

Sygn. akt: KIO/505/11

WYROK
z dnia 24 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 marca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (lider) i Strabag AG, Ortenburgerstrasse 27, 9800 Spittal, Austria** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańska reprezentowaną przez Gdańskie Inwestycje Komunalne Sp. z o.o., ul. Kartuska 6, 80-103 Gdańsk,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. WARBUD S.A., Al. Jerozolimskie 162 A, 02-342 Warszawa (lider); Eurovia Polska S.A., ul Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce i Eurovia CS a.s. Narodni 10, 113 19 Praha 1, Czechy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (lider) i Strabag AG, Ortenburgerstrasse 27, 9800 Spittal, Austria** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (lider) i Strabag AG, Ortenburgerstrasse 27, 9800 Spittal, Austria,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 390 zł 12 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt złotych dwanaście groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (lider) i Strabag AG, Ortenburgerstrasse 27, 9800 Spittal, Austria** na rzecz **Gminy Miasta Gdańska reprezentowanej przez Gdańskie Inwestycje Komunalne Sp. z o.o., ul. Kartuska 6, 80-103 Gdańsk**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Gmina Miasta Gdańska, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie robót budowlanych w ramach przedsięwzięcia: Połączenia dróg krajowych – Trasa Sucharskiego. Zadanie II. Odcinek Węzeł Wosia Budzysza – Węzeł Ku Ujściu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 lipca 2010 r., nr 2010/S 138-212126..

W dniu 28 lutego 2011 r. Zamawiający przekazał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tj. Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (lider) i Strabag AG z siedzibą w Austrii, zwanych dalej „Odwołującym”, zaproszenie do zoczenia oferty wraz z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”

W dniu 10 marca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 10 marca 2011 r.) wobec treści SIWZ, zarzucając Zamawiającemu, iż dokonany przez niego opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy Pzp, a w szczególności:

1. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez zaniechanie przekazania kompletnej Dokumentacji Projektowej, w oparciu, o którą wykonawcy będą mogli złożyć porównywalne i konkurencyjne oferty,
2. art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewystarczająco precyzyjny przedmiotu zamówienia, jak również nałożenie na wykonawców obowiązku samodzielnego uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia, tj. Dokumentacji Projektowej przed złożeniem oferty,
3. art.. 674 i 651 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp poprzez przerzucenie na Wykonawcę obowiązku sprawdzenia wad w Dokumentacji Projektowej, sporządzonej przez Zamawiającego,
4. art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 354 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego i w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp poprzez zastosowanie zapisów SIWZ ograniczających prawo wykonawcy dostępu do placu budowy, co jest sprzeczne z naturą stosunku cywilnego jakim jest umowa o roboty budowlane, w ramach której strony winny współdziałać przy realizacji zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ, tj.:

1. załącznika nr 3 do SIWZ Warunku Umowne – Subklauzula 1.8 [Opieka nad dokumentami i ich dostarczenie], poprzez wykreślenie wskazanej w odwołaniu frazy;
2. załącznika nr 3 do SIWZ Warunku Umowne – Subklauzula 17.3 [Zagrożenia stanowiące ryzyko Zamawiającego] poprzez przywrócenie podpunktu (g);
3. załącznika nr 3 do SIWZ Warunku Umowne – Subklauzula 4.7 [Wytyczenie], poprzez dodanie do jej brzmienia zapisu o określonej treści;
4. załącznika nr 3 do SIWZ Warunku Umowne – Subklauzula 8.9, poprzez usunięcie z jej treści określonej frazy;
5. Projektu Wykonawczego część 2.4 „Wzmocnienie podłoża gruntowego”, poprzez wykreślenie na stronie 12 wskazanej frazy;
6. załącznika nr 3 do SIWZ Warunku Umowne – Subklauzula 2.1 [Prawo dostępu do Placu Budowy], poprzez uzupełnienie obecnego brzmienia;
7. załącznika nr 3 do SIWZ Warunku Umowne – Subklauzula 11.5 [Zabranie wadliwej części robót], poprzez wykreślenie frazy.

Pismem z dnia 11 marca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach i Eurovia CS a.s. z siedzibą w Czechach, zwani dalej „konsorcjum Warbud”, otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 14 marca 2011 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Warbud przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 22 marca 2011 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postanowienia SIWZ, a w szczególności postanowienia warunków umowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące błędnego opis przedmiotu zamówienia i przerzucenia odpowiedzialności na wykonawcę sprawdzenia wad dokumentacji, a więc naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ustawy Pzp, jak również naruszenia art. 647 i 651 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 353¹ k.c. w związku z art. 647 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp nie potwierdziły się

Niewątpliwym jest, iż przepisy ustawy Pzp, w tym art. 29 ustawy Pzp, wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia. Tak więc przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, pozwalający wykonawcom na zidentyfikowanie co jest przedmiotem zamówienia, jak i stwierdzenie, że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia zostały w nim uwzględnione, a co w konsekwencji ma pozwolić na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na cenę składanej oferty, przy czym nie może być on opisany w taki sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia publicznego na roboty budowlane – zgodnie z art. 31 ustawy Pzp - dokonuje tego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Natomiast zakres i formę dokumentacji projektowej wyznacza rozporządzenie Ministra infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r., Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.) W niniejszym stanie faktycznym – co jest bezsporne - Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w punkcie III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, wskazując iż jego zakres szczegółowo określa dokumentacja projektowa (budowlana i wykonawcza), natomiast szczegółowe wymagania dotyczące realizacji robót zawiera Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumenty te, w tym także dokumentacja projektowa, wraz z zaproszeniem do złożenia oferty zostały przekazane wszystkim wykonawcom, którzy spełnili postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Wszyscy wykonawcy dysponują więc takim samym opisem przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i spójny, a odwołujący nie wykazał w tym zakresie żadnych sprzeczności.

Odnosnie zarzutu dotyczącego treści części 2.4 projektu wykonawczego stwierdzić należy, iż wykonawcy mogą samodzielnie zdecydować o zastosowaniu przewidzianej przez Zamawiającego i zawartej w dokumentacji projektowej technologii wykonania danych prac, bądź też zastosować inną technologię wskazaną jako alternatywna, przy czym wówczas zobowiązani są „opracować dla niej rozwiązanie zastępcze na poziomie projektu

wykonawczego w oparciu o własne badania uzupełniające na etapie realizacji” (załącznik nr 9 do SIWZ). Możliwość wyboru technologii alternatywnej nie może być utożsamiana – wbrew twierdzeniom Odwołującego - z błędnym opisem przedmiotu zamówienia i nie oznacza, iż opis przedmiotu zamówienia jest niepełny czy też niejednoznaczny, a stanowi jedynie podstawę do zastosowania innej technologii niż zaprojektowana przez Zamawiającego. Zamawiający, przewidując możliwość zastosowania technologii alternatywnych nie nakłada jednocześnie na wykonawcę obowiązku zastosowania takiej technologii, a stosowne badania mają zostać przeprowadzone dopiero na etapie realizacji zamówienia, a nie – jak podnosił Odwołujący - na etapie przygotowywania i składania oferty. Tak więc to wykonawca decydując się na zastosowanie określonej technologii alternatywnej zobowiązany jest skalkulować związane z tym ryzyka i uwzględnić je w cenie oferty, mając przy tym pełną dowolność w zakresie jej wyboru. W tym zakresie Zamawiający nie naruszył więc przepisów ustawy Pzp.

Nieuprawnionym jest także zarzut Odwołującego, iż sporządzona przez Zamawiającego dokumentacja projektowa jest niekompletna. To Zamawiający przygotowuje dokumentację projektową i ponosi za nią odpowiedzialność. Nie zwalnia to jednak wykonawcy od dołożenia należytej staranności przy realizacji umowy, w tym także od obowiązku weryfikowania prawidłowości sporządzonej dokumentacji. To wykonawca jest zobowiązany – w myśl przepisów k.c. (art. 651 k.c.) - do niezwłocznego informowania Zamawiającego (inwestora) o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja inwestycji na podstawie otrzymanego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego, przy czym w tym drugim wypadku „chodzi wyłącznie o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania” (wyrok SN z dnia 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98). Zobowiązany jest więc do poinformowania Zamawiającego o tych okolicznościach, a dołożenie należytej staranności w tym względzie zwalnia go od współodpowiedzialności za wady robót budowlanych wynikające z wadliwości projektu. Kwestionowane postanowienia warunków umowy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie nakładają na wykonawcę obowiązku badania dokumentacji celem wykrycia wszelkich jej błędów na etapie przygotowywania oferty. Natomiast odnoszą się w istocie do przewidywanego w umowie podziału ryzyk i odpowiedzialności stron umowy. Tak więc kwestionowane przez Odwołującego zapisy subklauzul (1.8; 8.9; 17.3; 4.7) nie stanowią potwierdzenia na to, iż dokumentacja projektowa jest niepełna. Przewidują one jedynie podział ryzyk w przypadku realizacji przedmiotowej umowy, nie wyłączając jednocześnie odpowiedzialności Zamawiającego za sporządzoną dokumentację projektową. Sytuacje opisane w kwestionowanych subklauzulach odnoszą się jedynie do mogących powstać zagrożeń realizacji zamówienia, przewidywanych ryzyk i nie mogą być interpretowane w

oderwaniu od pozostałych subklauzul, a przede wszystkim od całej treści zawieranej umowy (warunków umowy).

Art. 353¹ k.c. określa granice swobody umów, a skutkiem przekroczenia granicy swobody umów jest uznanie czynności prawnej za dokonaną poza zakresem ustawowej kompetencji, a więc nieważną w całości lub części. Dysproporcja pomiędzy określonymi w umowie wzajemnymi świadczeniami stron nie stanowi dostatecznej przesłanki do uznania umowy za sprzeczną z prawem. Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zbliżone w swym charakterze do umów adhezyjnych (wyroki KIO z dnia: 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09 oraz 26 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1547/09), a wynika to, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, ale z tego, iż to Zamawiający działa w interesie publicznym. Tak więc na gruncie ustawy Pzp mamy do czynienia ze swoistym ograniczeniem swobody umów, określonej w art. 353¹ k.c., które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. „Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający może się starać przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a nawet w ramach swobody umów wręcz narzucić pewne postanowienia umowy we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich właśnie warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową” (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 67/08). Oznacza to więc, iż nie jest właściwym utożsamianie przez Odwołującego ryzyk związanych z realizacją umowy, w tym przede wszystkim ich podziału pomiędzy strony stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem zasady równości stron danego stosunku zobowiązaniowego. To bowiem Odwołujący, sporządzając ofertę i kalkulując jej cenę, powinien w niej ująć także koszt dodatkowych ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez niego cena ofertowa powinna więc zabezpieczać jego interesy niezależnie od tego jak duże ryzyko zostanie mu przypisane. Tak więc, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ k. c., powyższe nie uchybia zasadzie swobody umów, gdyż to wykonawca, może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. A wystąpienia tych przesłanek, tj. zaistnienia sytuacji, w której treść i cel stosunku zobowiązaniowego, który ma powstać pomiędzy stronami, sprzeciwiałby się właściwości tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego Odwołujący nie wykazał. W swej argumentacji odwołał się niewątpliwie do najbardziej niejasnych - co podkreślane jest w literaturze przedmiotu - z przesłanek zawartych w art. 353¹ k.c., tj. sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, łącząc ją z naruszeniem 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i stawiając akcent na obowiązek współdziałania stron danego zobowiązania. Niewątpliwym jest, iż przy wykonywaniu danego zobowiązania, a więc przy realizacji przedmiotu niniejszej umowy, strony (zamawiający i

wykonawca) zobowiązane są współdziałać o ile takie współdziałanie jest potrzebne. Zamawiający zobowiązany jest do przekazania terenu budowy i teren ten – w myśl zapisów subklauzuli 2.1 [Prawo dostępu do placu budowy] – zostanie przekazany wykonawcy w określonym terminie „prawo i władanie Terenem Budowy w terminie 14 dni od podpisania Aktu Umowy”. Tak więc podnoszenie, w chwili obecnej, zarzutu nieterminowego przekazania Placu Budowy i akcentowanie rzekomych konsekwencji jakie z tego tytułu ma ponieść wykonawca, wobec jednoznacznych sformułowań warunków umowy jest nieuprawnione, zwłaszcza że Harmonogram, który ma stanowić rzekomą przeszkodę w udostępnieniu placu budowy, w istocie taką przeszkodą nie jest, ponieważ – wbrew twierdzeniom Odwołującego – treść klauzuli nie odnosi się do zatwierdzonego harmonogramu, a jedynie przedłożonego harmonogramu, nie wyłączając możliwości przekazania całego placu budowy. Obawy odwołującego, iż plac budowy, na skutek zaistnienia kwestionowanych zapisów, nie zostanie mu udostępniony są nieuzasadnione. Zamawiający wyłaniając wykonawcę w wyniku postępowania o zamówienie publiczne i zawierając z wybranym wykonawcą umowę jest przecież zainteresowany jej sprawnym i terminowym wykonaniem.

Zamawiający ma obowiązek traktowania wszystkich potencjalnych wykonawców na równych prawach, a dyskryminacyjny charakter ma miejsce wówczas, gdy w danym postępowaniu dochodzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców. W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia jest opisany w taki sam sposób dla wszystkich potencjalnych wykonawców, do wszystkich odnoszą się te same dokumenty, w tym m.in. SIWZ i warunki umowy. W ocenie Izby nie doszło więc do naruszenia treści tego przepisu

Izba nie stwierdziła także naruszenia, powoływanego przez Przystępującego, art. 58 k.c. Nie wystarczy bowiem powołać się na naruszenie art. 58 k.c., ale należy jednoznacznie wskazać na czym owa sprzeczność polega, a więc podać sprzeczność z normą o treści merytorycznie określonej, wskazując taką która nakazuje czy też zakazuje w określony sposób postąpić, a zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący tego nie uczynili.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 150 ust. 2 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z treści kwestionowanej subklauzuli (11.5) faktycznie nie dotyczy ona „zabezpieczenia należytego wykonania umowy” w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a jedynie, jak podniósł Zamawiający na rozprawie, stanowi swoisty rodzaj kaucji wymaganej od wykonawcy w przypadku powstania sytuacji, w której nie jest możliwe usunięcie wady lub szkody na placu budowy i za zgodą zamawiającego dane urządzenie ma zostać z niego zabrane z jednoczesnym „zabezpieczeniem wykonania o pełny koszt wymiany tych egzemplarzy”. W tym miejscu należy odróżnić pojęcie „zabezpieczenia należytego wykonania umowy” w rozumieniu

ustawy Pzp od pojęcia „zabezpieczenia wykonania” przewidzianej w treści kwestionowanej subklauzuli. „Zabezpieczenia wykonania” - jak wynika z treści subklauzuli – służy zabezpieczeniu wymiany egzemplarzy urządzeń, stanowiących już własność zamawiającego. Nie może być więc taktowane jako „zabezpieczenia należytego wykonania umowy”, którego wysokość oraz forma byłaby wprost ustalona w umowie. Inny jest także cel „zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę w wysokości 4 390, 12 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....