

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 września 2008r.

**Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny-
Odwoławczy w następującym składzie:**

Przewodniczący-Sędzia SO Iwona Wróblewska Pokora

Sędziowie: SO Anna Wrembel - Woźniak (spr.), SO Bożena Kulczycka

Protokolant: Maciej Kowalczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2008r. w Warszawie

sprawy ze skargi Centrum Zaopatrzenia Energetyki „Eltast” sp. z o.o. w Radomiu

przeciwko Gminie Pomiechówek

o zamówienie publiczne

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 20 maja 2008r. sygn. akt KIO/UZP 436/08

1. oddala skargę;
2. zasądza od Centrum Zaopatrzenia Energetyki „Eltast” sp. z o.o. w Radomiu na rzecz Gminy Pomiechówek kwotę 1200 (jeden tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

IV Ca 689/08

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 8 maja 2008 roku firma Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. złożyła odwołanie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego- Gminę Pomiechówek protestu z dnia 18.04.2008 roku na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opublikowanych w dniu 11 kwietnia 2008 roku przez zamawiającego na stronie internetowej .

Wyrokiem z dnia 20 maja 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. opierając swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach i rozważaniach.

Zamawiający Gmina Pomiechówek prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest modernizacja i rozbudowa oświetlenia drogowego na terenie Gminy Pomiechówek. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.04.2008 pod numerem 74995-2008. SIWZ jest zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego. Zamawiający „opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Przedmiotem zamówienia jest zgodnie z pkt 4 siwz modernizacja i rozbudowa oświetlenia ulicznego na terenie gminy Pomiechówek, składająca się z dwóch zadań: remontu oświetlenia w zakresie istniejącej sieci oświetlenia ulicznego oraz zaprojektowania i rozbudowy oświetlenia poza zakresem istniejącej sieci oświetlenia ulicznego. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wobec publikacji w dniu 11 kwietnia 2008 roku ogłoszenia o zamówieniu protest wniósł Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. W dniu 28 kwietnia 2008 roku Zamawiający oddalił protest wobec czego Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Dnia 13 maja 2008 roku Thorn Lightning Polska sp. z o.o. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Z ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że Zamawiający w pkt 4.2 postanowił, że realizacja przedmiotu zamówienia będzie finansowana na zasadzie kredytowania robót przez Wykonawcę i spłacana przez Zamawiającego od 2008 r. w 63 miesięcznych ratach kapitałowo-odsetkowych, równych dla poszczególnych lat rozliczeniowych. Kryteria oceny

ofert wskazane w pkt 14.1 SIWZ to: cena zadania bez kosztów finansowych oraz warunki spłaty - wysokość oprocentowania.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że zarzut niezgodności dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego okazał się niezasadny. Ponadto Izba stwierdziła, że zgodnie z obecnym brzmieniem art. 30 ust. 1 ustawy Zamawiający jest zobowiązany do stosowania odpowiedniej Polskiej Normy, a Odwołujący się nie udowodnił, iż stawiane przez niego zarzuty mają oparcie w treści normy, a w dokonanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia zostały wskazane kwestionowane przez Odwołującego się niezbędne dane wynikające z normy PN-EN 13201. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że obliczenia fotometryczne nie stanowiły minimalnych warunków dla sporządzenia oferty wariantowej, lecz mają służyć wykonawcy do sporządzenia dokumentu wymaganego w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane przez niego roboty budowlane wymagań Zamawiającego. Zamawiający nie dopuścił się sprzeczności w treści SIWZ w odniesieniu do oferty wariantowej, w ten sposób, że możliwość złożenia oferty wariantowej wyłączył *expressis verbis*, ale przez sformułowanie postanowień SIWZ faktycznie ją dopuścił. Ponadto w ocenie Izby art. 2 pkt 7 ustawy zawierający definicję oferty wariantowej nie może stanowić samejśniej podstawy prawnej zarzutu, gdyż jest normą o charakterze informacyjnym.

Zgodnie z ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, ponieważ wysokość oprocentowania jest niewątpliwie jednym z warunków płatności. Zamawiający wyraźnie określił sposób finansowania inwestycji w SIWZ, dlatego również jest on istotnym postanowieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego i również z tego względu nie można przyjąć, że ocena warunków spłaty nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że jeśli istnieje związek kryterium oceny ofert - warunki

splaty - wysokość oprocentowania, zarówno z przedmiotem zamówienia, jak również z ceną, to nie jest uzasadnione twierdzenie, że kryterium to jest sprzeczne ze wskazaną normą.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie mają w niniejszej sprawie zastosowania \ przepisy ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, albowiem realizacja zamówienia na remont i modernizację oświetlenia ulicznego nie jest formą uczestnictwa gminy w obrocie gospodarczym.

Pismem z dnia 9 czerwca 2008 roku Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. zaskarżyło orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych i orzeczenie w powyższym zakresie, co do istoty sprawy. W uzasadnieniu skarżący wskazał, że przyjęte przez zamawiającego kryterium „warunki spłaty-wysokość oprocentowania” nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Przeciwny wniosek, wyrażany w przytoczanej przez skarżącego uchwale Sądu Najwyższego, nie ma zastosowania w obecnym stanie prawnym z uwagi na inną treść obowiązującego rozporządzenia dotyczącego sposobu publikacji ogłoszeń o zamówieniu. Ponadto w ocenie skarżącego błędne jest utożsamianie kryterium oceny ofert z istotnymi elementami umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Nie wszystkie bowiem istotne elementy umowy odnoszą się do przedmiotu zamówienia. O przedmiocie umowy zdaniem skarżącego decydują wskazane kody CPV odnoszące się do robót budowlanych, a nie kredytowania zamawiającego. Skarżący wskazał ponadto, że w sposób nieuprawniony przyjęto, że nie ma zastosowania ustawa o terminach płatności w transakcjach handlowych. Według skarżącego działalność gminy polegająca na wykonywaniu jej zadań własnych może stanowić działalność gospodarczą, stąd skarżący wyprowadza wniosek, że realizacja zamówienia na remont i modernizację oświetlenia ulicznego jest formą uczestnictwa gminy u/ obrocie gospodarczym.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga jest niezasadna i nie zasługuje na uwzględnienie. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i wskazuje na trafność argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia.

Za całkowicie nietrafne należy uznać twierdzenie skarżącego jakoby warunki płatności nie były kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia. Słuszność ma Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych, których koszt ponosi Wykonawca na zasadzie kredytowania. Sposób finansowania inwestycji został w sposób precyzyjny określony w SIWZ i był znany skarżącemu. Nieracjonalny

wydaje się argument skarżącego, że warunki zapłaty ceny nie mają związku z przedmiotem zamówienia. Skoro cena sama w sobie jest traktowana przez ustawodawcę jak kryterium odnoszące się do przedmiotu zamówienia to za inne kryterium odnoszące się do przedmiotu zamówienia należy uznać z całą pewnością warunki zapłaty tej ceny, w tym termin i wysokość ewentualnego oprocentowania. Oczywistym wydaje się, że za kryteria odnoszące się do przedmiotu umowy (kryteria przedmiotowe) należy uznać wszystkie jej istotne postanowienia, które stanowią jej treść, wszak ich kształt ma zadecydować o tym czy umowa będzie dla zamawiającego korzystna. Zdaniem Sądu Okręgowego, powoływane przez KIO orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002r., sygn. akt III CZP 52/02 znajduje pełne zastosowanie w niniejszej sprawie.

Sąd Okręgowy podziela też stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że w realiach niniejszej sprawy brak podstaw do zastosowania przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Zgodnie z treścią art. 2. transakcją handlową w rozumieniu ustawy jest umowa, której przedmiotem jest odpłatne dostarczanie towaru lub odpłatne świadczenie usług, jeżeli strony tej umowy zawierają ją w związku z wykonywaną przez siebie działalnością gospodarczą lub zawodową. Trafnie, w ocenie Sądu Okręgowego, przyjęła KIO, że realizacja zamówienia na remont i modernizację oświetlenia

ulicznego nie jest formą uczestnictwa gminy w obrocie gospodarczym. Co prawda, jak przyznaje Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego zadania własne gminy mogą być realizowane zarówno przez podejmowanie działalności gospodarczej jak i działalności nie mającej takiego charakteru, jednak o gospodarczym lub niegospodarczym charakterze działalności decyduje jej przedmiot. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. 1996 r. Nr 13 poz. 74 z późn. zm.) zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy gminnych dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, targowisk i hal targowych, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz itd. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia w sprawie o sygn. akt. III CZP 124/2005. Cechy działalności gospodarczej przedstawiane w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazywane są także w doktrynie. W szczególności należy zwrócić

uwagę, że kryterium zarobkowości rozumiane jest w ten sposób, że zysk stanowi motyw działalności, a nie konieczny jej efekt. Utrzymywanie i oświetlanie dróg jest jedną z typowych form zaspakajania potrzeb lokalnej wspólnoty. W ocenie Sądu Okręgowego, ewentualna działalność mająca na celu przynoszenie dochodów pośrednio związana z wykorzystaniem dróg nie jest motywem utrzymywania ich w odpowiednim stanie. Priorytetem gminy w tym zakresie jest wykonywanie obowiązków związanych z użytecznością publiczną, a nie działalność zarobkowa. Jeśli więc gmina osiąga zyski dodatkowe powstające przy wykonywaniu jej podstawowego zadania, to świadczy to o jej gospodarności, a nie o celu jakim jest utrzymywanie dróg w odpowiednim stanie dla osiągnięcia dochodów z działalności gospodarczej. Skoro więc działalność gospodarczą cechuje jej podporządkowanie regułom racjonalnego gospodarowania, polegającym na staraniach osiągnięcia maksymalnego efektu przy minimalnym nakładzie środków, to należy stwierdzić, że zadanie polegające na utrzymywaniu dróg w należytym stanie i oświetlaniu ich, ze względu na zestawienie kosztów takiej aktywności i potencjalnych zysków z niej płynących, wskazanego kryterium nie spełnia. Sąd Okręgowy zwraca również uwagę na nietrafne powoływanie się przez skarżącego na orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie IV Cz 90/03 w treści swojej skargi. Orzeczenia Sądu Najwyższego mają moc wiążącą jedynie w sprawie na kanwie której zapadają. Wskazywane orzeczenie dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego i nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Trudno, bowiem dostrzec analogię pomiędzy zamówieniem na modernizację oświetlenia ulicznego, stanowiącym realizację całkowicie podstawowych obowiązków gminy, a budową boiska hokejowego ze sztuczną trawą opisanego w przytoczonej uchwale Sądu Najwyższego, która to budowa jest inwestycją dodatkową w znacznej mierze realizowaną dla osiągnięcia zysku. Reasumując, należy wskazać, że przepisy ustawy o płatnościach w transakcjach handlowych nie mają w niniejszej sprawie zastosowania, albowiem zamówienie na modernizację oświetlenia ulicznego nie jest formą uczestnictwa gminy w obrocie gospodarczym.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji na podstawie 198 ust 2 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. O kosztach orzeczono na podstawie art. 194 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 391 §1 kpc w zw. z art. 98kpc.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

sekretarz sądowy

Urszulo. Bluszcz