

Sygn. akt: KIO 2015/12

WYROK
z dnia 3 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 października 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2012 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, ul. Sikorskiego 156** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samorząd Województwa Białostockiego- Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonać zmiany treści siwz w rozdziale XV pkt 1 lit. n poprzez dookreślenie, że wykonawcę obciąża koszt dokonania zmian w dokumentacji projektowej wprowadzonych na wniosek wykonawcy z przyczyn od niego zależnych oraz poprzez wykreślenie z rozdziału XV pkt 6 zadania trzeciego rozpoczynającego się od „Po podpisaniu umowy z Zamawiający (...)” do „i przedmiarach.”

2. kosztami postępowania obciąża **Samorząd Województwa Białostockiego- Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6** i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, ul. Sikorskiego 156** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samorządu Województwa Białostockiego- Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego spółki z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, ul. Sikorskiego 156 kwotę 23 600 zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.

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 Białymstoku**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę i rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 645 na odcinku granica województwa – Nowogród i drogi wojewódzkiej nr 648 z podziałem na 7 zadań zostało wszczęte przez Samorząd Województwa Białostockiego- Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w dniu 8 września 2012r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2012/S 173-285896.

W dniu 11 września 2012r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej <http://bip.pzdw.wrotapodlasia.pl> specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz).

W dniu 21 września 2012r. na treść siwz w zakresie Zadania 1A - Roboty budowlane związane z „Budową i rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 645 i Nr 648 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku granica województwa - ni. Nowogród” odwołanie wniósł wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, ul. Sikorskiego 156 – dalej odwołujący.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w treści siwz i załączonym do niej wzorze umowy, następujących przepisów ustawy:

1) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm dalej „ustawa”) poprzez niejednoznaczne i nie wyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wymaganie od wykonawców ponoszenia m.in. kosztów:

- przeprowadzenia spraw formalno - prawnych z właścicielami terenu nie będącymi właścicielami pasa drogowego drogi wojewódzkiej w tym terenów właścicieli prywatnych (rozd. III, pkt.8.4) lit.a),
- zmian w dokumentacji projektowej, niezależnie od przyczyn takich zmian (rozd. XV, pkt. 1 n),
- robót nie wynikających z dokumentacji projektowej i opisu przedmiotu zamówienia (rozd. XV, pkt. 1 q),

2) art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy poprzez niejednoznaczne i nie wyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z

naruszeniem zasady nie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny poprzez obciążenie wykonawców ryzykiem związanym z błędami, pomyłkami i rozbieżnościami w dokumentacji projektowej (rozdz. XV, pkt.2), ustaleniem ceny ryczałtowej niezależnie od ilości wykonanych przez wykonawcę robót (rozdz. XV, pkt.3 i 4) oraz wymaganie od wykonawców, aby w ramach wynagrodzenia ryczałtowego ponosili koszty wynikające z błędów w dokumentacji projektowej, niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia (rozdz. XV, pkt.5 i 6),

3) art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy poprzez umieszczenie we wzorze umowy (§3 ust.4,5 i 6), stanowiącym załącznik do siwz, postanowienia o konieczności wykorzystania przez wykonawcę przy ustalaniu wynagrodzenia ofertowego „wszelkich środków” mających na celu ustalenie wysokości wynagrodzenia obejmującego całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia i usunięcia rozbieżności w dokumentacji na etapie postępowania wyjaśniającego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne,

4) art. 5, 353(1), 487 § 2 i 649 oraz Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy - poprzez:

- ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, poprzez obciążenie wykonawcy karami umownymi za nieokreślone przypadki odstąpienia od umowy (§8 ust. 1 pkt.5, ust. 2 i ust.4 umowy), przy jednoczesnym ograniczeniu odpowiedzialności w postaci kar umownych zamawiającego i możliwości dochodzenia przez niego odszkodowania uzupełniającego ,

- zawarcie postanowienia o jednostronnym narzucaniu przez zamawiającego terminów usuwania wad w okresie gwarancji (§9 ust. 6),

- wprowadzenie możliwości wstrzymania robót przez zamawiającego na koszt i ryzyko wykonawcy w sytuacji bliżej nieokreślonego naruszenia obowiązków przez wykonawcę (§25 umowy),

- nierówność stron umowy w zakresie dotyczącym postanowień o możliwości odstąpienia od umowy oraz uzależnienie prawa do wynagrodzenia za roboty wykonane w trakcie realizacji umowy jedynie w sytuacji, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn zależnych od Zamawiającego (§32 ust. 1 , 2 i 4 umowy),

- nie zamieszczenie w umowie obowiązku zmiany terminu (przedłużenia realizacji) w przypadku konieczności wykonania robót nie objętych dokumentacją projektową (robót dodatkowych) oraz zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany podatku VAT, w zakresie objętym tą zmianą.

Odwołujący wniosk o: nakazanie zamawiającemu modyfikacji siwz, w tym załączonego do tej siwz wzoru umowy i wynikającej z tej modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu , poprzez wprowadzenie zmian uwzględniających usunięcie wskazanych wyżej naruszeń, t.i.:

1) opisanie przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby zakres obowiązków wykonawcy był skonkretyzowany i wynikający z dokumentacji projektowej, w tym wyłączenie z zakresu obowiązków wykonawcy ponoszenia m.in. kosztów:

- przeprowadzenia spraw formalno - prawnych z właścicielami terenu niebędącymi właścicielami pasa drogowego drogi wojewódzkiej w tym terenów właścicieli prywatnych (rozdz. III, pkt.8.4) lit.a siwz), ponieważ realizacja tych obowiązków wymaga zgód osób trzecich i nie jest zależna od wykonawcy;

- wyłączenie z kosztów obciążających wykonawcę kosztów zmian dokumentacji projektowej, w szczególności gdy zmiany takie będą konieczne z przyczyn niezależnych od wykonawcy (rozdz. XV, pkt.1 n siwz);

- wyłączenie z obowiązków wykonawcy robót nie wynikających z dokumentacji projektowej i opisu przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności robót opisanych w rozdz. XV, pkt.1 q siwz;

2) dokładne opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny w sposób eliminujący obciążenie wykonawcy ryzykiem związanym z błędami, pomyłkami i rozbieżnościami w dokumentacji projektowej (rozdz. XV, pkt.2) i ustalenie ceny ryczałtowej zależnej od rodzaju i ilości wykonanych przez wykonawcę robót objętych dokumentacją projektową (rozdz. XV, pkt.3 i 4) oraz nieobciążanie wykonawcy ryzykiem wynikającym z niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia, (rozdz. XV, pkt.5 i 6);

3) wyłączenia z wzoru umowy (§3 ust.4,5 i 6), stanowiącym załącznik do siwz, postanowienia o konieczności wykorzystania przez wykonawcę przy ustalaniu wynagrodzenia ofertowego „wszelkich środków” mających na celu ustalenie wysokości wynagrodzenia obejmującego całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia i usunięcia rozbieżności w dokumentacji na etapie postępowania wyjaśniającego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne, z uwagi na obowiązek zamawiającego dokładnego opisu przedmiotu zamówienia i brak możliwości po stronie Wykonawcy zauważenia błędów i rozbieżności w dokumentacji, w tym sprawdzania tej dokumentacji „wszelkimi środkami”;

4) ukształtowania warunków umowy w sposób zgodny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, poprzez wyłączenie obciążenia wykonawcy karami umownymi za nieokreślone przypadki odstąpienia od umowy (§8 ust. 1 pkt.5, ust. 2 i ust.4 umowy), przy jednoczesnym ograniczeniu odpowiedzialności w postaci kar umownych zamawiającego i możliwości dochodzenia przez niego odszkodowania uzupełniającego ,

5) zastąpienie postanowienia o jednostronnym narzucaniu przez zamawiającego terminów usuwania wad w okresie gwarancji (§9 ust. 6), terminem uzgodnionym i technologicznie uzasadnionym;

6) wyłączenie postanowienia o wprowadzeniu możliwości wstrzymania robót przez zamawiającego na koszt i ryzyko wykonawcy w sytuacji bliżej nieokreślonego naruszenia obowiązków przez wykonawcę (§25 umowy),

7) wyeliminowanie nierówności stron umowy w zakresie dotyczącym postanowień o możliwości odstąpienia od umowy oraz nie uzależnianie prawa do wynagrodzenia za roboty wykonane w trakcie realizacji umowy od przyczyn odstąpienia od umowy i strony odstępującej (§32 ust. 1 , 2 i 4 umowy);

8) zamieszczenie w umowie obowiązku zmiany terminu (przedłużenia realizacji) w przypadku konieczności wykonania robót nie objętych dokumentacją projektową (robót dodatkowych) oraz obowiązku zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany podatku VAT, w zakresie objętym taką zmianą.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 29 ustawy 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. W szczególności przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, pozostawiając wykonawcy konieczność jego weryfikacji przed lub w trakcie wykonywania robót, (orzeczenie KIO UZP z 20.06.2008r, KIO UZP 540/08, KIO UZP 541/08). Zatem obowiązek wykonawcy robót nie dotyczy przewidzenia w ofercie (a więc i wynagrodzeniu) robót nie ujętych w opisie przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (art.31 ust.1 Pzp). Odmienne postanowienia siwz, obarczające wykonawcę ryzykiem powstania robót nie ujętych w dokumentacji projektowej, są nieważne jako sprzeczne z ustawą - prawem zamówień publicznych (art. 58 kc).

W ocenie odwołującego wskazane wyżej postanowienia siwz oraz wzoru umowy na wykonanie zamówienia stanowią naruszenie postanowień ustawy.

Zgodnie z art. 14 ustawy, o ile inaczej nie regulują przepisy tej ustawy, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, a na mocy art. 139 ust. 1 ustawy w zakresie nie uregulowanym w tej ustawie przepisy kodeksu cywilnego stosuje się również do umów w sprawach zamówień publicznych.

Do istoty stosunku zobowiązaniowego wzajemnego należy równość podmiotów i ekwiwalentność świadczeń.

Przedstawione wyżej postanowienia wzorca umowy przekraczają zakres swobody umów zawarty w art. 353(1) kodeksu cywilnego i prowadzą do zaprzeczenia zasadzie ekwiwalentności świadczeń w umowie wzajemnej, o której mowa w art. 487 §2 kodeksu cywilnego, a taki charakter powinna mieć umowa (umowa o roboty budowlane) zawarta w

trybie niniejszego postępowania. W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się zgodnie, że brak zachowania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego będącego jego właściwością, pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów, o jakiej mowa w art. 353(1) kc oraz że postanowienia umowy wzajemnej nie mogą naruszać zasady ekwiwalentności świadczeń (wyrok SN II CK 378/05 z 26.01.2006r.,LEX 17222; wyrok SN IV CK 162/05 z 13.10.2005r., LEX 186899; wyrok SN V CK 670/03 z 8.10.2004r. OSNC 2005/9/162). Postępowanie zamawiającego, polegające m.in. na narzucaniu niekorzystnych postanowień wykonawcom, należy uznać nadto za niezgodne z art. 5. kodeksu cywilnego, zgodnie z którym to postanowieniem nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony i jest uważane za nadużycie prawa.

Odwołanie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu odwołującego ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 21 września 2012r.

W dniu 24 września 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania poprzez zamieszczenie jego kopii na stronie internetowej zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 2 października 2012r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie z załączoną do odpowiedzi fakturą VAT.

W uzasadnieniu tego stanowiska zamawiający podniósł, że postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego jest prowadzone prawidłowo, a część zarzutów stawianych zamawiającemu w odwołaniu od treści siwz nie znajduje uzasadnienia.

Wskazał, że zarzuty zostały sformułowane w sposób ogólnikowy i nie zostały dostatecznie uzasadnione. Jednocześnie odwołujący nie wskazał sposobu, w jaki jego zdaniem sporne postanowienia siwz oraz umowy miałyby być zmienione. W związku z tym uzasadnione jest potraktowanie tych zarzutów jako zwrócenie się o wyjaśnienie treści siwz o którym mowa w art. 38 PZP. Przed wniesieniem odwołania takie wystąpienie nie miało miejsca.

Zamawiający oświadczył, że po otrzymaniu odwołania dokonał zmiany niektórych zapisów projektu umowy oraz siwz. Wobec tego, rozpoznanie wymaga jedynie części zarzutów odwołującego.

Odnosnie zarzutu związanego z rozdziałem III pkt. 8.4 lit. a siwz zamawiający wskazał, że sytuacje opisane w siwz dotyczą takich potencjalnych zdarzeń jak obowiązek ponoszenia

przez wykonawcę kosztów związanych z czasowym zajęciem terenu osób prywatnych (wykonawca umieszcza maszyny poza obszarem pasa drogowego w celu wykonania prac; również czasowe zajęcia terenu związane z przestawianiem słupów energetycznych i innych, ewentualne wybudowanie tymczasowej drogi dojazdowej na terenach o słabych gruntach). W takich przypadkach konieczne jest przeprowadzenie spraw formalno - prawnych z właścicielami takich terenów. Według zamawiającego, nie sposób jest twierdzić, iż obciążenie tymi czynnościami wykonawcy stanowi naruszenie zasady nie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Podobnie nie naruszają tej zasady wymogi dokonania zmian w dokumentacji projektowej wprowadzonych na wniosek wykonawcy (Rozdz. XV, pkt 1 n), siwz). W zakresie zarzutu co do rozdz. XV, pkt 1 q) siwz, to jest on niezasadny, bo ten punkt siwz odnosi się do kosztów wynikających z umowy oraz siwz nie wymienionych enumeratywnie w tym punkcie. Nie można jednak powiedzieć, że są to koszty, które nie wynikają z dokumentacji projektowej oraz opisu przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do zarzutów dotyczących rozdziału XV pkt 2 – 6 siwz zamawiający podniósł, że zarzuty są nieuzasadnione. Wskazał, iż opisane postanowienia siwz odnoszą się do wielu potencjalnych sytuacji, z którymi związany może być każdy wykonawca robót budowlanych. Każdy wykonawca przed złożeniem oferty ma możliwość zgłaszania pytań i wątpliwości do wszelkich kwestii związanych z udzielanym zamówieniem. Na tym etapie można jeszcze wykryć i naprawić ewentualne błędy. W tym momencie wykonawca powinien zatem wykryć błędy czy nieścisłości w dokumentacji i dokonać oceny tych dokumentów. Odzwierciedleniem oceny powinno być takie ustalenie ceny ryczałtowej robót wskazywanej w ofercie, aby obejmowała ona wszelkie konieczne do wykonania prace. Do istoty wynagrodzenia ryczałtowego należy to, iż jest ono ustalane w wysokości z góry określonej nie mają wpływu na jego wysokość rzeczywiście wykonane prace. Nie „wyłapanie” błędów czy nieścisłości na etapie postępowania o udzielenie zamówienia może zatem skutkować obciążeniem wykonawcy kosztami poprawy dokumentacji projektowej na etapie realizacji inwestycji.

W zakresie zarzutów dotyczących wzoru umowy zamawiający wskazał, że wykonawca powinien dokonywać wszelkich czynności związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością, która dodatkowo związana jest z profesjonalnym charakterem działalności wykonawców jako podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. W związku z tym oczywistym jest, iż wykonawca powinien wykorzystać wszystkie dostępne środki w celu weryfikacji prawidłowości projektu i oceny, jaka kwota wskazana jako cena ryczałtowa będzie adekwatna do kosztów koniecznych działań związanych z realizacją zamówienia. W tym kontekście wskazany zarzut związku z § 3 wzoru umowy jest chybiony. Zarzuty dotyczące kar umownych pozostały aktualne tylko w

części, bowiem zamawiający zdecydował o usunięciu postanowienia umownego, które w pierwotnym tekście umowy zostało oznaczone jako § 8 ust. 1 pkt 5 oraz zmiany § 8 ust. 4 poprzez przyznanie prawa do żądania odszkodowania uzupełniającego w przypadku zapłaty kar umownych każdej ze stron. Natomiast zarzuty co do § 8 ust. 4 są bezzasadne i niezrozumiałe. Postanowienie to ustanawia zapłatę kary umownej przez Zamawiającego na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i to w wysokości 10 % wynagrodzenia netto, zatem jest to postanowienie korzystne dla Odwołującego. Niezrozumiałe jest skarżenie tego przepisu.

Zarzut jednostronnego narzucania przez zamawiającego terminów usuwania wad w okresie gwarancji z punktu 4 tiret 2 odwołania wynika z niezrozumienia postanowienia § 9 ust. 6 umowy. Termin na usunięcie wad powstałych z przyczyn zawinionych przez wykonawcę określono w tym postanowieniu co do zasady na 14 dni od dnia protokolarnego stwierdzenia wad, chyba, że z przyczyn technicznych dotrzymanie 14sto dniowego terminu nie będzie możliwe. Jeżeli dotrzymanie tego terminu nie byłoby możliwe wówczas na mocy tego postanowienia zamawiający ma obowiązek wyznaczyć inny, stosowny termin. Takie rozumienie tego postanowienia czyni stawiane w tym zakresie zarzuty niezasadnymi.

Również zarzuty co do § 25 umowy są niezasadne. W sytuacji, w której wykonawca z własnej winy zaniedbuje obowiązki wynikające z umowy, koniecznym jest zapewnienie zamawiającemu możliwości wstrzymania prac, którego skutki obciążą wykonawcę. Niezbędne jest to zwłaszcza w sytuacji, gdy wykonawca wykonuje umowę w sposób wadliwy i gdy jest to stwierdzone przez zamawiającego. W takiej sytuacji zamawiający musi mieć środek pozwalający mu zminimalizować ewentualne negatywne następstwa wadliwych działań wykonawcy. W zakresie § 32 wzoru umowy w określonych przypadkach prawo do odstąpienia od umowy zastrzeżono zarówno zamawiającemu jak i wykonawcy. Z uwagi na fakt, iż to wykonawca ma w przedmiotowej umowie więcej obowiązków, wyszczególniono również więcej przypadków uzasadniających odstąpienie od umowy. Nie oznacza to jednak, że występuje nierówność stron w zakresie możliwości odstąpienia. Co do prawa do wynagrodzenia za roboty wykonane w trakcie realizacji umowy jedynie w sytuacji, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn zależnych od zamawiającego. Należy podkreślić, że taka sytuacja nie wystąpiła w rzeczywistości, bowiem w treści § 32 ust. 4 pkt 2) umowy zawarto zastrzeżenie, iż w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyna za które wykonawca nie odpowiada zamawiający ma obowiązek wypłaty wynagrodzenia za wykonane roboty. Ponadto należy zauważyć, że do odstąpienia od umowy znajdują zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego zgodnie z którymi w wypadku odstąpienia od umowy strony są zobowiązane do dokonania rozliczeń za już wykonane prace.

Całkowicie bezzasadny jest zarzut odnośnie braku w treści umowy postanowień dotyczących zmiany terminu realizacji w przypadku konieczności robót nie objętych dokumentacją

projektową (dodatkowych) oraz zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT w zakresie objętym tą zmianą. Należy zauważyć, że w tekście umowy stanowiącym załącznik do siwz kwestie te zostały uregulowane odpowiednio w § 33 ust. 1 pkt 8 umowy oraz w § 33 ust. 1 pkt 2, 3 i 10 zgodnie z uwagami odwołującego. Odpowiedź na odwołanie została podpisana przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 kwietnia 2010r. udzielonego przez dyrektora zamawiającego, zgodnie z uchwałą nr 190/2897/09 Zarządu Województwa Podlaskiego z dnia 20 października 2009r.

Na rozprawie odwołujący odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie skonkretyzował swoje stanowisko w sposób następujący :

- w zakresie rozdziału III pkt.8.4 lit. a wniósł o wykreślenie tego postanowienia w całości,
- w zakresie rozdziału XV pkt. 1 lit. q wniósł o wykreślenie postanowienia w całości
- w zakresie rozdziału XV pkt 1 litery n domagał się wprowadzenia zapisu, iż chodzi tu o skalkulowanie kosztów dokonania zmian dokumentacji projektowej, wprowadzonych na wniosek wykonawcy, z przyczyn od niego zależnych.
- zrezygnował ze swoich żądań w zakresie pkt.2 rozdziału XV.
- w zakresie pkt.3 rozdziału XV domagał się wykreślenia zdania 1 „cena ofertowa powinna uwzględniać ryzyko wykonawcy” oraz wykreślenia ze zdania 2 słów „niezależnie od rozmiaru robót budowanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawców kosztów ich realizacji dla przedmiotowego zadania”
- w zakresie pkt.4 rozdziału XV domagał się jego wykreślenia w całości,
- w zakresie pkt.5 rozdziału XV także domagał się wykreślenia,
- z pkt.6 rozdziału XV domaga się wykreślenia w całości zdania 3.

W zakresie umowy swoje żądania odwołujący skonkretyzował w sposób następujący :

- w §3 ust.4 domagał się wykreślenia słów „wykorzystał wszelkie środki mające na celu ustalenie wysokości” i zastąpienie ich słowami „ustalił wysokość”.
- w zakresie ust. 5 § 3 domagał się wykreślenia ostatniego zdania,
- w ust. 6 § 3 domagał się wykreślenia słów „innych świadczeń niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia”,
- co do § 8 ust.1 pkt.5 domagał się wykreślenia jego w całości
- w zakresie ust. 2 § 8 domagał się zmiany postanowienia dotyczącego obowiązku zapłaty przez zamawiającego kary umownej z tytułu odstąpienia, na okoliczności zależne od zamawiającego,
- w zakresie ust.4 cofnął podniesione zarzuty.

- w zakresie § 9 wnosi o zmianę w ust.6 poprzez wprowadzenie po słowach „(...) możliwe technicznie” alternatywy rozłącznej „albo” i wprowadzenie zamiast „innego terminu wskazanego przez Zamawiającego”, „innego terminu uzgodnionego przez strony”,
- domagał się wykreślenia § 25
- w zakresie § 32 domagał się w ust. 1 pkt. 2 dodania litery c uprawniającej wykonawcę do odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od zamawiającego z powodu, których wykonawca nie będzie mógł kontynuować robót (w skutek wad dokumentacji projektowej),
- co do ust 2 § 32 cofnął swoje żądania.
- w zakresie ust. 4 domagał się wykreślenia słów „z przyczyn, za które wykonawca nie odpowiada”

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie kosztów postępowania na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że zamawiający w zakresie spornym w siwz zawarł następujące postanowienia :

W Rozdziale III pkt. 8.4 lit. a siwz – Opis przedmiotu zamówienia Obowiązki wykonawcy w zakresie realizacji robót :

- 4) “Uwzględnienie w cenie ryczałtowej oferty ewentualnych kosztów związanych z właściwym odwodnieniem korpusu drogowego (w tym sprawy formalno-prawne oraz koszt wykonania robót) poprzez:
 - a) Przeprowadzenie spraw formalno - prawnych z właścicielami terenu niebędącymi właścicielami pasa drogowego drogi wojewódzkiej w tym terenów właścicieli prywatnych”

W Rozdziale IV Termin wykonania zamówienia w pkt. 6 „Jeśli w wyniku prowadzonych prac archeologicznych lub innych okoliczności wystąpią opóźnienia w robotach, Wykonawca może wystąpić do Zamawiającego o wydłużenie czasu wykonywania robót wynikłych z przyczyn od niego niezależnych, nie więcej jednak, niż o czas trwania tych prac lub okoliczności. Zmianę terminu realizacji zamówienia ustala i zatwierdza Zamawiający. Wykonawca nie może dochodzić roszczeń z tytułu zmiany terminu realizacji zamówienia.”

W Rozdziale XV OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY

Pkt 1 „Cena ryczałtowa oferty powinna obejmować pełny zakres robót określonych w części III siwz i uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia – zgodnie z załączoną dokumentacją projektową i SST oraz zawierać:

Lit. j. dla ewentualnych uzasadnionych roszczeń osób trzecich, dokonanie wszelkich niezbędnych napraw własności tych osób (terenu, dojazdów, nieruchomości, rzeczy), które powstaną w wyniku robót związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Z tego tytułu Wykonawca nie będzie rościł praw do dodatkowego wynagrodzenia.

Lit. k. Odszkodowanie lub naprawę w przypadku nieprzewidzianego naruszenia własności osób trzecich, w tym ogrodzeń posesji. Wykonawca ma obowiązek, w uzgodnieniu z właścicielem posesji, dokonać ich odbudowy – koszt odbudowy pokrywa Wykonawca

Lit. l. uszkodzenia istniejącego uzbrojenia, koszt ewentualnych napraw ponosi Wykonawca.

Lit. n. koszt dokonania zmian w dokumentacji projektowej wprowadzonych na wniosek Wykonawcy. W takim przypadku wszelkie kwestie formalne wymagane Prawem Budowlanym jak też koszt wprowadzenia tych zmian leżą w gestii Wykonawcy. Zmiana taka wymaga akceptacji Projektanta, Kierownika Zespołu Nadzorującego oraz akceptacji przez osobę odpowiedzialną za Projekt ze strony Zamawiającego i zatwierdzenia przez Zamawiającego.

Lit. q. inne koszty wyżej nie wymienione, wynikające z warunków zawartej umowy, siwz oraz obowiązków określonych dla Wykonawcy.”

Pkt. 2 “W celu określenia ceny ofertowej ryczałtowej za przedmiot zamówienia Wykonawca winien przedłożyć kosztorysy ofertowe (dołączone do siwz). Kosztorysy ofertowe będą materiałem pomocniczym Wykonawcy i Zamawiającego umożliwiającym: sporządzenie harmonogramu, określenie rodzaju, ilości wykonanych i odebranych robót oraz określenia płatności na koniec okresu rozliczeniowego. Wykonawca winien zgłosić w trakcie postępowania przetargowego wszelkie zauważone błędy, pomyłki, rozbieżności w dokumentacji projektowej i wystąpić do zamawiającego o wyjaśnienie.”

Pkt. 3 „Cena ofertowa powinna uwzględniać ryzyko Wykonawcy. Cena oferty stanowić będzie ryczałtowe i ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji dla przedmiotowego zadania. Płatność za wykonane i odebrane roboty będzie określana na podstawie rzeczywistego zaawansowania robót i fakturowana na podstawie dokumentów rozliczeniowych (Protokołu odbioru robót, tabeli rozliczeniowej wykonania i zaawansowania robót, rozliczenia robót)

zaakceptowanych przez Kierownika Zespołu Nadzorującego, Osobę Odpowiedzialną za Projekt ze strony Zamawiającego”

Pkt. 4 „Za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca.”

Pkt. 5 „Przedmiary robót, dołączone do niniejszej siwz, są wyłącznie dokumentem pomocniczym, z którego wykonawca może skorzystać, ale nie ma takiego obowiązku.”

Pkt. 6 „W wyniku nieuwzględnienia okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia Wykonawca ponosić będzie skutki błędów w ofercie. Od Wykonawcy wymagane jest bardzo szczegółowe zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, a także sprawdzenie warunków wykonania zamówienia - skalkulowania ceny oferty z należytą starannością. Po podpisaniu umowy z Zamawiającym Wykonawca nie może wykorzystywać na swoją korzyść dwuznacznych zapisów oraz dochodzić dodatkowych roszczeń wynikających z tytułu m. in.: błędów w ofercie, w dokumentacji projektowej i technicznej, niedoszacowania w przedmiarach i kosztorysach Zamawiającego i sporządzonych na ich podstawie kalkulacji własnych oraz innych zapisów zawartych w treści: umowy, oferty, siwz, SST, dokumentacji projektowej i przedmiarach.

We wzorze umowy zawarto następujące postanowienia :

W § 3 Wynagrodzenie za przedmiot zamówienia

Ust. 4 „Wykonawca określając wynagrodzenie ryczałtowe oświadcza, że na etapie przygotowywania oferty zapoznał się z terenem budowy i wykorzystał wszelkie środki mające na celu ustalenie wysokości wynagrodzenia obejmującego całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.”

Ust. 5. „Kosztorys ofertowy Wykonawcy stanowi jedynie materiał pomocniczy do określenia wartości robót. Służy on wyłącznie do określenia cen jednostkowych określonych elementów robót i rodzaju oferowanych materiałów oraz do rozliczeń częściowych wykonanych robót. Nie służy on do rozliczenia rzeczowego zakresu wykonanych robót w przypadku ewentualnego żądania przez Wykonawcę dodatkowej zapłaty, jeżeli na etapie wykonawstwa stwierdzi, że dokonał błędnego przedmiaru robót lub błędnie przyjął technologie robót. Wszystkie rozbieżności w dokumentacji zostały wyjaśnione i usunięte na etapie przeprowadzonego postępowania przetargowego.”

Ust. 6 „Wynagrodzenie za przedmiot zamówienia obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem i odbiorem przedmiotu zamówienia i innych świadczeń niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.”

W § 8 Kary umowne

Ust. 1 „Wykonawca zapłaci kary umowne:

Pkt 5 w innych niż określone w pkt 1 - 4 przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez Wykonawcę – w wysokości 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 2 niniejszej umowy.”

Ust. 2. „Zamawiający zapłaci kary umowne w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność w wysokości 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa § 3 ust. 2 niniejszej umowy, z zastrzeżeniem § 32 ust. 1 pkt 1.”

Ust. 4. „Jeżeli wysokość zastrzeżonych kar umownych nie pokrywa poniesionej szkody, Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego.”

W § 9 Odpowiedzialność Wykonawcy za wady przedmiotu zamówienia po zakończeniu robót

Ust. 6 „W okresie gwarancji Wykonawca zobowiązuje się do bezpłatnego usunięcia wad powstałych z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę w terminie 14 dni od dnia ich protokolarnego stwierdzenia, jeżeli będzie to możliwe technicznie lub w innym terminie wskazanym przez Zamawiającego. O przystąpieniu do usunięcia wad Wykonawca powiadamia pisemnie Kierownika Zespołu Nadzorującego i osobę odpowiedzialną za Projekt ze strony Zamawiającego, na 3 dni robocze przed rozpoczęciem robót.”

W § 25

„Niedotrzymanie z winy Wykonawcy któregokolwiek z obowiązków określonych w niniejszej umowie może skutkować wstrzymaniem przez Zamawiającego realizacji zamówienia a wszelkie skutki takiego wstrzymania obciążą Wykonawcę zgodnie z § 8 ust. 1 niniejszej umowy.”

W § 32 Odstąpienie od realizacji umowy

Ust. 1 „Strony postanawiają, że przysługuje im prawo odstąpienia od umowy w następujących wypadkach:

- 1) Zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli:
 - a) zostanie ogłoszona upadłość Wykonawcy lub rozwiązanie firmy,
 - b) zostanie wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy,
 - c) Wykonawca bez uzasadnionych przyczyn nie rozpoczął robót przez okres 28 dni, pomimo pisemnego wezwania Zamawiającego,
 - d) Wykonawca przerwał realizację robót bez uprzedniego uzgodnienia z Zamawiającym i nie kontynuuje ich przez okres 28 dni, pomimo pisemnego wezwania Zamawiającego,

- e) jeżeli Wykonawca nie wykonuje robót zgodnie z umową i projektem budowlanym lub też nienależyte wykonuje zobowiązania umowne,
- f) jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem robót, tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w terminie określonym umową,
- g) wysokość kar umownych przekracza 30% wartości umownej netto.
- h) w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W takim wypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy.

2) Wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli:

- a) Zamawiający odmawia bez uzasadnionych przyczyn odbioru robót,
- b) Zamawiający zawiadomi Wykonawcę, że na skutek zaistnienia nieprzewidzianych uprzednio okoliczności nie będzie mógł się wywiązać z zobowiązań umownych.”

Ust. 2 „Odstąpienie od umowy powinno nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności takiego oświadczenia z podaniem uzasadnienia w terminie 14 dni od powzięcia informacji o okolicznościach będących podstawą odstąpienia z zastrzeżeniem ust. 1 pkt. 1 lit. h.”

Ust. 4 „W razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, Zamawiający przyjmuje następujące obowiązki szczególne:

- 1) dokonanie odbioru robót wykonanych do dnia odstąpienia od umowy,
- 2) zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty,
- 3) pokrycie udokumentowanych kosztów poniesionych przez Wykonawcę w szczególności odkupienie materiałów i urządzeń przeznaczonych na realizację przedmiotu zamówienia,
- 4) przejęcie placu budowy.”

W § 33 Zmiany do umowy zawarto w ust. 1 katalog okoliczności umożliwiających wprowadzenie zmian w umowie i zaliczono do nich :

- 1) zmiany adresu/siedziby Zamawiającego/Wykonawcy oraz innych danych ujawnionych w rejestrach publicznych,
- 2) wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy skutkujących niemożliwością dotrzymania terminu określonego w § 2 ust. 2 i 3, nie więcej jednak, niż o czas trwania tych okoliczności;
- 3) przerw w realizacji robót, powstałych z przyczyn zależnych od Zamawiającego;

- 4) zlecenia robót zamiennych, jeżeli terminy ich zlecenia, rodzaj lub zakres, uniemożliwiają dotrzymanie pierwotnego terminu umownego;
- 5) gdy realizacja zamówienia obejmie drugi i kolejne okresy zimowe, nie więcej jednak, niż o czas trwania tych okoliczności;
- 6) zmiany spowodowane warunkami atmosferycznymi w szczególności warunki atmosferyczne odbiegające od typowych, uniemożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia;
- 7) zmiany spowodowane siłą wyższą uniemożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia;
- 8) zmiany obowiązującej stawki podatku od towarów i usług (VAT);
- 9) zmiany podwykonawcy pod warunkiem odpowiedniego zgłoszenia i po akceptacji Zamawiającego;
- 10) innych przyczyn zewnętrznych niezależnych od Zamawiającego i Wykonawcy skutkujących niemożliwością wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z umową,
- 11) wprowadzenia zmian w stosunku do dokumentacji projektowej na wykonanie robót zamiennych nie wykraczających poza zakres przedmiotu zamówienia w sytuacji konieczności zwiększenia bezpieczeństwa realizacji robót budowlanych, usprawnienia procesu budowy bądź usunięcia wad ukrytych w dokumentacji projektowej i uzyskania założonego efektu użytkowego oraz zmiany obowiązujących przepisów prawa,
- 12) gdy jest to korzystne dla Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust.2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest przedsiębiorcą realizującym roboty będące przedmiotem zamówienia, zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Może ponieść szkodę z powodu niemożności złożenia oferty konkurencyjnej w postępowaniu i niemożności uzyskania zamówienia, a zatem braku możliwości uzyskania zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy poprzez niejednoznaczne i nie wyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na

sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wymaganie od wykonawców ponoszenia m.in. kosztów:

- przeprowadzenia spraw formalno - prawnych z właścicielami terenu nie będącymi właścicielami pasa drogowego drogi wojewódzkiej w tym terenów właścicieli prywatnych (rozd. III, pkt.8.4) lit.a),
- zmian w dokumentacji projektowej, niezależnie od przyczyn takich zmian (rozd. XV, pkt. 1 n),
- robót nie wynikających z dokumentacji projektowej i opisu przedmiotu zamówienia (rozd. XV, pkt. 1 q).

Zarzut zasługuje na uwzględnienie jedynie w odniesieniu do postanowień siwz w zakresie pkt. XV pkt. 1 lit. n siwz. To postanowienie siwz nie precyzuje, wbrew stanowisku zamawiającego, jakie koszty zmian w dokumentacji projektowej ma wykonawca uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym. Koszty te bowiem uzależniono jedynie od podmiotu wnoszącego o potrzebie dokonania zmian w dokumentacji projektowej, to jest od złożenia wniosku przez wykonawcę, nie jest to jednak równoznaczne z tym, że koszt zmian w dokumentacji projektowej są wynikiem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. W ocenie Izby zmiany w dokumentacji projektowej mogą wynikać z okoliczności zależnych od zamawiającego, zależnych od wykonawcy jak i niezależnych od żadnej ze stron i w każdym z tych przypadków wnioski o dokonanie zmian może pochodzić od wykonawcy. W ocenie Izby w granicach kosztów obciążających wykonawcę w związku z wykonaniem umowy powinny mieścić się koszty od wykonawcy zależne i wynikające z przyczyn od niego zależnych. Nie może natomiast obejmować ceną kosztów, które nie mieszczą w granicach opisu przedmiotu zamówienia, a powstały w toku realizacji robót budowlanych i wynikają z konieczności udzielenia zamówień dodatkowych lub uzupełniających. Tym samym uzasadnione jest żądanie odwołującego, aby zakres wynagrodzenia ryczałtowego obejmował koszty zmian w dokumentacji projektowej wprowadzone na wniosek wykonawcy z przyczyn od wykonawcy zależnych. Izba zwraca w tym miejscu uwagę stron na postanowienia art. 140 ust. 1 i 3 ustawy, z których wynika, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenia przedmiotu zamówienia zawarte w siwz, a zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie oraz z art. 82 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści siwz. Oznacza to, że pomiędzy przedmiotem zamówienia, przedmiotem oferty i przedmiotem umowy musi istnieć znak równości. Tym samym zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy opis przedmiotu zamówienia musi być jednoznaczny i wyczerpujący, zaś zamawiający nie może w ramach ceny ofertowej żądać skalkulowania

innych przedmiotów zamówienia niż wynikające z dokonanego przez niego opisu przedmiotu zamówienia, w przeciwnym bowiem przypadku dochodzi do sytuacji, w której narusza się przepisy o tożsamości umowy i oferty z przedmiotem zamówienia, a także dochodzi do obejścia przepisów o zamówieniach dodatkowych i uzupełniających. Z tego względu Izba uznała, że wykonawca może i powinien przyjąć na siebie koszt realizacji zmian w dokumentacji projektowej wynikających z okoliczności leżących po stronie wykonawcy, natomiast nie może przyjmować na siebie kosztów innych zdarzeń zależnych od zamawiającego czy niezależnych od stron umowy.

W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego postanowień siwz zawartych w rozdziale III pkt. 8.4 lit a i rozdziale XV pkt 1 lit. q Izba uznała podniesione zarzuty za niezasadne.

W zakresie zarzutu dotyczącego rozdziału III pkt. 8.4. lit. a siwz Izba uznała zarzut za niewykazany. Odwołujący uzasadniając żądanie wykreślenia tego postanowienia siwz wskazywał na brak możliwości określenia na etapie składania oferty jaki będzie zakres niezbędnych czynności formalnoprawnych tj. z iloma właścicielami prywatnymi będzie konieczne prowadzenia takich czynności, w jakim czasie uda się te czynności przeprowadzić, oraz jakie mogą być koszty takich czynności. Izba zbadała treść dokumentacji projektowej i stwierdziła, że zamawiający podał rodzaje gruntów, jakie występują na terenie projektowanej inwestycji, określił ilości i rodzaje rowów i innych urządzeń melioracyjnych niezbędnych dla wykonania, wskazał także działki, których taka sytuacja dotyczy, odwołujący nie kwestionował w tym zakresie danych zawartych w dokumentacji projektowej, nie wykazał także, że teren realizacji inwestycji jest nierozpoznany pod względem warunków odwodnienia terenu. Do wiedzy powszechnej należy to, że przeprowadzenie spraw formalnoprawnych związanych z odwodnieniem terenu może być rozciągnięte w czasie, ale na tę okoliczność zamawiający przewidział dopuszczalność wydłużenia terminu wykonania zamówienia na podstawie rozdziału IV pkt 6 siwz. Nadto odwołujący nie kwestionował postanowień siwz XV pkt. j- l, w ramach których przy obliczaniu ceny musi uwzględnić koszty roszczeń osób trzecich (w tym właścicieli prywatnych), które powstaną w wyniku robót związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Czynności odwodnienia terenu są niewątpliwie czynnościami związanymi z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia, a zatem koszty związane z roszczeniami osób trzecich w tym zakresie nawet w przypadku wykreślenia lit. a z rozdziału III pkt. 8.4. siwz i tak wykonawca byłby na mocy przedmiotowej siwz zobowiązany uwzględnić w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Z tych względów Izba uznała zarzut za niezasadny. W zakresie zarzutu dotyczącego lit. q pkt. 1 rozdziału XV siwz, Izba uznała zarzut za niezasadny, Izba przyznała w tym zakresie rację zamawiającemu, że wbrew stanowisku odwołującego, postanowienie siwz odnosi się do kosztów wynikających z umowy, siwz oraz obowiązków określonych dla wykonawcy. Przykładowo można wskazać na takie koszty nie wymienione w rozdziale XV,

które wynikają z rozdziału III np. z pkt 5.1. ppkt. 4 i 5 tj. koszty lokalizacji biura budowy, koszty łączności telefonicznej, a także z pkt 11 ppkt. 2 tj. koszty mediów na placu budowy i koszty zaplecza techniczno –biurowego. Te koszty mieszczą się w pojęciu innych kosztów nie wymienionych w rozdziale XV pkt 1 wynikających z postanowień siwz i obowiązków określonych dla wykonawcy. Granicą zakreślającą obowiązek uwzględnienia kosztu w cenie ryczałtowej jest to czy taki koszt wynika z umowy, postanowień siwz czy obowiązków wykonawcy. Tym samym wynagrodzenie ryczałtowe określone przez zamawiającego w lit. q pkt. 1 rozdziału XV siwz nie obejmuje kosztów , które mogą powstać w toku realizacji zamówienia, a które nie wynikają ani z umowy, ani z siwz, ani z obowiązków wykonawcy. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że postanowienia siwz są w tym zakresie jednoznaczne i wyczerpujące oraz nie utrudniają wykonawcom złożenia oferty. Z tego względu Izba nie uznała zarzutu za zasadny. Mając na uwadze fakt uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy przez zamawiającego w zakresie rozdziału XV pkt. 1 lit. n siwz Izba nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji tego postanowienia siwz poprzez ograniczenie obowiązku wykonawcy w zakresie wyceny zmian w dokumentacji projektowej do okoliczności zależnych od wykonawcy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy poprzez niejednoznaczne i nie wyczerpujące, bez dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, z naruszeniem zasady nie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, opisanie przedmiotu zamówienia i sposobu obliczania ceny poprzez obciążenie wykonawców ryzykiem związanym z błędami, pomyłkami i rozbieżnościami w dokumentacji projektowej (rozd. XV,pkt.2), ustaleniem ceny ryczałtowej niezależnie od ilości wykonanych przez wykonawcę robót (rozd. XV, pkt.3 i 4) oraz wymaganie od wykonawców, aby w ramach wynagrodzenia ryczałtowego ponosili koszty wynikające z błędów w dokumentacji projektowej, niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia (rozd. XV,pkt.5 i 6)

Zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie. Izba pominęła przy rozpatrywaniu zarzutu zarzut odnoszący się do obciążenia wykonawców ryzykiem związanym z błędami, pomyłkami i rozbieżnościami w dokumentacji projektowej tj. postanowienia siwz określonego w rozdziale XV pkt. 2, z uwagi na cofnięcie w tym zakresie żądań przez odwołującego na rozprawie. Zarzut w zakresie odnoszącym się do postanowień siwz zawartych w rozdziale XV pkt. 3-5 nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie kwestionował prawidłowości przyjętego przez zamawiającego charakteru wynagrodzenia tj. wynagrodzenia ryczałtowego. Zakres robót, który ma być objęty ceną ryczałtową, wynika z pkt. 1 rozdziału XV, który

stanowi, o tym, że cena powinna obejmować pełny zakres robót określonych w części III siwz i uwzględniać koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, zgodnie z dokumentacją projektową i SST. Tym samym obowiązek wyceny przez wykonawcę robót został przez zamawiającego ściśle powiązany z opisem przedmiotu zamówienia – rozdział III siwz oraz dokumentacją projektową i SST, to one wyznaczają rozmiar robót budowlanych i innych świadczeń oraz kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Cechą charakterystyczną wynagrodzenia ryczałtowego wynikającą z art. 632 kc jest zakaz podwyższania ceny ryczałtowej niezależnie od rozmiaru czy kosztów prac, choćby były one nieprzewidywalne w czasie zawarcia umowy. Tym samym skoro odwołujący nie kwestionuje przyjętego przez zamawiającego charakteru ceny ofertowej, to nie może skutecznie kwestionować postanowień siwz wynikających wprost z ustawowego charakteru tej ceny. W ocenie Izby pkt. 1 rozdziału XV stanowi przeniesienie na grunt przedmiotowej siwz postanowień art. 649 kc i wyznacza zakres robót i w tym zakresie wykonawca zgodnie z postanowieniami ust. 3 – 5 zobowiązany jest uwzględnić w cenie swoje ryzyka, ustalony przez niego na podstawie dokumentacji projektowej i SST rozmiar robót budowlanych i innych świadczeń oraz kosztów ponoszonych przez wykonawcę dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Również konsekwencją przyjętego przez zamawiającego i zaakceptowanego przez odwołującego wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że załączone do siwz przedmiary i kosztorysy zamawiającego nie mają dla wykonawcy wiążącego charakteru i mogą mieć jedynie znaczenie pomocnicze. Wykonawca jest związany bowiem zgodnie z art. 649 kc i pkt.1 rozdziału XV siwz dokumentacją projektową i SST i na podstawie tych dokumentów musi ustalić rozmiar, ilość i zakres robót niezbędnych do wykonania, ich koszt a także koszt innych świadczeń wymienionych w pkt. 1 rozdziału XV składających się na cenę ryczałtową. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy poprzez wprowadzenie do siwz postanowień pkt. 3-5 rozdziału XV siwz. Izba uwzględniła natomiast zarzut odwołania dotyczący pkt. 6 rozdziału XV uznając, że to postanowienie siwz utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający w zdaniu 3 pkt. 6 rozdziału XV siwz wyłączył swoją odpowiedzialność za opis przedmiotu zamówienia po podpisaniu umowy, a także odmówił wykonawcy po podpisaniu umowy prawa do interpretacji elementów tej umowy takich jak siwz, dokumentacja projektowa czy SST. W ocenie Izby takie działanie pozostaje w sprzeczności z zasadą tożsamości przedmiotu zamówienia, przedmiotu oferty i przedmiotu umowy i nie jest usprawiedliwione uzasadnione interesem zamawiającego. Postanowienie to pozostaje w sprzeczności z postanowieniem pkt.1 rozdziału XV ograniczającym zakres wyceny wynagrodzenia ryczałtowej do postanowień rozdziału III siwz, dokumentacji projektowej i SST oraz kosztów wymienionych w pkt. 1 rozdziału XV, co w konsekwencji prowadzi do niejednoznaczności postanowień siwz i znacząco utrudnia prawidłową wycenę oferty.

Sposób prowadzenia takiej wyceny powinien być przez zamawiającego jednoznacznie określony w opisie sposobu obliczenia ceny, w przeciwnym bowiem przypadku prowadzi do możliwości uzyskania ofert nieporównywalnych. Tym samym działanie zamawiającego przejawiające się we wprowadzeniu do treści siwz zdania 3 pkt 6 rozdziału XV narusza zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy, tym samym Izba uznała, że konieczne jest nakazanie zamawiającemu wykreślenia tegoż postanowienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy poprzez umieszczenie we wzorze umowy (§3 ust.4, 5 i 6), stanowiącym załącznik do siwz, postanowienia o konieczności wykorzystania przez wykonawcę przy ustalaniu wynagrodzenia ofertowego „wszelkich środków” mających na celu ustalenie wysokości wynagrodzenia obejmującego całość niezbędnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia i usunięcia rozbieżności w dokumentacji na etapie postępowania wyjaśniającego w trakcie postępowania o zamówienie publiczne.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Kwestionowane w tym zarzucie postanowienia wzoru umowy nie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia, ale sposobu obliczenia ceny, zatem nie mieszczą się w zakresie pojęciowym norm prawnych wynikających z art. 28 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 1 ustawy, zaś na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać o zarzutach, które nie zostały podniesione w odwołaniu stąd też nie jest władna konwalidować treść Zarzutu zmieniając jego podstawę faktyczną lub prawną.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 5, 353(1), 487 § 2 i 649 oraz Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy - poprzez:

- ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, poprzez obciążenie wykonawcy karami umownymi za nieokreślone przypadki odstąpienia od umowy (§8 ust. 1 pkt.5, ust. 2 i ust.4 umowy), przy jednoczesnym ograniczeniu odpowiedzialności w postaci kar umownych zamawiającego i możliwości dochodzenia przez niego odszkodowania uzupełniającego ,
- zawarcie postanowienia o jednostronnym narzucaniu przez zamawiającego terminów usuwania wad w okresie gwarancji (§9 ust. 6),
- wprowadzenie możliwości wstrzymania robót przez zamawiającego na koszt i ryzyko wykonawcy w sytuacji bliżej nieokreślonego naruszenia obowiązków przez wykonawcę (§25 umowy),

- nierówność stron umowy w zakresie dotyczącym postanowień o możliwości odstąpienia od umowy oraz uzależnienie prawa do wynagrodzenia za roboty wykonane w trakcie realizacji umowy jedynie w sytuacji, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn zależnych od Zamawiającego (§32 ust. 1, 2 i 4 umowy),
- nie zamieszczenie w umowie obowiązku zmiany terminu (przedłużenia realizacji) w przypadku konieczności wykonania robót nie objętych dokumentacją projektową (robót dodatkowych) oraz zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany podatku VAT, w zakresie objętym tą zmianą.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie rozpoznawała zarzutów związanych z naruszeniem przez zamawiającego art. 5, 353(1), 487 § 2 i 649 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy dotyczących postanowień umownych zawartych w § 8 ust. 4 i § 32 ust. 2 wzoru umowy na skutek cofnięcia w tym zakresie żądań przez odwołującego na rozprawie.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut odwołującego dotyczący § 8 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy, albowiem art. 483 kc nie zawiera obowiązku wskazania konkretnego czynienia lub zaniechania dłużnika, z którego wynika niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania pieniężnego. Zatem na gruncie art. 483 kc dopuszczalne jest określenie kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego w ogólności jak i określenie tej kary za konkretne przejawy niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Tym samym sam fakt nie określenia okoliczności stanowiącej niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jako podstawy naliczenia kary umownej nie stanowi naruszenia przepisów kodeksu cywilnego, tym samym argumentacja odwołującego przedstawiona na rozprawie nie zasługuje na uwzględnienie. Natomiast argumentacja odwołującego podniesiona w zakresie § 8 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy w odwołaniu nie dotyczy treści tego postanowienia, gdyż odnosi się do niedookreślenia przypadków odstąpienia od umowy, a nie do niewykonania czy nienależytego wykonania umowy. Fakt, iż zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że zdecydował o usunięciu tego postanowienia umownego nie ma wpływu na rozstrzygnięcie, gdyż zamawiający nie uwzględnił w tym zakresie zarzutów odwołania wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający nie przedstawił także dowodu na dokonanie jakichkolwiek zmian w treści siwz na skutek wniesionego odwołania. W zakresie zarzutu dotyczącego §8 ust. 2 wzoru umowy, Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Żądanie odwołania (sprecyzowane na rozprawie), w tym zakresie sprowadzało się do zmiany pojęcia przyczyn za które ponosi odpowiedzialność, na przyczyny zależne. W ocenie Izby zmiana taka nie wpływa w żaden sposób na możliwość dochodzenia przez wykonawcę kary umownej od zamawiającego, o której mowa w § 8 ust. 2 ustawy. Zastosowane przez zamawiającego pojęcie przyczyn za które ponosi

odpowiedzialność pokrywa się z pojęciami stosowanymi przez ustawodawcę na gruncie kodeksu cywilnego w zakresie przepisów art. 471 i następane kc regulujących skutki niewykonania zobowiązań. Odwołujący nie wykazał, jakie przypadki odstąpienia od umowy są zależne od zamawiającego, za które jednocześnie nie ponosi on odpowiedzialności. W ocenie Izby zgodnie z art. 473 kc można ponosić odpowiedzialność umowną za okoliczności od siebie niezależne np. na zasadzie słuszności, czy ryzyka, natomiast okoliczności zależne będą wiązały się zawsze w własnym działaniem lub zaniechaniem, stąd w ocenie Izby użyte w § 8 ust. 2 pojęcie jest szersze niż to na które zmiany domaga się odwołujący.

Zarzut związany z postanowieniem §9 ust. 6 wzoru umowy Izba uznała za niezasadny. Odwołujący domagał się zastrzeżenia terminu usunięcia wad dla obu stron umowy, na mocy ich wzajemnych uzgodnień. W ocenie Izby takie żądanie nie znajduje oparcia w przepisach kodeksu cywilnego, gdyż zgodnie z art. 656 kc do umów o roboty budowlane w zakresie rękojmi za wady wykonanego obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło. Zgodnie zaś z tymi przepisami tj. art. 637 kc termin na usunięcie wady należy do zamawiającego. Z tego względu § 9 ust. 6 wzoru umowy nie stoi w sprzeczności ani nie narusza przepisów zarzucanych zamawiającemu.

Zarzut w zakresie §25 nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że to postanowienie umowne jest ograniczone wyłącznie do zawinionego przez wykonawcę niewykonania obowiązków wynikających z umowy. Tym samym zamawiający nie jest upoważniony do wstrzymania realizacji zamówienia, w każdym przypadku, gdy stwierdzi, że wykonawca nie dotrzymuje swoich obowiązków umownych. Takie wstrzymanie możliwe jest tylko w sytuacji, gdy zamawiający jest w stanie wykazać zawinienie wykonawcy. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał w czym upatruje naruszenia zasady ekwiwalentności świadczeń stron umowy czy przekroczenia granic swobody kontraktowania przez zamawiającego. W ocenie Izby wstrzymanie robót nie nastąpi w sytuacji bliżej nieokreślonego naruszenia obowiązków przez wykonawcę ale tylko w sytuacji gdy w sposób zawiniony naruszy on obowiązki określone w §13 – 24 wzoru umowy. W ocenie Izby takie postanowienie nie narusza art. 5, 353(1), 487 § 2 i 649 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy.

Zarzuty odwołania dotyczące § 32 pkt. 1 nie są uzasadnione. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że wprowadzenie postulowanej przez odwołującego przesłanki odstąpienia usunie zarzucaną nierówność stron umowy. Ponadto w ocenie Izby zasada równości stron na gruncie umowy o zamówienie publiczne musi być rozpatrywana przez pryzmat interesu publicznego, któremu realizacja umowy ma służyć. W tej sytuacji odstąpienie od umowy przez wykonawcę z powodu wad dokumentacji projektowej nie daje się z tym interesem pogodzić. W interesie publicznym leży wykonanie umowy, a zatem jeśli to możliwe usunięcie wad w dokumentacji projektowej przez zamawiającego z jednoczesnym wydłużeniem terminu realizacji zamówienia na mocy rozdziału IV pkt. 6 siwz o czas niezbędny dla

uzyskania koniecznej zmiany. Natomiast nie leży w interesie publicznym odstąpienie przez wykonawcę od umowy i nieukończenie inwestycji. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający nie naruszył zarzucanych mu przepisów ustawy.

Również zarzut dotyczący §32 ust. 4 nie zasługuje na uwzględnienie. Rację należy przyznać zamawiającemu, że umowa uregulowała tylko sytuację obowiązków zamawiającego wynikających z odstąpienia od umowy z przyczyn za które wykonawca nie odpowiada, tym samym w sytuacji, gdy odstąpienie od umowy nastąpi z przyczyn za które wykonawca odpowiada zastosowanie będą miały przepisy art. 656 kc w zw. Z art. 631, 635, 636 i 644 kc oraz zasady ogólne wynikające z art. 494 kc. Należy także zauważyć, że odwołujący w swoim zarzucie i żądaniu jest niekonsekwentny, gdyż nie uznaje za naruszające powołanych przepisów postanowień § 32 ust. 3 pkt 2 i 3, które stanowią o obowiązkach i prawach wykonawcy wyłącznie w sytuacji gdy odstąpienie od umowy spowodował zamawiający, a tym samym przewidują możliwość sporządzenia wykazu materiałów urządzeń i konstrukcji, które nie mogą być wykorzystane przez wykonawcę wyłącznie w sytuacji, gdy od umowy odstąpił zamawiający. W tej sytuacji izba nie doparzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 5, 353(1), 487 § 2 i 649 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy.

Izba podzieliła także stanowisko zamawiającego, że zarzuty naruszenia art. 5, 353(1), 487 § 2 i 649 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy i 139 ust. 1 ustawy poprzez niezamieszczenie w umowie obowiązku zmiany terminu realizacji zamówienia w przypadku konieczności wykonania robót nieobjętych dokumentacją projektową oraz zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany podatku VAT są nieuzasadnione, gdyż zamawiający przewidział możliwość takiej zmiany w §33 ust. 1 pkt 8 i 11 wzoru umowy. Ustawodawca w art. 144 ust. 1 ustawy nie wskazał, w którym miejscu siwz zamawiający ma zamieszczać postanowienia określające możliwość zmiany przyszłej umowy, a zatem za dopuszczalne należy uznać wskazanie takich zmian we wzorze umowy stanowiącym załącznik do siwz i jej integralną część.

Wobec uwzględnienia części zarzutów odwołania Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego. Izba obciążyła zamawiającego obowiązkiem zwrotu odwołującemu kosztów postępowania w wysokości uiszczonego wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238) z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie w zakresie zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Przewodniczący: