Sygn. akt XII Ga 314 Z11

OOFII

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2011 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący : SSO Marek Grodziński (spr)

Sędziowie : SO Bożena Kachnowicz-Kokot; SO Jolanta Safader-Skwarlińska
Protokolant: Elżbieta Głuszak

po rozpoznaniu w dniu 8 lipca 2011 roku w Gdańsku na rozprawie

sprawy w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi zamawiającego Gminy Miasta Gdańska na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2011r. sygn. akt KIO 806/11
przeciwnik skargi Trakcja Polska Spółka Akcyjna w Warszawie

I. Zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) w punkcie 1 (pierwszym) oddala odwołanie

b) w punkcie 2 (drugim) kosztami postępowania obciąża wykonawcę Trakcję Polska Spółka Akcyjna w Warszawie zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną przez niego kwotę 20 OOOzł. (dwadzieścia tysięcy złotych)

II. Zasadza od przeciwnika skargi Trakcja Polska Spółka Akcyjna w Warszawie na rzecz skarżącego Gminy Miasta Gdańsk kwotę 103600zł. (sto trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów sądowych.

I fttyflinete wteśctwe poflj Anr

Sygn. akt XII Ga 314/11

Uzasadnienie.

Wyrokiem z dnia 27 kwietnia 201 lr. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę Trakcja Polska S.A., uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu wykreślenie subklauzuli 1.8 akapit 5 warunków umownych stanowiących załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia a kosztami postępowania obciążyła Gminę Miasta Gdańsk, z następującym uzasadnieniem.

Gmina Miasta Gdańska, w imieniu której działają Gdańskie Inwestycje Komunalne Spółka z o.o. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe wykonanie robót budowlano - montażowych dla: zadania 3.2 przebudowa torowisk na ul. Klinicznej odcinek od al. Hallera do węzła Kliniczna , zadania 3.3 przebudowa torowisk na węźle kliniczna w ramach gdańskiego projektu komunikacji miejskiej - etap IIIA".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 6 kwietnia 2011 r., poz. 2011/S 67-108555 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: S1WZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W dniu 16 kwietnia 201 lr. Trakcja Polska S.A. wniosła odwołanie, w którym postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzuciła naruszenie :

1) art. 140 Prawa zamówień publicznych poprzez wprowadzenie możliwości poszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy na skutek ujawnionej w trakcie wykonywania umowy wady dokumentacji projektowej,

2) art. 471 Kodeksu cywilnego w związku z art. 29 oraz 31 Prawa zamówień publicznych poprzez nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące Zamawiającego, tj. ponoszenia kosztów dodatkowych robót budowlanych, których konieczność wykonania ujawni się na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, będących skutkiem wadliwej dokumentacji projektowej, której obowiązek należytego przygotowania spoczywa na Zamawiającym,

3) art. 353* Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady swobody umów i ukształtowanie warunków umowy w sposób naruszający właściwość stosunku zobowiązaniowego umowy wzajemnej ,

4) art. 647 Kodeksu cywilnego poprzez naruszenie istoty stosunku prawnego, który przybiera postać umowy o roboty budowlane poprzez bezpodstawne zwolnienie Zamawiającego z odpowiedzialności za dokumentację projektową.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą usunięcia postanowienia umowy uregulowanego w subklauzuli 1. 8 akapit 5.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje.

1 .Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

2. Załącznik nr 5 do SIWZ zawiera Akt umowy. W §1 aktu umowy cenę za wykonanie robót budowlanych określono jako ryczałtową. Zgodnie z § 3, na treść umowy składają się między innymi warunki umowne, opisane w załączniku nr *6* do SIWZ.

3. W warunkach umownych zawarto subklauzulę 1.8, zatytułowaną „Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie", w której w akapicie 5 znajduje się zakwestionowane przez Odwołującego postanowienie o treści następującej: Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową Terenem Budowy zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność Dokumentacji Projektowej dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy. Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiekolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku do Ceny Umownej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej."

4. Równocześnie Zamawiający w subklauzuli 14.1 opisał szczegółowo wynagrodzenie, jako wynagrodzenie typowo ryczałtowe, obejmujące „wszelkie ryzyka, koszty i zysk Wykonawcy związane z realizacją i ukończeniem Robót".

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 29, 31 ,140 Prawa zamówień publicznych, na co wskazywano w odwołaniu, a naruszenie to może mieć wpływ na wynik postępowania. Na rozprawie Zamawiający twierdził, iż podział ryzyk, o którym mowa w klauzuli 1.8 pokrywa się zakresem z ryzykiem zawartym w cenie ryczałtowej i nie może uzasadniać stwierdzenia, że dokumentacja jest wadliwa, niepełna czy nie obejmuje wszystkich elementów. Zgodnie z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zgodnie z art. 140 Prawa zamówień publicznych, zakres zobowiązania określonego w umowie musi być tożsamy z zakresem określonym w ofercie. Postanowienie subklauzuli 1.8 akapit 5 obarcza wykonawcę dodatkowym ryzykiem niemożliwym do oceny w chwili składania oferty - „ z tytułu wszelkich pomyłek niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej" - a więc okolicznościami, za które powinien odpowiadać projektant. Oczywiste jest, że zgodnie z art. 651 Kodeksu cywilnego wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest do weryfikacji dokumentacji projektowej w toku wykonywania robót - a jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Natomiast wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Zrozumiałe jest, że Zamawiający chce się zabezpieczyć na wypadek zaistnienia takich błędów, jednak w ocenie składu orzekającego postanowienie subklauzuli 1.8 akapit 5 tak dalece wkracza w zakres odpowiedzialności projektanta, że obarcza przyszłego wykonawcę robót ryzykiem, którego nie jest on w stanie przewidzieć i określić (wycenić) na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze

• «

przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i teren budowy), żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą

ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót.

Wobec powyższego, zgodnie z kwestionowanym postanowieniem, do kalkulacji ceny ofertowej należałoby wliczyć wycenę dodatkowego ryzyka, nie wchodzącego w zakres ryzyka wynagrodzenia ryczałtowego. Jeżeli zamiarem Zamawiającego nie było obarczenie wykonawcy dodatkowym ryzykiem, a zakres ryzyka z subktauzuli 1.8 akapit 5 pokrywa się z zakresem ryzyka wynikającym z określenia ceny jako ryczałtowej, to wykreślenie subklauzuli 1.8 akapit 5 nie powinno mieć dla Zamawiającego żadnego znaczenia. W ocenie Izby postanowienia subklauzuli 1.8 akapit 5 - zrzeczenie się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej" wykraczają daleko poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej i naruszają art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zobowiązują wykonawcę do wliczenia w cenę ofertową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty. Tym samym kwestionowane postanowienie może naruszać również art. 140 Prawa zamówień publicznych, bowiem może się okazać w trakcie wykonywania robót, że zakres zobowiązania umownego nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie. Powyżej opisanego niebezpieczeństwa nie może wyłączać tytuł subklauzuli 1.8 („Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie"), Zamawiający nie wskazał również na żadne inne postanowienia warunków umownych, które ewentualnie mogłyby je wyłączać.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wniósł zamawiający zarzucając:

- rażące naruszenie art. 192 ust. 3 ustawy Pzp, tj. poprzez nakazanie Zamawiającemu wykreślenie warunków umownych stanowiących załącznik do SIWZ Subklauzuli 1.8 akapit 5, podczas gdy na podstawie art. 192 ust. 3 Izba uwzględniając odwołanie może wyłącznie nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, a nie ma uprawnień do nakazania sposobu, w jaki ma zostać taka czynność dokonana,

- rażące naruszenie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie odwołania Wykonawcy

przypadku, gdy zarzucane naruszenie ustawy nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia,

-rażące naruszenie art. 29 i art. 31 w zw. z art. 140 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż z uwagi na treść subklauzuli 1.8 akapit 5 warunków umownych stanowiących załącznik do SIWZ Zamawiający naruszył ww. artykuły ustawy Pzp,

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł skarżący o:

- zmianę ww. wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez wykonawcę Trakcja Polska S.A. w dniu 16 kwietnia 2011 r. oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego przed KIO,

- przyznanie Zamawiającemu kosztów postępowania sądowego przed SO w Gdańsku wedle norm przypisanych w tym kosztów zastępstwa radcowskiego.

W odpowiedzi na skargę Wykonawca Trakcja Polska S.A. wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważy ł co następuje:

Skarga jest zasadna choć nie wszystkie zarzuty w niej podniesione Sąd Okręgowy podzielił.

W szczególności w przedmiotowej sprawie nie doszło do naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą treści art. 192 ust.3 ustawy Pzp poprzez wydanie orzeczenia wykraczającego poza kognicję określoną przepisami ustawy. Sąd w tym zakresie nie podzielił poglądu prawnego zaprezentowanego przez skarżącego w uzasadnieniu skargi i uznał ,że treść rozstrzygnięcia jest zgodna z kompetencjami Izby określonymi w ustawie.

Niewątpliwie jednak przedmiotowe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej narusza treść art. 29,31 w zw. z art. 140 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z

uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa wymaga, by opis był dokonany za pomocą cech technicznych i jakościowych przy uwzględnieniu norm wymienionych w art. 30, a jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych - opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się na zasadach określonych w art. 31.Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie- art.140.

Szczegółowe wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w przypadku, gdy postępowanie dotyczy robót budowlanych, uregulowano w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu formy dokumentacji projektowej... (Dz.U. Nr 202, poz. 2072),. W akcie tym określony został zakres dokumentacji służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Podniesiony w odwołaniu zarzut Wykonawcy dotyczący naruszenia art. 29 i 31 ustawy nie dotyczył w swej istocie - co zasadnie podnosił skarżący - poprawności opisu przedmiotu zamówienia rozumianej jako zgodność opisu z normą art. 29 i 31 , gdyż kwestionowane postanowienia Warunków Umownych w ogóle nie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego zgodnie z wspomnianym wyżej rozporządzeniem, a wyłącznie określają wymagany przez Zamawiającego podział ryzyk odpowiedzialności stron.

W analizowanym postępowaniu przedmiot zamówienia, które zrealizować ma Wykonawca zdaniem Sądu Okręgowego określony jest jasno i precyzyjnie w dokumentacji projektowej opisanej w zestawieniu stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, a wpływu na ocenę tego faktu nie mają kwestie związane z rozkładem ryzyka pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym ani też sposób rozłożenia odpowiedzialności.

Kwestionowane postanowienie nie nakłada na Wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których jest zobowiązany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Postanowienie to nie ma wpływu zatem na zakres świadczenia wynikającego z umowy, a usunięcie go nie wpłynie na prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy , iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców: Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu

odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący , że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może

zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353* k.c.,

Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy. Subklauzula 1.8 Warunków Umowy wbrew twierdzeniom Wykonawcy zawartym w odwołaniu, a które Izba powieliła w zaskarżonym wyroku, nie modyfikuje zakresu odpowiedzialności projektanta za prawidłowość dokumentacji projektowej.

Sąd Okręgowy w Gdańsku podziela przy tym przywołany przez skarżącego pogląd Sądu Okręgowego we Wrocławiu wyrażony w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14.04.2008r. (sygn.. akt X Ga 677/08) w którym stwierdzono, iż niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.

Ważnym jest by takie działanie nastąpiło poprzez zamieszczenie odpowiednich postanowień w specyfikacji w sposób jawny dla wszystkich wykonawców i przed upływem terminu składania ofert.

Należy zaznaczyć, iż zarówno Wykonawca jak i Krajowa Izba Odwoławcza nie wskazały, w jakim zakresie opis przedmiotu zamówienia mógłby zostać uznawany za określony w sposób niejednoznaczny lub nie dość wyczerpujący.

Z tego też powodu w sposób dowolny Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła powyższy zarzut i stwierdziła naruszenie ustawy .

Mając powyższe na względzie na zasadzie art. 198f ust.2 ustawy Pzp. , orzeczono jak w punkcie I wyroku. O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do treści art. I98f ust. 5 ustawy Pzp. w zw. z § 6 ust. 7 i § 12 ust. 1 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 28.09.2002r. (Dz.U. nr. 163 , poz. 1349).

i władczy

ZSAOtf