

Sygn. akt: KIO 806/11

## WYROK

z dnia 27 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Trakcja Polska S.A., 00-120 Warszawa, ul. Złota 59** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Gdańsk, 80-803 Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12.**

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykreślenie subklauzuli 1.8 akapit 5 warunków umownych stanowiących załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasta Gdańsk, 80-803 Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Trakcja Polska S.A., 00-120 Warszawa, ul. Złota 59** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Gminy Miasta Gdańsk, 80-803 Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8/12** na rzecz **Trakcja Polska S.A., 00-120 Warszawa, ul. Złota 59** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze 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

I. Gmina Miasta Gdańska, w imieniu której działa Gdańskie Inwestycje Komunalne sp. z o.o. (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe wykonanie robót budowlano - montażowych dla: zadania 3.2 przebudowa torowisk w ul. Klinicznej na odcinku 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: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 16 kwietnia 2011 r. Trakcja Polska S.A. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarzuciła naruszenie: 1) art. 140 Prawa zamówień publicznych poprzez wprowadzenie możliwości rozszerzenia 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<sup>1</sup> 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 oraz z daleko idącej ostrożności procesowej 4) art. 647 Kodeksu cywilnego poprzez naruszenie istoty stosunku prawnego, który przybiera postać umowy o roboty budowlane poprzez bezpodstawne zwolnienie się Zamawiającego z odpowiedzialności za dokumentację projektową. Wobec powyższego Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą usunięcia postanowienia umowy uregulowanego w subklauzuli 1.8 akapit 5, tj. „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową, Terenem Budowy i 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 jakiegokolwiek 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 jakiegokolwiek roszczeń o wypłatę jakiegokolwiek 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", które w ocenie Odwołującego znacząco pogarsza pozycję wykonawcy zobowiązanego do wykonania przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia Odwołującemu skalkulowania ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Na wypadek nieprzychylenia się przez Krajową Izbę Odwoławczą do powyższego żądania Odwołujący wnosil o unieważnienie postępowania w związku z tym, iż nawet jeżeli Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty i zawrze umowę w niezmienionym kształcie z uwagi na liczne oraz istotne naruszenia powszechnie obowiązujących przepisów prawa, będzie ona nieważna z mocy ustawy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, złożenie przez Odwołującego rzetelnie skalkulowanej oferty byłoby niemożliwe bądź utrudnione, a w razie uzyskania zamówienia mógłby on ponieść dodatkowe koszty, niemożliwe do przewidzenia w momencie składania oferty.

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 i 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 jakiegokolwiek 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 i 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 w 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. Oczywiście 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 subklauzuli 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 i 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.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Izba rozpatrując zarzuty wobec postanowień SIWZ, bada wyłącznie SIWZ postępowania, w którym wniesiono odwołanie. Inne specyfikacje, w innych postępowaniach, ani sposób odniesienia się do nich przez Odwołującego nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. W niniejszym postępowaniu odwoławczym, jak wyżej stwierdzono, Zamawiający nie wskazał żadnych postanowień SIWZ, które mogłyby wyłączać zastosowanie subklauzuli 1.8 akapit 5.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....