

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 grudnia 2011 r.

Sąd Okręgowy w Suwałkach I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Cezary Olszewski (spr.)

Sędziowie: SO Antoni Czeszkiewicz

SR Małgorzata Sowulewska (del.)

Protokolant: Ewa Andryszczyk

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2011 roku w Suwałkach
na rozprawie

sprawy ze skargi Aleksandra Daniłowicza prowadzącego działalność gospodarczą
pod firmą Budownictwo Przyrodnicze DANBUD - Aleksander Daniłowicz w
Suwałkach

z udziałem Miejskiej Dyrekcji Inwestycji w Suwałkach

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt KIO 2057/11

1. Oddala skargę;
2. Zasada od skargę Aleksandra Daniłowicza - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Przyrodnicze Danbud - Aleksander Daniłowicz w Suwałkach na rzecz zamawiającego Miejskiej Dyrekcji Inwestycji w Suwałkach kwotę 1.800 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego przed Sądem II - giej instancji.

*75faaSe właściwe

zgodność z oryginałem
Świadcze

2 óLI

STARSZYJ
SĄD
Aoc. /j-L

Sygn. akt: I. Ca. 302/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejska Dyrekcja Inwestycji w Suwałkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest „Zimowe utrzymanie dróg i ulic powiatowych, gminnych i dojazdowych w Suwałkach: część 2 Rejon 4”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 września 2011 r. nr 238661.

Wykonawca - Aleksander Daniłowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Przyrodnicze DANBUD Aleksander Daniłowicz w Suwałkach, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego, zarzucając bezpodstawnie wykluczenie z postępowania i bezpodstawnie odrzucenie jego oferty, jedynej złożonej w postępowaniu. Wskazał, że czynności zamawiającego naruszają art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazując na powyższe wniósł o:

1. Unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty,
2. Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego w Kwocie 3.600 zł.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że zamawiający wykluczył go z postępowania, co w konsekwencji skutkowało odrzuceniem oferty i unieważnieniem postępowania, ponieważ oferta odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu. Jako podstawę wykluczenia zamawiający wskazał przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu fabrycznym odwołujący podał, że uprzednio uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez obecnego zamawiającego na „Przebudowę wylotu kanalizacji deszczowej przy zalewie Arkadia” i oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

W dniu 22 marca 2011 r. strony zawarły umowę nr 16/2011 na realizację zamówienia. Po przystąpieniu do realizacji umowy odwołujący stwierdził, że dostarczona przez zamawiającego dokumentacja projektowa zawierała błędy w zakresie określenia rzędnych dna koryta, lustra rzeki, poziomu studzienki oraz poziomu dna studzienki, uniemożliwiające wykonanie robót zgodnie z wydanym Dozwoleniem na budowy oraz sztuką budowlaną. O powyższym odwołujący poinformował zamawiającego pismem z dnia 23 maja 2011 r.

W odpowiedzi, zamawiający zobowiązując odwołującego do dokonania „korekty projektu”, zażądał przystąpienia do wykonania umowy, z pominięciem warunków pozwolenia na budowę.

Po uzyskaniu stanowiska zamawiającego, odwołujący zlecił uprawnionemu geodecie wykonanie pomiarów kontrolnych: poziomu rzeki, dna rzeki, poziomu studzienki oraz poziomu dna studzienki. Wyniki pomiarów, w ocenie odwołującego, jednoznacznie wykazały błędy w założeniach projektu, a tym samym niemożność jego realizacji. Kolejnym pismem z dnia 3 czerwca 2011 r. odwołujący zawiadomił zamawiającego o wstrzymaniu realizacji inwestycji. Do pisma załączył mapę terenu inwestycji z wynikami pomiarów kontrolnych. W uzasadnieniu swego stanowiska wskazał, że wykonanie robót niezgodnie z projektem budowlanym oraz pozwoleniem na budowę, może zostać uznane - w protokole powykonawczym robót - za nienależyte wykonanie umowy. Zwrócił również uwagę na zagrożenia wynikające z zasugerowanego - przez zamawiającego, a niezgodnego z projektem oraz sztuką budowlaną - sposobu wykonania robót.

Zamawiający nie zmienił swojego stanowiska i powołując się na stanowisko projektanta, które stanowiło zmianę projektu, zażądał wykonania umowy.

Wobec stanowiska zamawiającego, odwołujący złożył oświadczenie pismem z dnia 10 czerwca 2011 r. o odstąpieniu od umowy pod warunkiem zawieszający n - przedstawienia przez zamawiającego dokumentacji projektowej na podstawie, której możliwe będzie wykonanie umowy zgodnie ze sztuką budowlaną oraz Dozwoleniem na budowę.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, zażądał wykonania umowy w oparciu o istniejącą dokumentację.

Odwołujący uznał, że wobec ziszczenia się warunku z pisma z dnia 10 czerwca 2011 r., umowa z dnia 22 marca 2011 r. nr 16/2011 wygasa, na skutek oświadczenia odwołującego o odstąpieniu od umowy.

W celu potwierdzenia swojego stanowiska oraz zasadności odstąpienia od umowy, odwołujący zlecił niezależnemu specjalście z zakresu sporządzania projektów ujęć wodnych i melioracji wodnych opracowanie opinii, mającej na celu ustalenie, czy w oparciu o przedstawioną przez zamawiającego dokumentację możliwe jest wykonanie umowy. Opinia wykazała, że „wykonanie kanału na podstawie obecnego pozwolenia na budowę jest niecelowe, a wręcz szkodliwe na spływ wód burzowych z projektowanych kanałów”. Podobnie też, kolejne pomiary kontrolne wykazały przyjęcie przez zamawiającego w projekcie nieaktualnych rzędnych poziomu rzeki, dna rzeki, poziomu studzienki oraz poziomu dna studzienki. Opinia została przekazana zamawiającemu za pośrednictwem Prezydenta Miasta Suwałk.

W dniu 3 sierpnia 2011 r. odwołujący otrzymał pismo z dnia 1 sierpnia 2011 r., w którym zamawiający oświadczył, że odstępuje od umowy z winy

leżącej po stronie odwołującego oraz wzywa go do zapłaty kary umownej w kwocie 10.986,94 zł.

Odwołujący podważył pismem z dnia 11 sierpnia 2011 r. skuteczność odstąpienia zamawiającego od umowy, jak również uprawnienia do jakichkolwiek roszczeń z tego tytułu.

W zakresie uzasadnienia prawnego odwołujący wywodził z postanowień umowy z dnia 22 marca 2011 r. nr 16/2011 przysługujące mu prawo odstąpienia od umowy. Wskazał, że wiążąca strony umowa była umową o roboty budowlane, której istotnym składnikiem i jednocześnie podstawowym obowiązkiem inwestora jest dostarczenie projektu. Obowiązkiem wykonawcy zaś jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót, albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. Stwierdził, że projekt budowlany przekazany odwołującemu był dotknięty wadami na tyle istotnymi, że wykonanie obiektu nie było możliwe.

Zamawiający przyznał wadliwość projektu, lecz uznał, że wykonanie umowy było możliwe po dokonaniu „korekty” projektu, nie stanowiącej istotnego odstąpienia od projektu budowlanego.

W konsekwencji, wadliwość projektu stała się bezsporna, zaś podstawę sporu stanowiła możliwość „skorygowania” projektu i wykonania umowy bez

uprzedniej swarunków pozwolenia na budowę.

W ocenie odwołującego, było to niemożliwe ze względu na istotne odstępianie od projektu budowlanego. Uznał, że realizacja umowy zgodnie z poleceniem zamawiającego, pomijając kwestię możliwości i celowości wykonania robót na pod. awie „skorygowanego” projektu, wymagałaby wykroczenia poza zakres terenu inwestycji objęty pozwoleniem na budowę, oraz zmiany charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego, co pozostaje w kolizji z treścią art. 36a ust. 5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Odwołujący podniósł, że sugerowane przez zamawiającego zmiany projektu nie zostały naniesione w projekcie, tj. projektant nie zamieścił odpowiednich informacji dotyczących odstąpienia od projektu.

Odwołujący uznał, że odmowa współdziałania inwestora w zakresie przekazaniu dkr.umen tuj.. projektowej umożliwiającej wykonanie umowy, wobec braku unormowań szczególnych powinna być oceniana w myśl przepisów ogólnych o nie’yy kor .ani’, zobowiązania wzajemnego. W tej sytuacji, zdaniem odwołującego, odmienne niż w przypadku umowy o dzieło, dopuszczalne jest odstąpienie wykonawcy od umowy z powodu zawinionej przez inwestora niemożliwości świadczenia.

Odwołujący założył, że jeżeli nawet przyjąć, że spełnienie świadczenia z umowy nr 16/2011 mogłoby nastąpić na podstawie skorygowanego projektu, to wobec beczynności zamawiającego w zakresie formalnej zmiany projektu w trybie art. 36a ust. 6 ustawy Prawo budowlane, świadczenie odwołującego wciąż pozostawało świadczeniem niemożliwym. Zatem, w ocenie odwołującego, był on uprawniony do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy w piśmie z dnia 10 czerwca 2011 r.

W zakresie wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący wskazał, że zgodnie z tym przepisem zamawiający wyklucza wykonawców, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z Dowodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność- rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Na podstawie wslazanego przepisu zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, powołując się na oświadczenie o odstąpieniu od umowy, zawarte w piśmie z dnia 1 sierpnia 2011 r. Odwołujący stwierdził, że odstąpienie zamawiającego od umowy zostało dokonane po uprzednim skutecznym odstąpieniu orzez odwołującego, dokonany pismem z dnia 10 czerwca 2011 r.

Wobec tego uznał, że doszło do wygaśnięcia umowy nr 16/2011 z dnia 22 marca 2011 r., nie r.a skutek odstąpienia przez zamawiającego, lecz w wyniku odstąpienia przez odwołującego. Z powyższych względów, odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznał, że w konsekwencji prowadzi to do nieważności czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego z Dostępowania, i odrzuceniu jego oferty.

W odpowiedzi na odwołanie, zamawiający wniósł o jego oddalenie, obciążenie odwołującego Kosztami postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa prawnego oraz o oddalenie wniosków dowodowych.

W uzasadnieniu zamawiający uznał, że zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust 1 pkt La i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych są bezpodstawne. Podniósł, że w bieżącym postępowaniu wystąpiły wszystkie określone w przepisie przesłanki uzasadniające wykluczenie odwołującego z postępowania, gdyż pismem z dnia 1 sierpnia 2011 r. zamawiający odstąpił od umowy nr 16/2011 z dnia 22 marca 2011 r., odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie 3 lat orzed wszczęciem obecnego postępowania i zamówienie nie zostało zrealizowane w 100%. Wskazał, że odwołujący wraz z innym wykonawcą wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia zobowiązał się do przebudowy

wylotu kanalizacji deszczowej przy zalewie Arkadia w terminie do dnia 30 czerwca 2011 r. Za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy przewidziano w § 8 ust. 1 pkt 3 umowy, karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto.

Wskazał, że w związku z tym, że wykonawca nie przystąpił do realizacji robót, zamawiający pismem 2 dnia 11 maja 2011 r. wezwał go do niezwłocznego rozpoczęcia prac. Po stwierdzeniu, że po wykonaniu kanału dno rury przy wylocie będzie zanurzone prawie 50 cm poniżej lustra wody, pismem z dnia 23 maja 2011 r. wykonawca zwrócił się o zajęcie w tej kwestii stanowiska. Zamawiający udzielił odpowiedzi, by przedsięwzięcie realizować zgodnie z przekazaną dokumentacją techniczną, dokonując jedynie korekty spadku kanału 2 0,2% do 0 05%

W dniu 3 czerwca 2011 r. do zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy informujące o wstrzymaniu prac oraz z prośbą o przyjęciu rezygnacji z realizacji umowy z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Po uzyskaniu pisemnego stanowiska autora projektu budowlanego zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2011 r. ponowił wezwanie do wywiązania się z umowy oraz poinformował wykonawcę o konsekwencjach niezrealizowania zamówienia.

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 r. wykonawca zwrócił się o dostarczenie dokumentacji 'umiennej' twierdząc, iż istniejąca dokumentacja uniemożliwia wykonanie zadania zgodnie ze sztuką budowlaną. W odpowiedzi, powołując się na pisemną opinię autora projektu, zamawiający potwierdził możliwość zrealizowania zadania na podstawie pierwotnie przekazanej dokumentacji w dniu 8 kwietnia 2011 r. W dniu 28 czerwca 2011 r. wykonawca przedłożył zamawiającemu opinię dotyczącą ustalenia rzędnych przebudowy wylotu kanalizacji deszczowej, zawierającą następujący wniosek końcowy: „wykonanie kanału na podstawie obecnego pozwolenia na budowę uważam za niecelowe, a wręcz szkodliwe na spływy wód burzowych z projektowanych kanałów”.

Po zapoznaniu się z opinią, autor projektu w swojej opinii z dnia 22 lipca 2011 r. ponownie potwierdził możliwość zrealizowania przedsięwzięcia na podstawie istniejącej dokumentacji technicznej oraz osiągnięcie określonego przez inwestora celu. Zdaniem autorki projektu, mimo, że dno nowego wylotu kanału będzie znajdować się poniżej zwierciadła wody w rzece, wskazane w dokumentacji rozwiązanie usprawni odpływ wód opadowych oraz pozwoli osiągnięcie oczekiwanego efektu.

Z uwagi na zaniechanie realizacji umowy oraz upływ w dniu 30 czerwca 2011 r. terminu końcowego, zamawiający na podstawie art. 635 i art. 644 kc złożył wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Następnie dokonał potrącenia naliczonych kar umownych.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2011 r. wykonawca powołując się na § 9 umowy zwrócił się o „odbiór robót przerwanych”. Zamawiający poinformował

jednak, że jakikolwiek odbiory są bezprzedmiotowe, bowiem żadne roboty objęte umową nie zostały rozpoczęte.

W związku z odstąpieniem od umowy z winy wykonawcy, zamawiający wykluczył wykonawcę z innego postępowania „na montaż i bieżące utrzymanie istniejącego oznakowania ulic w granicach administracyjnych miasta Suwałk”, na którą to czynność wykonawca nie wniósł odwołania.

Zamawiający pisał, że w rozpoznawanym odwołaniu strona odwołująca podniosła, iż pismem z dnia 10 czerwca 2011 r. złożyła zamawiającemu „oświadczenie o odstąpieniu od umowy pod warunkiem zawieszającym”. Zamawiający wskazał, że wykonawca nie mógł złożyć skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, gdyż takiej możliwości nie przewidywała umowa.

Wskazał, że stosownie do art. 635 kc do umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło: do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu; do skutków wykonania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową; do rękojmi za wady wykonanego obiektu; w zakresie uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu.

W ocenie zamawiającego, „w przepisy, jak również art. 145 ust. 1 ustawy” Prawo zamówień publicznych, nie przewidują jednak możliwości odstąpienia z umowy o roboty budowlane przez wykonawcę. Zamawiający uznał, że nie występują również przesłanki do odstąpienia od umowy przez wykonawcę na podstawie przepisów ogólnych prawa zobowiązań dotyczących wykonania i skutków niewykonania umów wzajemnych.

Wskazał, że odwołujący w piśmie z dnia 7 września 2011 r. podniósł jedynie, iż Lokalizacja techniczna będąca podstawą realizacji umowy nr 16/2011 posiada wady .. niemożliwe jest wykonanie przebudowy wylotu kanalizacji deszczowej z ul. Arkadia, ze sztuką budowlaną i osiągnięciami

planowanych efektów, co nie jest równoznaczne z niemożliwością świadczenia. Podał, że w świetle stanowiska autora projektu wyrażonego w pismach z dnia 7 czerwca 2011 r. i 22 lipca 2011 r. wykonanie przebudowy wylotu kanalizacji deszczowej przy zalewie Arkadia mogło zostać zrealizowane zgodnie z załączoną dokumentacją do umowy nr 16/2011. Zmiana projektowanego spadku kolektora powodująca podniesienie wylotu, była zmianą nieistotną i wbrew twierdzeniu odwołującego nie wymagała również uzyskania decyzji o zmianie pozwolenia na budowę.

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie wyrokiem z dnia 11 października 2011 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2057/11 oddaliła odwołanie oraz kosztami postępowania obciążyła wykonawcę Aleksandra Daniłowicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budownictwo Przyrodnicze DANJBUD Aleksander Daniłowicz w Suwałkach.

Powyższe zażądło w oparciu o następujące ustalenia

faktyczne i prawne:

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do okoliczności dotyczących odstąpienia od umowy, wskazała, że odwołujący stał na stanowisku, że on „pewno odstąpił od umowy” z dniem 17 czerwca 2011 r., zamawiający zaś, że odstąpienie odwołującego jest nieskuteczne, ponieważ jako przyczynę wskazał w

odwołaniu niemożliwość świadczenia objętego umową ze względu na braki w przekazanej r r u dokumentach przetargowej, gdy w istocie nie był uprawniony do odstąpienia. Uznał, że odstąpienie jakiego dokonał z dniem 1 sierpnia 2011 r. jest jedynie skuteczne naliczył karę umowną i wykluczył odwołującego z bieżącego postępowania.

Krajową izbą Odk-ola^eza os.rolując się na przepis § 9 umowy podniosła, że o odstąpienia od umowy zostało przyznane

wyłącznie zamawiającemu. Przepisy kodeksu cywilnego, w części dotyczącej zobowiązań i uprawnień stron umowy o roboty budowlane w art. 656 § 1 kc przewidują uprawnienie inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu. Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od umowy, w przypadku gdy brak jest koniecznego współdziałania z zamawiającym. Umowa o prace projektowe wiąże strony tejże umowy, a więc inwestora i projektanta. Wykonawca robót nie ma w zasadzie możliwości kwestionowania wzajemnych praw i zobowiązań inwestora i projektanta.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w świetle art. 36a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, w przypadku przekazania wykonawcy dokument! ; rzez zsuną ,wi ając ego. wykonawca jest zobowiązany do

zawiadomien¹. i wes < a, a rsze stwierdzenia wadliwości dokumentacji projektowej. Zawiadomienie takie zwalnia wykonawcę z odpowiedzialności odszkodowawczej Da¹sze działanie w tym zakresie należy do inwestora i projektanta na podstawie zawartej między nimi umowy na wykonanie dokumentac : projektowe^

V/ okbcznościach sprawy, odwołujący zawiadomił inwestora o stwierdzonych wadach, a więc: dopełnił swoich obowiązków. Odstąpienie od realizacji umey • -> uz-j-kariu stanowiska inwestora wraz ze stanowiskiem projektanta .121 a odstępstwa oc projektu budowlanego jako nieistotne i

niewymagające zmiany decyzji o Dozwoleniu na budowę, dokonane jest w takiej sytuacji na ryzyko zamawiającego. Wykonawca nie jest uprawniony do ingerowania w zakres współpracy inwestora z projektantem, do podważania dokonanej przez projektanta kwalifikacji odstąpienia od projektu budowlanego, jako odstąpienia nieistotnego.

Odwołujący porobił v odwołaniu, że przyczynę odstąpienia od realizacji m < a świadczenia, a więc stwierdził na

podstawie art. 493 kc, że wykonanie robót jest niemożliwe i za tę niemożliwość ponosi odpowiedzialność zamawiający.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający słusznie podniósł w odpowiedzi na odwołanie, że pojęcie niemożliwości świadczenia ma charakter obiektywny, tj. świadczenie jest niemożliwe do spełnienia nie tylko przez konkretnego wykonawcę, ale również przez żadną inną osobę. Chodzi o świadczenie rzeczywiście niewykonalne. Trudno jest zatem uznać stanowisko odwołującego o niemożliwości świadczenia skoro projektant odpowiedzialny za kwalifikację odstąpienia od projektu budowlanego uznał, że świadczenie jest wykonalne i inwestor uzyska zamierzony cel.

Zamawiający złożył przy piśmie z dnia 5 października 2011 r. informację Adama Łukasiewicza, z której wynika, że wskazane przez projektanta rozwiązanie z korektą spadku kanału z 0,2% do 0,05% i w konsekwencji podniesienie wylotu o 13,5 tro na zaprojektowanym odcinku 91 m, jest zmianą nieistotną w rozumieniu Prawa budowlanego i nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę. Według stanowiska zamawiającego alternatywnym rozwiązaniem

byłaby przebudowa kolektora na długości ponad 1 km i podniesienie wylotu powyżej średniego poziomu wody w rzece, przy jednoczesnym zachowaniu grawitacyjnego spływu wód gdzie koszt takiej przebudowy przekroczyłby 2 mln zł. W planach inwestycyjno - finansowych zamawiającego wskazana inwestycja jest przewidziana do realizacji w 2012 r. jednak w zakresie kwoty 250.000,00 zł.

W tej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione stanowisko zamawiającego, iż obowiązek przekazania wykonawcy planu budowy w dniu 8 kwietnia 2011 r. dokonał on ponaglenia wykonawcy w dniu 11 maja 2011 r. do rozpoczęcia zadania, w sytuacji zagrożenia terminu jego

zakończenia przewidzianego na dzień 30 czerwca 2011 r. Późniejsza korespondencja dotyczyła wzajemnych stanowisk odnośnie korekty projektu budowlanego w zakresie, czy jej charakter jest istotny, czy nieistotny, a w konsekwencji odstąpienia od umowy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca nie był uprawniony do ingerencji w zakres kompetencji projektanta i jego zapowiedź odstąpienia od umowy została sformułowana w oparciu o dokumentację na przebudowę wylotu

kanalizacji - przy zabudowie Arkadia, nie może być uznana za skuteczną

w świetle przepisów prawnych. Stąd po wyczerpaniu dodatkowych pisemnych konsultacji z projektantem zamawiający odstąpił od umowy ze wskazaniem przyczyn leżących po stronie wykonawcy - wstrzymanie realizacji umowy wobec upływu terminu końcowego w dniu 30 czerwca 2011 r. W tej sytuacji, Krajowa Izba Odwoławcza uznała że odstąpienie od umowy dokonane przez inwestora było skuteczne. Tym samym, oceniając zaskarżone czynności zamawiającego w kontekście założeń ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zamawiający nie naruszył wskazanego przepisu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do jego wyniku oraz

§ 3 pkt 1 lit a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Wskazany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości zaskarżył wykonawca, zarzucając mu:

1. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1a i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 493 § 1 kc poprzez błędną ich wykładnię i zastosowanie, polegające na uznaniu, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez zamawiającego w przedmiocie odstąpienia od umowy nr 16/2011 z dnia 22 marca 2011 r. stanowiło podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 18/2011 o nazwę: Zimowe utrzymanie dróg i ulic powiatowych, gminnych i dojazdowych, w sytuacji wcześniejszego skutecznego odstąpienia od w/w umowy przez wykonawcę,
2. naruszenia przepisu postępowania, tj. art. 190 ust. 4, 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuwzględnienie wniosków o przeorysowanie i korektę projektu deszczowej wraz z wylotem oraz umowy nr 16/2011 z dnia 22 marca 2011 r., jak też decyzji Prezydenta Miasta Suwałk nr 44/2011 w przedmiocie zatwierdzenia projektu budowlanego i wydania pozwolenia na budowę sieci kanalizacyjnej deszczowej wraz z

wylotem.

Wskazując na / owoż > > wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości oraz orzeczenie :< u nieważnienie czynności polegającej na

wykluc? udzielenie zamówienia publicznego

nr 1S/2011 unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej cówrtv w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 18/2011 oraz zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania za obydwie ins ancje wędhig norm przepisanych.

W powie zamawiający wniósł o oddalenie skargi,

zasądzę? u : skarżąc gc na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa p nor zepisanych oraz oddalenie wniosków

dowodowych

,7y zwazył, co następuje:

Skarga wykonawcy, jako pozbawiona uzasadnionych podstaw, podlegała oddaleniu

Krajowa Izba Odwoławcza, wbrew zarzutom strony skarżącej, dokonała w niniejszej sprawie prawidłowych ustaleń, które nie są sprzeczne z treścią zgromadzonego materiału dowodowego. Zarówno poczynione ustalenia, jak też wywiedzione na ich podstawie wnioski, Sąd Okręgowy w pełni podziela i przyjmuje za własne, stad też nie zachodzi potrzeba ich powtarzania, a jedynie szczegółowo omówić należy⁷ te ustalenia i oceny, które były w skardze kwestionowane.

W ocenie Sadu Okręgowego, nie można podzielić stanowiska strony skarżącej, iż n'e doszło d: spełnił przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 18/2011.

2gc0r.h z 4 t 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowawia uń ele- it :;rkv/'.-;b v yklucza się wykonawców, z którymi dany z . i albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia

publiczne:. tubo odstąpił od _mowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za trtóre wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wmióła co najmniej 5% wartości umowy.

KI¹? ■ :y; dla rozstrzygnięcia kr kkzej sprawy jest kwestia odstąpienia przez wyk<n cę od un > • Zauważyć bowiem należy, że wykonawca został wykluczony z o udzielenie zamówienia publicznego nr 18/2011 w

związku z rće re?2izacją imowy nr 16/2011, a nie innym zdarzeniem. Wykonawca stał na stanowisku że skutecznie odstąpił od umowy nr 16/2011, zawiadaniać o rvrr> zamawiającego, z uwagi na niemożliwość spełnienia świadczenia, natomiast zamawiający powyższemu przeczył.

PowSŁ-..ie n ILz.;;?. zamówienia publicznego następuje przy
wykom instrumentów cywilnoprawnych. Zgodnie z art. 72 Ustawy Prawo

zamówi* r. uk liczny^v o - ló: s* rawach zamówień publicznych stosuje się
przepis deks: ej v ln 5go i l vania cywilnego, jeżeli przepisy

ustawy nie stanowią inaczej. Takie uregulowanie może oznaczać, że nie było
wolą ustawodawcy wvobrebnianie samodzielnego typu umowy nazwanej. Do
umów o < o liczne powinno się zatem stosować poszczególne typy

umów nazwanych przewidzianych w kodeksie cywilnym oraz przepisy ogólne
dotyczące zobowiązań z uwzględnieniem uregulowań przyjętych w ustawie o
zamówieni? er. publiczny.-. Przyjmując żarem, że strony łączyła umowa o roboty
budowlane zawarta r trybie przepisów o zamówieniach publicznych,
rozważenia wymaga kwestia znaczenia uregulowania przyjętego w art. 76 ustawy
Prawo zamów - ornym przy ocenie skuteczności odstąpienia przez

wykonawcę cc tej umów . art. 7ó ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych
wprowadzony został za lian postanowień zawartej umowy oraz zakaz

wprowadzania nowych postanowień do umowy, niekorzystnych dla
zamawiającego eże i prz ich uwzględnieniu należałoby zmienić treść oferty, na

podstawie której dokonano wyboru oferenta, chyba że konieczność
wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było
przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Stosownie do ust. 2 zmiana umowy
dokonana z naruszeniem przepisu ust. 1 jest nieważna. W przypadku
przytoczonego uregulowania niewątpliwie występuje ograniczenie zasady
swobody umów fart. 353¹ kc). Ograniczenie to, odnoszące się do zmiany treści
umowy, nie może dotyczyć, wynikających z przepisów kodeksu cywilnego,
uprawnień stron do odstąpienia od umowy. Skuteczności dokonanego na
podstawie przepisów kodeksu cywilnego odstąpienia od umowy o roboty
budowlane., zawartej w trybie zamówienia publicznego, nie można więc oceniać
przez pryzmat unormowania przyjętego w art. 76 ustawy Prawo zamówień
publicznych. Odstąpienie od umowy badać należy w płaszczyźnie przesłanek
wskazanych w przepisach kodeksu cywilnego.

W okolicznościach sprawy, bezspornie strony łączyła umowa nr
16/207.1 z dnia 22 marca 2013 r.. której przedmiotem była przebudowa wylotu
kanalizacji deszczowej p;z zalewie Arkadia, zgodnie z ofertą z dnia 2 marca
2011 r. Termin. zakończenia przedmiotu umowy ustalono na dzień 30 czerwca
2011 r. Podkreślić również należy, że zapis § 9 w/w umowy uposażył jedynie
zamawiającego o w pra.wo odstąpienia od umowy

7 powyższego wynika, że nie można upatrywać w treści umowy nr
16/2011 legitymacji - t • • -y do odstąpienia od umowy. W takim przypadku

należy posłużyć się przł pisani kodeks* • cywilnego regulującymi tę kwestię,
mając jedn nr 16/2011 łączącą strony miała

charakter ur.orw o roboty budowlane co nie było kwestionowane przez żadną
ze stron postępowania.

W s' i-rle prze; is . ;;c 656 kc podstawową regulację prawną dla
określenia skul : 1_ działania wykonawcy oraz dla

odpowiedzi' > ; ? p obiekty stanowią na podstawie odesłania z

art. 656 kc przepisy art 635, 636, 637 i 638 oraz art. 644 kc, i wreszcie,
zgodnie z dalszym odesłaniem z ar 638 kc także art. 556 i n. kc w zakresie
dotyczącym odpowiednio rękojmi za budynek. Skutki prawne opóźnienia lub

wadliwego działania wykonawcy polegają na powstaniu określonych uprawnień kształtujących foraswo odstąpienia) lub roszczeń majątkowych. Odpowiedzialność stron oparta jest także na ogólnych zasadach kontraktowych jako odpowiedzialność względem kontrahenta za wszelkie szkody spowodowane nieprawidłowym wyk...moxvy, opóźnieniem bądź zwłoką w wykonaniu świadczenia art. 47. i. i. kej.

Powomnr .»yżej przepis; nie uprawniają wykonawcy do złożenia skutecznego ynd > o ?dstąpienia od umowy. Wykonawca jest ograniczony a r; >wy zgodnie z jej postanowieniami,

otrzymując v zamian s wynagrodzenie. Owszem, nie jest on absolutnie

związany projektem inwestycji, w sytuacji, gdy dostrzeże jego wady w trakcie jego realizacji i "dnak w takim przwoadku winien on podjąć odpowiednie kroki

mające na celu wyeliminowanie błędów, a na pewno zawiadomić o tym zamawiającego. Wskazać także trzeba, że przystępując do przetargu, posiada wiedzę odnośnie oczekiwań zamawiającego, zna wstępne założenia oferty, możliwości finansowe.

W^T ocenie Sadu Okręgowego nie można również podzielić stanowiska skarżącego, iż świadczenie, które zobowiązał się wykonać, stało się niemożliwe do spełnienia. Słusznie zauważył skarżący, iż przepis art. 493 kc, daje możliwość odstąpienia od umowy', jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych stało się niemożliwa wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność strona zobowiązana Chodzi tu jednak o świadczenie, które było możliwe w dacie zawarcia umowy (w przeciwieństwie do svtuacji określonej w art. 387 kc, który dotyczy niemożliwości pie-wotnej).

Pojęcie niemożliwości świadczenia (niezależnie od tego, czy chodzi o niemożliwość pierwotną oz następczą) ma charakter obiektywny, co oznacza, że takiego świadczenia nie może spełnić nie tylko dłużnik, ale żadna inna osoba. Chodzi tu o świadczenie rzeczywiście niewykonalne (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 26 października 1984 r. w sprawie o sygn.: III. C.ZP. 64/84, OSNC 1985, nr 7, poz. 87)

Jak wynika z okoliczności sprawy, wykonawca, w jego ocenie, dnia 1 sierpnia 201. r sk. lecenie odstąpił od umowy, powołując się na niemożliwość wykonania urnowy W uzasadnieniu swojego oświadczenia wskazał, że zlecił niezależnemu spec^iście z zakresu sporządzania projektów ujęć wodnych i melioracji wodnych opracowanie opinii, mającej na celu ustalenie, czy w oparciu o przedstawioną przez zamawiającego dokumentację możliwe jest wykonanie umowy. Opini? wykazała że .wykonanie kanału na podstawie obecnego pozwolenia na budowę jest niecelowe, a wręcz szkodliwe na spływ wód burzowych z projektowanych kanałów*. W związku ze stwierdzeniem, że po wykonaniu kanału dno rury przy wylocie oedzie zanurzone prawie 50 cm poniżej lustra wody, pismem: z arna 23 maja 20 i 1 r. wykonawca zwrócił się o zajęcie w tej kwestii stanowiska. Zamawiający udzielił odpowiedzi, by przedsięwzięcie realizować zgodnie z przeKazarą dokumentacją techniczną, dokonując jedynie korekty spadku kanału z 0 2% do 0,05%.

Zgodnie z art. 3ba us< 5 i •: Prawa budowlanego nieistotne odstąpienie od zatwierdźn< gc ;ek mego lub innych warunków pozwolenia na

budowę nie nianie pozwolenia na budowę i jest

dopuszczalne o t e don czy zakresu objętego projektem zagospodarowania działki lub erenu charwkterystycznych parametrów obiektu budowlanego: kubatury, powierzchni z* c dowy wysokości, długości, szerokości i liczby

kondygnacji, zapewnienia warunków niezbędnych do korzystania z tego obiektu przez osoby niepełnosprawne zmiany zamierzonego sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części, ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania nie wymaga uzyskania opinii, uzgodnień,

pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnymi. Projektant dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstępstwa oraz jest obowiązany zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje (rysunek i opis) dotyczące odstępstwa, o którym mowa w ust. 5.

Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem inwestora jest więc prowadzenie robót budowlanych w sposób zgodny z założeń i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę. Istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego, w innych warunkach pozielenia na budowę jest dopuszczane, tyle tylko że po uprzednim uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę (art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Przepis art. 36a ust. 5 Prawa budowlanego zawiera katalog istotnych odstępstw i to pomimo tego, że ustawodawca posłużył się w tym przepisie techniką negatywnego zdefiniowania tych odstępstw. Z powyższego wynika, że prowadzenie robót budowlanych, które zmieniają zamierzony sposób użytkowania obiektu budowlanego lub jego części stanowi w świetle art. 36a ust. 5 pkt 6 Prawa budowlanego istotne odstępstwo. Stwierdzenie tego rodzaju odstępstwa wymaga porównania funkcji, form i konstrukcji obiektu budowlanego, rozwiązań technicznych i przede wszystkim zamierzonego sposobu użytkowania zawartych w projekcie budowlanym z faktycznym stanem wykonanych robót

budowlanych, które odznaczają się: w szczególności ma miejsce również wówczas, gdy dotyczy ustaleń wynikających z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu. Roboty budowlane wykonywane w sposób nieodstępujący od tych

ustaleń.

Warunki umieszczone jako nieistotne

podlegają jedynie opinii. W momencie planowania do użytkowania

obiektu należy dołączyć dodatkowo dwie

kopie rysów w skład zatwierdzonego projektu budowlanego, 2

naniesionym z planami, a w razie potrzeby także uzupełniający opis. W takim przypadku oświadczenia budowlanego o zgodności wykonania obiektu

budowlanego z założeń i warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami potwierdzone przez projektanta i przez inspektora

nadzoru inwestycyjnego, o czym mowa w art. 57 ust. 2

Prawa budowlanego

zmiana warunków umowy, tj.

zmiany spłaty - 0,2% z 0,2% została potwierdzona wpisem inspektora nadzoru - 1 maja 2011 r., nie czyniąc żadnej

adnotacji, iż w szczególności istotne odstępstwa od umowy, czy też czynią niemożliwym. Wskazać również trzeba, że autor projektu

przebudowy - 0,2% Arkadia zatwierdził spadek kolektora z 0,2% do

0,05% powód [niesienie wylotu. Zmiana ta, w ocenie Sądu

Okręgowe; ią istotną wymagającą, uzyskania decyzji o zmianie

pozwolenia na ; wynika ze stanowiska Adama Łukaszewicza wylot

kanalizacji, poni- ąca się go zlokalizować powyżej lustra wody, jest

technicznie możliwy do wykonania i spełni swoje zadanie, ponieważ będzie stanowił dodatkowe i bezpośrednie odprowadzanie wód opadowych. Woda deszczowa będzie wprowadzana do rzeki dwukrotnie większym przekrojem (2 x 800 mm) i jej przepływ będzie znacznie zwiększony, nawet dwukrotnie, co pozwoli wyeliminować podtapianie ulic.

Nie sposób również podzielić stanowiska wykonawcy, iż niemożliwość wykonania świadczenia wynikała z przewidzianych w specyfikacji materiałów (w szczególności rury), której tolerancja dokładności wykonania uniemożliwiła wykonanie zleconego zadania inwestycyjnego. Skarżący dowodził, iż spadek rury, którego żądał inwestor był niezgodny z polską normą, i miał wynosić 0,5 mm na metr. Różnica spadku projektowanego w pierwotnym projekcie, a tego którego zlecenie wykonania nastąpiło na skutek interwencji co do wadliwości projektu uległa zmianie 4 - krotnie. Tolerancja wykonania rur zgodnie ze specyfikacją w stosunku do spadku określonego na pół milimetra, w ocenie skarżącego, została 10-krotnie przekroczona.

W ocenie Sądu, powyższej argumentacji nie sposób podzielić również z innego powodu. Zauważyć oowiem należy, iż wykonawca przystępując do przetargu winien zapoznać się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, której treść określa art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem wykonawca powinien oapcznse s: e w szczególności z przedmiotem umowy oraz ogólnymi warunkami umowy - także zapoznać się z dokumentacją projektową i specyfikacją, techniczną wykonania, które to dokumenty stanowią podstawę opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych,} kładając nawet, że rzeczywiście realizacja projektu

była niemożliwa. o wszelkie zastrzeżenia co do projektu zamówienia winien zgłosić już na tym etapie. Zgodnie z twierdzeniami skarżącego, zmiany projektu w zakresie spadku, z 0,2% do 0,05% przekraczały 10 - krotnie poza tolerancję dokładności - wykonania nr PP30C stwierdzić należy, iż wykonanie pierwotnie zaprojektowanego 50 spadku 0,2% również przekraczało tę tolerancję ponad 2 - krotnie. Wykonawca natomiast zgłaszał zastrzeżeń do projektu 2 tego powodu, co więcej podjął się wykonania projektu przy użyciu tych rur.

Wykonawca tymi: .r,c,u in* opinii autora projektu odnośnie zmian

przedsięwzięcia i - ic ak e ta - ora nadzoru budowlanego, był

uprawniony samodzielnie wysnuć wnioski o przeszkodach w realizacji umowy, determinujące zaniechanie realizacji umowy. Tym samym nie można podzielić poglądu skarżącego o możliwości wykonania umowy i związanego z tym skutecznego odstąpienia od zamówienia z podmiotów uprawnionych do

kontroli przez nie Zł - go ważności, wyrażając jednoznaczne

stanowisko - > wykonania obejmujący również konieczne zmiany.

■; rio-sku, iż zamawiający słusznie uznał, iż Pow/ż- ur orewań>: c po ó:gc stronie, nie zrealizował świadczenia

wykonawcy' 5 2011, nie upłynął od tego zdarzenia okres 3 lat, a

wynikające; ~ - urrcoy r - D:II WYDZIAŁ CYWILNY SO SŁAWKI NR FAKSU :97 5631247

Uwzględniając powyższe, Sąd Okręgowy na podstawie art. 385 kpc w zw. z art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekł jak w wyroku.

na podstawie art. 98 § 1 pkt 6 i § 12 ust. 1, pkt 13⁹ z późn. zm. w zw. z art. 99 kpc w zw. z 391 kpc w zw. z § 6 1 oporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. o opłatach za czynności radców prawnych oraz kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ust. mowionego z urzędu (t. j. - Dz. U. z 2002 r. Nr 163, późn. zm.