zakładać, że nie będzie potrzeby / konieczności zwrotu wykonawcom kosztów udziału w postępowaniu, nie odnosząc wszelako powyższego do szczególnej sytuacji związanej z unieważnieniem postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego” /Teza 1/. W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano: „W ocenie składu orzekającego I. postanowienie SIWZ, że zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów udziału w postępowaniu nie jest sprzeczne z ustawą, tj. art. 93 ust. 4, ponieważ to nie jest tożsame z zanegowaniem roszczenia zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu w sytuacji unieważnienia postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. /.../ Uwzględniając /.../ rozumienie słowa „przewidzieć” można jedynie stwierdzić, że zamawiający zakłada, że nie będzie potrzeby/ konieczności zwrotu wykonawcom kosztów udziału w postępowaniu, nie odnosząc wszelako powyższego do szczególnej sytuacji związanej z unieważnieniem postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego”.

Z powyższego płynie wniosek, że ogólnikowe stwierdzenia SIWZ, których istotą jest założenie zamawiającego, że nie będzie potrzeby zwrotu uzasadnionych kosztów wykonawcy, jak też, że we własnym zakresie wykonawca stając do przetargu poniesie wszelkie koszty przygotowania oferty, nie wyłączają prawa do żądania zwrotu kosztów w sytuacji z art. 93 ust. 4 Pzp, natomiast zaniegowanie w SIWZ takiego uprawnienia jest sprzeczne z w/w ustawą, zatem nieważne. To zaś, że wykonawca ponosi we własnym zakresie koszty uczestnictwa w przetargu, w tym przygotowania oferty, zatem ponosi swoje ryzyko „straty” w/w wydatków w tym zakresie, jest oczywiste i przez nikogo nie kwestionowane, nie odnosi się natomiast do problemu występującego w sprawie, a mianowicie, czy przy unieważnieniu przetargu (z przyczyn zamawiającego) koszty te powinny być wykonawcy zwrócone, jeżeli złożył ważną ofertę.

Pozwana będąc zobowiązana do stosowania zasad Pzp, w tym zasady odpowiedzialności za wynik przetargu, nie mogła zatem skutecznie zapisać w Siwz postanowień wykluczających prawo wykonawców do żądania zwrotu kosztów przygotowania oferty. Jeżeli bowiem poddała się w Siwz rygorom Pzp, uczestnicy postępowania mają prawo oczekiwać, że przepisy tej ustawy będą stosowane.

Oddalając żądanie pozwu mimo dopuszczenia stosowania w spornym postępowaniu zasad Pzp, sąd miał natomiast na uwadze, że powódki nie wykazały przesłanek z art. 93 ust. 4 Pzp, który stanowi, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

Ocenę tego fragmentu rozpocząć należy od rozważenia dopuszczalności badania w postępowaniu sądowym kwestii zasadniczo przynależnych postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności unieważnienia przetargu i odrzucenia oferty.

Sąd nie bada zasadności unieważnienia postępowania przetargowego, choćby z tej przyczyny, że ewentualne stwierdzenie, że przetarg unieważniono wadliwie nie ma praktycznego znaczenia dla procesu sądowego, który nie doprowadzi przecież do „wznowienia” postępowania o udzielenie zamówienia, a tym bardziej nie doprowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej, co nota bene przeczyłoby, w obu przypadkach, ratio legis art. 97 ust. 4 Pzp . Okoliczność w postaci unieważnienia przetargu jest więc warunkiem w/w roszczenia, nie zaś przesłanką odpowiedzialności zamawiającego. Sąd musi natomiast zbadać unieważnienie przetargu z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, skoro ta kwestia stanowi przesłankę w/w odpowiedzialności. Ustawa nie wskazuje tu na zawinienie, lecz przyczyny leżące po stronie zamawiającego, zatem uwagi pozwanej na k. 99-100 (pkt IV), w szczególności co do jej staranności przy organizacji przetargu, są oczywiście chybione, skoro z pisma pozwanej na k. 40 wynika jasno, że Parafia sama przyznaje, że to z przyczyn leżących jej stronie przetarg unieważniono.

Odmierna sytuacja zachodzi w przypadku „ofert niepodlegających odrzuceniu”, skoro ustawa posługuje się w art. 93 ust. 4 takim właśnie sformułowaniem, nie zaś pojęciem „ofert odrzuconych”.

Oczywiście oferta powódek została odrzucona, zaś wszczęta przez nie procedura odwoławcza nie dała rezultatu, co oznacza domniemanie zasadności odrzucenia tej oferty, jednak nie zmienia to faktu, że ustawa zapewne bez powodu nie rozróżnia pojęć ofert odrzuconych i ofert nie podlegających odrzuceniu, a zatem użycie w w/w przepisie tego drugiego sformułowania nie jest kwestią przypadku i dowolności interpretacyjnej, zaś ustalenie, że oferta wykonawcy (powódek) istotnie nie należała do takich, które należało odrzucić (podlegały odrzuceniu) należy do przesłanek odpowiedzialności zamawiającego.

Z drugiej strony badanie w postępowaniu sądowym w zasadzie wszystkich przesłanek odrzucenia oferty, a to celem ustalenia, czy nadawała się do odrzucenia, czy też spełniała wszystkie przesłanki, zatem nie podlegała odrzuceniu, prowadziłoby do zastępowania postępowania odwoławczego w trybie przetargowym.

W literaturze wskazuje się na następujące rozumienie w/w zależności.

Zwrot kosztów nie przysługuje wykonawcom wykluczonym z postępowania oraz tym, których oferty zostały odrzucone jako sprzeczne z treścią SIWZ (por. S. Babiarczyk, komentarz do Pzp Lex 2013, teza 11 do art. 93). Zwrot kosztów nie przysługuje nigdy wykonawcom, którzy nawet gdyby postępowanie nie zostało unieważnione z powodów formalnych, nie mieliby szans na uzyskanie zamówienia, gdyż albo ich oferty byłyby odrzucone, albo zostaliby wykluczeni z postępowania (por. W. Dzierżanowski, komentarz do Pzp Lex 2014, teza 22 do art. 93). Zwrot kosztów nie przysługuje wykonawcom wykluczonym z postępowania (ich oferty uznaje się za odrzucone) oraz wykonawcom, których oferty zostały odrzucone z jakiegokolwiek przyczyny, zwłaszcza jako niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uprawnienie do żądania zwrotu kosztów przysługuje wykonawcom, którzy złożyli ważne oferty (por. A. Gawrońska-Baran LEX Unieważnienie przetargu nieograniczonego na zamówienie publiczne. Rozdz. 5. Zaostrożenie odpowiedzialności zamawiającego z tytułu unieważnienia przetargu).

Z powyższego wynika, że zwrot kosztów przygotowania oferty nie przysługuje tym wykonawcom, których oferty odrzucono z uwagi na sprzeczność z SIWZ, i którzy mimo braku unieważnienia przetargu i tak nie mieliby szans na uzyskanie zamówienia, gdyż ich oferty też zostałyby wówczas odrzucone.

Dodać jeszcze należy, że w literaturze przedmiotu akcentowana jest kwestia czasu unieważnienia przetargu, w korelacji do terminu składania ofert. Wskazuje się, że wykonawcy mogą żądać zwrotu uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu na podstawie art. 93 ust. 4, jeżeli zamawiający unieważnił postępowanie po upływie terminu składania ofert. Roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu mogą bowiem zgłaszać wyłącznie ci wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu (por. J.E. Nowicki, komentarz do Pzp Lex 2015, teza 39 do art. 93). Żądanie odszkodowawcze jest dopuszczalne, gdy unieważniono przetarg po upływie terminu składania ofert. /.../ Przede wszystkim przepis ten odnosi się wprost do wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Chodzi zatem o wykonawców, którzy mieli szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Rozszerzająca wykładnia art. 93 ust. 4 p.z.p. przeczyłaby racjonalności ustawodawcy w stanowieniu prawa (por. A. Gawrońska-Baran LEX Unieważnienie ..., j.w.). Powołanie tych okoliczności jest istotne z tego względu, że akcentują one formalizm postępowania przetargowego. W konsekwencji stwierdzić trzeba, że powódki miałyby nikłe szanse na uzyskanie zamówienia, gdyby przetargu nie unieważniono, skoro ich ofertę odrzucono, a tę czynność mogły kwestionować stosując tryb odwoławczy wskazany w Siwz.

Reasumując, to zamawiający ocenia zgodność oferty z SIWZ i podejmuje ewentualną decyzję o jej odrzuceniu (np. z uwagi właśnie na niezgodność z SIWZ). Wykonawcy mogą decyzje takie zaskarżać w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a badanie w procesie zasadności odrzucenia oferty zastępowałoby postępowanie odwoławcze w trybie przetargowym.

Jeżeli jednak uwzględnić dosłowny zapis art. 93 ust. 4 Pzp o ofercie nie podlegającej odrzuceniu, należałoby ocenić, czy rzeczywiście oferta powódek podlegała odrzuceniu, jako niezgodna z Siwz, czy też powódki złożyły ważną ofertę niepodlegającą odrzuceniu, co uprawnia je do żądania zwrotu kosztów przygotowania oferty.

Spór w w/w zakresie dotyczy w istocie ustalenia, czy powódki spełniły wymogi Siwz, w szczególności pkt 3.3.2, tj. czy uwzględniły w przedstawionym z ofertą kosztorysie m.in. koszty materiałów i sprzętu.

Tę część rozpocząć należy od wskazania na sprzeczności w twierdzeniach powódek (na terminie rozprawy 02.03.2016r. - k. 130), które zamiennie zeznają bądź to o spełnieniu wymogów Siwz (poprzez zamieszczenie wszystkich żądanych elementów co do kosztów), bądź o braku takiej konieczności (z racji albo zamieszczenia wszystkich żądanych danych w innym dokumencie albo uwzględnienia wszystkich kosztów w formie ryczału).

Innymi słowy, albo wszystkie wymagane przez Siwz koszty zostały ujęte w kosztorysie, albo koszty te wynikały z innego (aniżeli kosztorys) dokumentu (twierdzenia (...) Longa), albo też, nie trzeba było niektórych kosztów ujmować w kosztorysie, gdyż – jak można się domyślać – zostały ujęte w innym dokumencie („wynikało to i z istoty dokumentu i z przedmiaru” - twierdzenia W. – Zabytki), albo sporne koszty ujęto „w stawce” (...) Longa). Dodać można, że powódka (...) sp. z o.o. sama wskazuje, że z odpowiedzi na odwołanie dowiedziała się, że nie wyceniła niektórych kosztów, co

uprawnia do wniosku, że jednak oferta powódek nie wyceniała wszystkich elementów żądanych przez zamawiającego, a co spór w tej części sprowadzałoby do oceny nie tego, czy powódki wyceniły dany element, lecz czy powinny były go wyceniać. Na pewno natomiast na podstawie twierdzeń powódek nie można wnioskować, iżby spełniły one wymogi Siwz w zakresie zamieszczenia w kosztorysie wszystkich wymaganych przez zamawiającego kosztów, w tym sprzętu i materiałów. Dopelnieniem powyższego jest twierdzenie powódki (...) Longa, że sporny koszt „jest zawarty w stawce”, co jednoznacznie wskazuje, że sama powódka przyznaje stosowanie swoistego ryczałtu „stawkowego” a nie wymaganego przez pozwaną kosztorysu szczegółowego, ze wskazaniem kosztu sprzętu i materiałów. Błędnie powódka ta wywodzi, że zapis pkt 3.3.5 Siwz „załatwia” specyfikację, skoro pkt 3.3.2 wyraźnie wskazuje, jakie wymogi musi uwzględniać kosztorys. Dodać można, że zamawiającego nie musi interesować tylko cena końcowa (sumaryczna), lecz także to, czy wykonawca uwzględnia wszystkie prace, materiały, itp., bowiem to umożliwia mu ocenę, czy zaplanowano wszystkie elementy zamówienia (uwzględniono wszystkie koszty, itp.), a jednocześnie daje wiedzę, jakie są koszty rzeczywiste, co na nie się składa, itp., w celu np. weryfikacji, czy cena końcowa ja w Siwz /ryczałt/ jest adekwatna do kosztów wykonania zamówienia (nie jest zawyżona lub zaniżona), czy koszty uzasadniają cenę końcową, czy zakres kosztów wskazuje na objęcie kosztorysem całości prac (czy uwzględniono wszystkie prace wymagane do wykonania w zamówieniu), itp. Tożsame względy przekonują, że myli się również W.-Zabytki, gdy wskazuje, że w Siwz nie zawarto szczegółowych zapisów co do kosztorysu, bowiem w pkt 3.3.2 w zw. z pkt 3.2.e wyraźnie podano wymogi kosztorysu, natomiast rozliczenie ryczałtowe (pkt 3.3.5) nie eliminuje kosztorysu szczegółowego.

Oceniając dowody wskazane przez powódki sąd zauważa więc następujące kwestie.

Zarzuty powódek co do „ujęcia” wszystkich kosztów, w tym materiałów transportu, itp. (jak wskazały powódki na rozprawie) zostały opisane i podważone już w piśmie Parafii na k. 45. I tak już ze sformułowania, że niektóre koszty zostały ujęte nie wprost, lecz poprzez ogólny wskaźnik kosztów pośrednich i ogólnych, wynika jasno, że nie spełniono wymogów z pkt 3.3.2 Siwz.

Pismo powódek na k.51-52 powołuje się na pkt 3.2.e Siwz (k. 52 in fine) jednakże pomija jego pkt 3.3.2.

Katalog (k. 54) mówi o kosztach robocizny odnoszących się do konkretnych czynności, i wskazuje koszty bezpośrednie oraz cenę z narzutami, jednakże nigdzie nie wskazano, co wchodzi w skład narzutów, w szczególności, czy koszty transportu, itp. Ponadto przyjęcie racji powódek w tym zakresie pomijałoby zapis pkt 3.3.2 Siwz. Podobne uwagi można poczynić przy ocenie kosztorysu (k. 55) i kalkulacji (k. 56).

Powódki na załączonej płycie CD na k. 82 przedstawiły 2 pliki - Kosztorys (AL) a Rewitalizacja (WZ). Kosztorys szczegółowy - podobnie jak dokumentacja na k. 54 i 56 - tylko w niektórych, nielicznych pozycjach wskazuje materiał, np. M- piasek, i sprzęt S-wyciąg (np. str. 40-41, 45- (...) -56, 60, 63-65), co jednak nie daje zamawiającemu wiedzy n/ t wysokości wydatków z tytułu materiałów, sprzętu, itp. Z kolei drugi z w/w plików zawiera wyszczególnienie kosztów sprzętu i materiałów, nie jest jednak kosztorysem. Jeżeliby zatem przyjmować racje powódek, to decydujące znaczenie miałby kosztorys lub katalogi, a nie SIWZ. Powódki zatem nie uwzględniły Siwz, a ściślej - bardziej „trzymały się” katalogu, niż wymogów Siwz co do kosztorysu szczegółowego. Mogły przy tym skorzystać z uprawnienia wykonawcy przewidzianego z pkt 2.2 Siwz (k. 72), czego nie uczyniły, zatem podnoszenie tych okoliczności w procesie już tylko z tych przyczyn jest wątpliwe.

Na zakończenie dodać trzeba, że jeżeli powódki twierdzą, że działania pozwanej prowadziły do nierówności, bowiem w jednym przetargu podjęto niekorzystną dla nich decyzję co do /nie/ujęcia w kosztorysie kosztów materiałów i sprzętu, zaś w następnym przetargu tak samo postąpił inny podmiot, i mimo to przetarg wygrał, powinny to wykazać, jeżeli ma to znaczenie dla rozstrzygnięcia, co wątpliwe w sprawie niniejszej, a czego zresztą nie uczyniły, zatem jest to uwaga gołosłowna. To samo dotyczy tego, że w 3 przetargu już zamieszczono zapis o wymogu kosztów sprzętu i materiałów.

W każdym zatem przypadku powództwo podlega oddaleniu, o czym na podstawie art. 93 ust. 4 Pzp orzeczono w pkt I wyroku.



Z uwagi na oceny charakter sprawy sąd uznał, że zachodzi szczególny przypadek, o jakim mowa w art. 102 k.p.c. i na podstawie tego przepisu nie obciążył powódek obowiązkiem zwrotu pozwanej należnych jej jako wygrywającemu kosztów postępowania.