

Sygn. akt: KIO 1712/12

## WYROK

z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Małgorzata Rakowska  
Luiza Łamejko  
Jolanta Markowska

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59 – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20,**

przy udziale wykonawcy **Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1712/12 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, 01-040 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59 – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie, 35-959 Rzeszów, ul. Legionów 20** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Rzeszowie, zwany 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”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kontynuację budowy autostrady A4 odcinek węzeł Rzeszów Zachód – węzeł Rzeszów Centralny”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 lipca 2012 r., nr 2012/S 134-222970.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2012 r. zamawiający dokonał zmian treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

W dniu 10 sierpnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 10 sierpnia 2012 r.) wobec treści postanowień SIWZ zmienionych przez zamawiającego w dniu 1 sierpnia 2012 r., tj. czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu treści SIWZ w sposób powodujący rażąca nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego oraz naruszający zasady uczciwej konkurencji obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nadto dodał, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób odbiegający od wytycznych ujętych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności za pomocą niedostatecznie dokładnych danych. Tym samym powodując, iż wskazana czynność zamawiającego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, tj.: art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, które to przepisy odsyłają do przepisów Kodeksu cywilnego, art. 7 ustawy Pzp, który statuuje zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zakwestionował następujące postanowienia SIWZ:

- punkt 11.12 Formularza 2.1 (Załącznik do oferty), Gwarancja Jakości,
- punkt 6 Aktu Umowy - punkt 1.3 Rozdział 2 „Gwarancja jakości”, przez ustalenie okresu udzielonej gwarancji jakości na 10 lat co stanowi naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz w sposób powodujący rażący brak równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, sprzeczny z zasadami współżycia społecznego oraz z przekroczeniem zasady swobody umów i w tym

zakresie, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 5, 353<sup>1</sup> i 354 KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji zakwestionowanych postanowień SIWZ w sposób następujący:
  - a) zmianę treści SIWZ polegającą na zmianie terminu gwarancji jakości na okres 5 lat liczony od daty wskazanej w Świadectwie Przejęcia,
  - b) alternatywnie w przypadku utrzymania 10 letniego okresu gwarancji wnosimy o wprowadzenie do kosztorysu ofertowego pozycji dotyczących:
    - odtworzenia oznakowania poziomego w połowie biegu okresu gwarancji,
    - wprowadzenie pozycji kosztorysowej dotyczącej frezowania warstwy ścieralnej SMA przed upływem terminu gwarancji jakości,
    - wykonania warstwy ścieralnej SMA przed upływem terminu gwarancji jakości,
    - wykonania oznakowania poziomego po wykonaniu warstwy ścieralnej SMA,
    - wprowadzenie tymczasowej organizacji robót związanej z w/w robotami,
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in., iż odniesienie wymogu okresu 10 letniej gwarancji jakości do trwałości warstwy ścieralnej SMA oraz trwałości oznakowania poziomego powoduje, że zamawiający będzie wymagał oraz egzekwował od wykonawcy spełnienia paramentów wymaganych w specyfikacji technicznej dla tych robót. Spełnienie tych wymogów jest niemożliwe, gdyż zgodnie z doświadczeniami związanymi z budową bróg w polskich uwarunkowaniach klimatycznych:

- trwałość warstwy ścieralnej SMA wynosi około 8-9 lat,
- trwałość oznakowania poziomego grubowarstwowego wynosi około 5 lat.

A ponadto specyfikacja techniczna D-05.03.13.11 wymaga aby przed upływem okresu gwarancji zostały spełnione następujące parametry warstwy ścieralnej: równość podłużna, równość poprzeczna i współczynnik tarcia.

Odwołujący dodał, iż przytoczone postanowienia specyfikacji, jak i pozostałe zostały przygotowane pod pierwotnie przyjęty 5 letni okres gwarancji jakości. Tymczasem zamawiający zmodyfikował tylko treść SIWZ w zakresie wydłużenia terminu gwarancji jakości do 10 lat, jednocześnie pozostawiając bez zmian zapisy poszczególnych specyfikacji

technicznych oraz nie dostosowując dokumentacji projektowej do wydłużonego okresu gwarancji. W efekcie dla zmienionego, 10 letniego okresu gwarancji może okazać się niemożliwe spełnienie założeń pierwotnych postanowień specyfikacji technicznej oraz dokumentacji projektowej.

W dniu 10 sierpnia 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, stosowne pismo oraz kopię odwołania zamieszczając na swej stronie internetowej.

W dniu 13 sierpnia 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Bilfinger Berger Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej wykonawcą „Bilfinger Berger”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 23 sierpnia 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, modyfikacje dokonane przez zamawiającego pismem z dnia 1 sierpnia 2012 r., 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, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Izba ustaliła, iż zamawiający w wyniku modyfikacji dokonanej pismem z dnia 1 sierpnia 2012 r. wprowadził m.in. następujące zmiany treści SIWZ:

- w „Formularzu 2.1. (załącznik do oferty)”: „11.12. Gwarancja Jakości” następujące postanowienie „Okres udzielonej gwarancji jakości zgodnie z ofertą wynosi 10 lat”,

- w treści „Aktu umowy” następujące postanowienia:
  - „6. Wykonawca zobowiązuje się niniejszym do udzielenia pisemnej gwarancji jakości na okres: 10 lat.”,
  - Rozdział 2 „Gwarancja jakości”, pkt 1.3. „Termin gwarancji wynosi 10 lat od daty wskazanej w Świadectwie Przejęcia (...)”.

Zmiany wskazane powyżej zakwestionował odwołujący.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 353<sup>1</sup> k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda ta (swoboda kontraktowania) ulega ograniczeniom, gdyż wprowadzone postanowienia umowy z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłyby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie jaki wynika z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp, która daje zamawiającemu prawo do takiego uregulowania treści umowy, które możliwym czyni zrealizowanie konkretnego zamówienia. To zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców o ile nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Kwestionowane postanowienie (okres gwarancji jakości na okres 10 lat) ma charakter umowny i podlega – co słusznie podniósł zamawiający – zasadzie swobody umów, a tym samym może być dowolnie ukształtowane. Okres ten może więc wynosić i 10 lat. A ponieważ - zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999r., nr 43, poz. 430 z późn. zm.) - przebudowywane i budowane autostrady i drogi ekspresowe powinny być projektowane tak, aby ich okres eksploatacji wynosił 20 lat i w oparciu o to właśnie rozporządzenie był przygotowany projekt drogi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, iż przygotowana dokumentacja (projekt i specyfikacje techniczne) dotyczyła drogi, dla której okres gwarancji powinien być krótszy i wynosić 5 lat. Niezależnie bowiem od tego kto dotychczas wykonywał przedmiotowe zamówienie, jak i kto będzie je dalej wykonywał dokumentacja sporządzona została na określony i zgodny z powołanym wyżej

rozporządzeniem okres trwałości drogi. Droga ta ma być więc wykonana zgodnie z określonymi parametrami i standardami, a jej okres eksploatacji winien wynosić 20 lat. Na etapie odbioru sprawdzane będą jedynie parametry wynikające ze specyfikacji technicznych, natomiast na etapie gwarancji będzie oceniana trwałość wykonanej drogi, na dowód czego zamawiający przywołał na rozprawie przykładowe postanowienia SIWZ i załączników do SIWZ, świadczące o rozróżnieniu tej oceny w zależności od etapu, którego on dotyczy. Niemniej jednak wykonawca może z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się dane zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Dlatego też stwierdzić należy, iż skoro zakwestionowane przez odwołującego postanowienia nie naruszają bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa brak jest podstaw do ich zmiany.

Biorąc powyższe pod uwagę, 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 wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....