

WYROK
z dnia 25 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 listopada 2010 r. przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. NDI S.A. (pełnomocnik), 2. Inter Energia S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu modyfikację pkt 3.1.2.3. Programu Funkcjonalno – Użytkowego poprzez wykreślenie słów: „wraz z pozyskaniem terenu”.

2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Białymstoku**.

.....

UZASADNIENIE

Odwołujący – Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na „Zaprojektowanie i wykonanie Obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej nr 8 (na odcinku od węzła Augustów do węzła Szkocja) i drogi ekspresowej S-61 (na odcinku od węzła Szkocja do węzła Lotnisko) prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, wniósł odwołanie na treść postanowień SIWZ Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU) tj. na treść pkt 1.5 d) PFU w zw. z 3.1.2.3 PFU, zgodnie z którym:

- pkt 1.5.d Wykonawca dokona analizy układu komunikacyjnego w rejonie zadania tak, aby w maksymalnym stopniu wykorzystać istniejącą sieć dróg, jednak pod warunkiem, że będzie ona funkcjonalna z punktu widzenia użytkownika. Analizy tej wykonawca dokona na każdym etapie prac projektowych. W przypadku bezwzględnej konieczności wyjścia poza linie rozgraniczające w Decyzji Środowiskowej z 2009 r., wykonawca musi uzyskać zgodę Zamawiającego na takie wyjście oraz uzyskać niezbędne decyzje administracyjne dla tego zakresu. Wszelkie koszty wynikające z ewentualnego wyjścia poza linie określone w Decyzji Środowiskowej z 2009 r. nie podlegają dodatkowej zapłacie i mieszczą się w cenie kontraktowej. Ponadto z tego tytułu wykonawca nie ma żadnych roszczeń.

- 3.1.2.3. Wszystkie drogi krzyżujące się z obwodnicą należy przeprojektować oraz przebudować w liniach rozgraniczających teren przedsięwzięcia oraz w nawiązaniu do lokalizacji obwodnicy określonej w punkcie 1.2 (...) W przypadku przekroczenia linii rozgraniczających teren przedsięwzięcia Wykonawca pozyska wszystkie uzgodnienia, opinie i decyzje wraz z pozyskaniem terenu oraz poniesie wszystkie koszty z tym związane w ramach kwoty kontraktowej i ukończy budowę w czasie określonym na ukończenie.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku pozyskania terenu budowy oraz poniesienia wszystkich związanych z tym kosztów.

Wniósł o dokonanie modyfikacji wskazanych postanowień PFU poprzez usunięcie w pkt 1.5.d zdań: „Wszelkie koszty wynikające z ewentualnego wyjścia poza linie określone w Decyzji Środowiskowej z 2009 r. nie podlegają dodatkowej zapłacie i mieszczą się w cenie kontraktowej. Ponadto z tego tytułu wykonawca nie ma żadnych roszczeń.” oraz w pkt 3.1.2.3. zdań: „W przypadku przekroczenia linii rozgraniczających teren przedsięwzięcia Wykonawca pozyska wszystkie uzgodnienia, opinie i decyzje wraz z pozyskaniem terenu

oraz poniesie wszystkie koszty z tym związane w ramach kwoty kontraktowej i ukończy budowę w czasie określonym na ukończenie.”

Uzasadniając zarzuty odwołujący stwierdził, że przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest robota budowlana polegająca na zaprojektowaniu i wykonaniu obwodnicy miasta i drogi ekspresowej i jest to jedna z trzech, zdefiniowanych w art. 2 pkt 8 ustawy pzp, sytuacji, w której przedmiot zamówienia należy kwalifikować jako robotę budowlaną. Wskazał, że kwestionowane zapisy PFU przewidujące obowiązek pozyskania przez wykonawcę we własnym zakresie terenów oraz poniesienia z tego tytułu kosztów w sytuacji takiej konieczności i uzyskania na to zgody zamawiającego, wskazują de facto jedynie na sytuację, gdy przekazany przez zamawiającego teren budowy okaże się niewystarczający dla realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał na treść art. 647 kc, zgodnie z którym do obowiązków inwestora należy wykonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności zaś przekazanie terenu budowy i dostarczenie projektu oraz odebranie obiektu i zapłata umówionego wynagrodzenia. Stwierdził, że o ile możliwe jest przeniesienie na wykonawcę obowiązku opracowania projektu (w tej części będzie to umowa o dzieło), o tyle obowiązek inwestora przekazania terenu budowy ma charakter bezwzględny i nie jest możliwe przeniesienie z inwestora na wykonawcę obowiązku pozyskania placu budowy we własnym zakresie i na własny koszt, gdyż stanowiłoby to nadużycie prawa i przeniesienie odpowiedzialności nie związanej z rolą wykonawcy w wykonaniu zamówienia. Wskazał przy tym na art. 22 prawa budowlanego, zgodnie z którym kierownik budowy jako przedstawiciel wykonawcy przejmuje od inwestora teren budowy zdefiniowany w art. 3 pkt 10 tej ustawy. W ocenie odwołującego takie rozumienie obowiązków uczestników procesu inwestycyjnego podziela zamawiający. Wskazuje na to treść umowy, w której zamawiający w terminie nie dłuższym niż 5 miesięcy od daty otrzymania ostatecznej decyzji dla działek niezabudowanych i 9 miesięcy od daty otrzymania decyzji dla działek zabudowanych, zobowiązuje się dać wykonawcy prawo dostępu do wszystkich części placu budowy i użytkowania ich (subklauzula 2.1. warunków ogólnych kontraktu). Zauważył, że na tym etapie postępowania tj. bez opracowanego projektu budowlanego (zamówienie jest udzielane w formule „zaprojektuj i buduj”) nie jest możliwe przewidzieć kosztów, jakie mogą wynikać z konieczności pozyskania dodatkowych gruntów, gdyż nie jest możliwe ustalenie takich terenów. Wskazał przy tym, że w przypadku projektów takich jak przedmiotowe zamówienie, realizowanych w oparciu o ustawę z dnia 10.04.2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (tzw. Specustawę) (Dz. U. z 2008 r., Nr 193, poz. 1194 ze zm.) zamawiający nie ma obowiązku załączania do PFU oświadczenia o prawie dysponowania nieruchomością (§ 19b rozp. Ministra Infrastruktury z 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych

oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.), jednak zwolnienie to nie może być traktowane jako równoznaczne z uprawnieniem zamawiającego do przeniesienia na wykonawcę obowiązku pozyskania takich nieruchomości i poniesienia związanych z tym kosztów. Wskazał przy tym, że zgodnie ze specustawą inwestycje realizowane na jej podstawie i objęte decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, prowadzone są na nieruchomościach, które z mocy ustawy stają się własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego (art. 12 ust. 4), co ogranicza możliwość ich „pozyskania” – jak wymaga tego PFU, przez wykonawcę zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego poparł zarzut naruszenia art. 14 ustawy pzp w związku z art. 647 kc poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku pozyskania terenu budowy oraz poniesienia wszystkich związanych z tym kosztów stwierdzając, że w razie wyboru jego oferty, nastąpi zawarcie umowy z jednostronnie, rażąco niekorzystnymi dla wykonawcy postanowieniami.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że zasięg inwestycji określa decyzja środowiskowa. Zakłada, że wykonawca w toku projektowania, a następnie wykonywania robót budowlanych nie wykroczy poza zasięg decyzji środowiskowej. Potwierdził, że tereny inwestycji będą nabywane w trybie „specustawy” na rzecz Skarbu Państwa, a Zamawiający będzie trwałym zarządcą. Potwierdził, że niemożliwe jest przerzucenie na wykonawcę kosztów nabycia nieruchomości.

Zdaniem Zamawiającego, kwestionowane zapisy PFU nie wskazują na poniesienie przez wykonawcę kosztów wykupu gruntu, lecz oznaczają, że wykonawca ponosi koszty związane z uzyskaniem decyzji administracyjnej (ZRID i inne) ewentualnie decyzji środowiskowej w razie konieczności jej rozszerzenia, natomiast nie ponosi kosztów nabycia gruntów, jak wcześniej wskazano.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz biorąc pod uwagę treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stwierdza, co następuje.

Jak wynika z dokumentacji postępowania prowadzonego przez zamawiającego Izba zakres przedmiotowego zamówienia obejmuje wykonanie, zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym: dokumentacji projektowej, w tym projektów budowlanych, uzyskanie w imieniu zamawiającego wymaganych decyzji administracyjnych i pozwoleń, w tym Zezwolenia na Realizację Inwestycji Drogowej, uzgodnień, aprobat i innych koniecznych dokumentów oraz wykonanie robót budowlanych niezbędnych do oddania do użytku publicznego obwodnicy Augustowa. W części wstępnej PFU określającej w pkt 1.2. lokalizację inwestycji wprowadzono zastrzeżenie, że dokładny zasięg inwestycji powinien wynikać z opracowanego przez wykonawcę projektu koncepcyjnego – uwzględniającego wszystkie rozwiązania w zakresie powiązań komunikacyjnych, prawidłowe z punktu widzenia

pełnionych funkcji, obowiązujących przepisów i zasad bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz rozwiązania w zakresie niezbędnej infrastruktury technicznej i wyposażenia dróg. Parametry zadania określono opisując przedmiot zamówienia ze wskazaniem w pkt 3.1.1.b, że wykonawca ma obowiązek zaprojektowania oraz wybudowania obwodnicy w granicach linii rozgraniczających teren przedsięwzięcia oraz zgodnie z pkt 1.2. z uwagą, że wszelkie dodatkowe prace i roboty wynikające z przekroczenia tych granic nie podlegają dodatkowej zapłacie i mieszczą się w cenie kontraktowej.

Oceniając zarzut naruszenia postanowień art. 647 kc mającego zastosowanie na mocy art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez treść postanowień SIWZ Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU) w pkt 1.5 d PFU w zw. z 3.1.2.3 PFU Izba stwierdziła, że opisany zakres zamówienia wskazuje, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane zdefiniowane w art. 2 pkt 8 ustawy pzp jako zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Biorąc pod uwagę treść art. 647 kc, zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia, należy stwierdzić, że zakres zamówienia nie jest tożsamy z kodeksową definicją umowy o roboty budowlane. W przedmiotowym postępowaniu przewiduje się bowiem zawarcie umowy o charakterze mieszanym, zawierającej w sobie elementy umów nazwanych kodeksu cywilnego tj. umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane. Należy przy tym zauważyć, iż zgodnie z zasadą swobody umów treść umowy regulującej wzajemne prawa i obowiązki stron ma znaczenie przesądzające w stosunku do treści przepisu ustawy, o ile nie dochodzi do naruszenia zasad prawa (por. art. 353(1) kodeksu cywilnego: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”).

W rozpoznawanej sprawie, co jest niesporne między stronami, przy nabywaniu terenów niezbędnych do realizacji inwestycji, mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2008 r., Nr 193, poz. 1194 ze zm.) zgodnie z którą nieruchomości przeznaczone pod drogi stają się z mocy prawa własnością Skarbu Państwa na podstawie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej za odszkodowaniem ustalonym w trybie administracyjnym. W konsekwencji swoboda stron co do zasady nie wykluczająca rozszerzenia obowiązków wykonawcy doznaje ograniczenia przepisami powołanej ustawy poprzez wykluczenie możliwości nabycia terenu pod drogę krajową przez podmiot inny niż Skarb Państwa.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zakwestionowane zapisy Programu Funkcjonalno – Użytkowego w pkt 3.1.2.3 dotyczące pozyskania przez wykonawcę terenu oraz poniesienia kosztów z tym związanych pozostają w sprzeczności z wyżej wskazanymi zasadami nabywania nieruchomości pod drogi w trybie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r., stanowiącej bezwzględnie obowiązujący przepis prawa. W ocenie Izby sformułowanie „wraz z pozyskaniem terenu” oznacza wprost nabycie. Odmienne rozumienie pojęcia „pozyskanie” niż nabycie, nie znajduje uzasadnienia w innych postanowieniach siwz, ani też nie wynika z jego cywilistycznego, jak również potocznego rozumienia. W konsekwencji Izba nakazała modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie sformułowania wskazanego w sentencji wyroku. Natomiast wniosek o nakazanie modyfikacji postanowień PFU w pkt 1.5.d nie został uwzględniony. Izba nie stwierdziła w tym zakresie sprzeczności zapisów tego punktu z przepisami prawa i uznała za dopuszczalne ujęcie w zryczałtowanej cenie kontraktowej wszelkich kosztów wynikających z ewentualnego wyjścia poza linie określone w Decyzji Środowiskowej z 2009 r. zważywszy, że zapis ten nie przewiduje ponoszenia przez wykonawcę kosztów nabycia nieruchomości.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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).

.....