

Sygn. akt: KIO 970/13

WYROK
z dnia 14 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 maja 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2013 r. przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 156, 18-400 Łomża** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łomża, ul. Stary Rynek 14, 18-400 Łomża**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 156, 18-400 Łomża** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 156, 18-400 Łomża** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 156, 18-400 Łomża** na rzecz **Miasto Łomża, ul. Stary Rynek 14, 18-400 Łomża** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Łomży**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowę ulicy Sikorskiego w Łomży na odcinku od ulicy Wojska Polskiego do ulicy Nowogrodzkiej ze skrzyżowaniem z ulicą Nowogrodzką, stanowiącego część zakresu Projektu Nr WND-RPPD.02.01.01-20-005/12 pn. „Usprawnienie drogowych połączeń regionalnych w granicach Łomży - II etap”, zostało wszczęte przez Miasto Łomża, ul. Stary Rynek 14, 18-400 Łomża zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 075-125241 z dnia 17.04.2013 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w tym samym dniu.

W dniu 26.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 Pzp odwołanie: *Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 156, 18-400 Łomża* zwanego dalej: „Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” na postanowienia SIWZ. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 26.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w treści SIWZ i załączonym do niej wzorze umowy, następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zamieszczeniem w SIWZ (Rozdz. XII Opis sposobu obliczenia ceny pkt 6) postanowień, dotyczących sposobu obliczania ceny, wg. których na wykonawcy spoczywa: „ustalenie ilości robót i innych świadczeń” i „Przedmiary robót stanowią tylko element pomocniczy do ewentualnego wykorzystania przy obliczaniu ceny oferty. Wykonawca na własne ryzyko może je wykorzystać do obliczenia ceny oferty. Ewentualne błędy w załączonych przedmiarach robót, np. pominięcie niektórych robót lub zaniżenie ich ilości, nie będą podstawą do żądania przez Wykonawcę dodatkowej zapłaty za wykonanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku rozbieżności w rzeczywistej ilości i rodzaju wykonanych robót w stosunku do przyjętych w kosztorysie ofertowym w żaden sposób nie wpływa to na zmianę wynagrodzenia,” zamiast odniesienia sposobu obliczania ceny do przedmiotu zamówienia opisanego w sposób wskazany w art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 i ust. 4 Pzp.

2. art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 i art. 140 Pzp poprzez umieszczenie we wzorze umowy (§ 10 ust. 2 lit. b) postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo polecić Wykonawcy dokonywanie takich zmian jakości i ilości robót, jakie uzna za niezbędne, a Wykonawca wykona: *„roboty nie wyszczególnione w SIWZ niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia”*. Wobec powyższego Odwołujący wnosil o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji SIWZ, w tym załączonego wzoru umowy, poprzez wprowadzenie zmian uwzględniających usunięcie wskazanych wyżej naruszeń, tj.:

1. zmianę treści SIWZ w Rozdz. XII Opis sposobu obliczenia ceny, pkt 6 w ten sposób że:

a) zdaniu pierwszemu nadać brzmienie: *„Za przyjęcie do kalkulacji ceny oferty właściwej ilości robót i innych świadczeń, objętych przedmiotem zamówienia, opisanych w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, odpowiada wyłącznie Wykonawca.”*

b) zapisy o treści: *„Przedmiary robót stanowią tylko element pomocniczy do ewentualnego wykorzystania przy obliczaniu ceny oferty. Wykonawca na własne ryzyko może je wykorzystać do obliczenia ceny oferty. Ewentualne błędy w załączonych przedmiarach robót, np. pominięcie niektórych robót lub zniżenie ich ilości, nie będą podstawą do żądania przez Wykonawcę dodatkowej zapłaty za wykonanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku rozbieżności w rzeczywistej ilości i rodzaju wykonanych robót w stosunku do przyjętych w kosztorysie ofertowym w żaden sposób nie wpływa to na zmianę wynagrodzenia.”* skreślić.

2) zmianę § 10 ust. 2 lit, b wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, poprzez skreślenie tego zapisu lub nadanie mu brzmienia: *„roboty nie wyszczególnione w SIWZ niezbędne, do prawidłowego wykonania zamówienia, jako roboty dodatkowe, płatne wg. cen jednostkowych zawartych w ofercie”*

Zamawiający w pkt 6 Rozdz. XII Opis sposobu obliczenia ceny SIWZ dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 i ust. 4 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zamieszczeniem postanowień, dotyczących sposobu obliczania ceny, wg. których na wykonawcy spoczywa *„ustalenie ilości robót i innych świadczeń”* i *„Przedmiary robót stanowią tylko element pomocniczy do ewentualnego wykorzystania przy obliczaniu ceny oferty. Wykonawca na własne ryzyko może je wykorzystać do obliczenia ceny oferty. Ewentualne błędy w załączonych przedmiarach robót, np. pominięcie niektórych robót lub zniżenie ich ilości, nie będą podstawą do żądania przez Wykonawcę dodatkowej zapłaty za wykonanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku rozbieżności w rzeczywistej ilości i rodzaju wykonanych robót w stosunku do przyjętych w kosztorysie ofertowym w żaden sposób nie wpływa to na zmianę wynagrodzenia,”* zamiast odniesienia sposobu obliczania ceny do przedmiotu zamówienia opisanego w sposób wskazany w art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 i ust. 4 Pzp. Zgodnie z art. 29 Pzp 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 z dnia 20.06.2008 r., sygn. akt: KIO UZP 540/08, sygn. akt: KIO UZP 541/08). Zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zakres dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych reguluje rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z dnia 16 września 2004 r. ze zm.), wydane na podstawie art. 31 ust. 4 Pzp. Częścią dokumentacji projektowej są przedmiary robót, które zgodnie z § 6 ust. 1 cytowanego rozporządzenia powinny zawierać: *„zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych”*. Na Zamawiającym spoczywa zatem obowiązek dokładnego i nie budzącego wątpliwości opisu przedmiotu zamówienia. Obarczanie Wykonawcy obowiązkiem konieczności wykonania robót nie przewidzianych w dokumentacji projektowej i nie objętych przedmiarem, który stanowi obligatoryjną część dokumentacji projektowej, utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie może w ramach oferty cenowej żądać skalkulowania kosztów stanowiących w istocie inne zamówienia niż wynikające z opisanego przedmiotu umowy, dążąc w istocie do obejścia przepisów o zamówieniach dodatkowych i uzupełniających. Rozmiar, ilość i zakres świadczeń do wykonania, a także ich koszt Wykonawca ustala w oparciu o dokumentację projektową załączoną do SIWZ, w tym jej obligatoryjną część, tj. przedmiary robót. Wykonawca nie może ponosić skutków błędów tej dokumentacji (w tym przedmiarów), ani uwzględniać w cenie ryczałtowej kosztów robót nie objętych taką dokumentacją. Oferta Wykonawcy dotyczy opisanego przedmiotu zamówienia, zatem rzeczywiście wykonane w trakcie realizacji umowy roboty nie objęte ofertą należy oceniać w zależności od tego, czy były objęte zakresem zamówienia, a nie wskazywać, że świadczenia nie objęte ofertą nie są podstawą do zmiany wynagrodzenia. Ceną ryczałtową będą objęte jedynie roboty stanowiące przedmiot zamówienia opisanego w sposób wskazany w art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 i ust. 4 Pzp, czyli objęte dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. 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). Zamawiający zgodnie z § 10 ust. 2 wzoru umowy załączonym do SIWZ ma prawo polecić Wykonawcy dokonywanie takich zmian jakości i ilości robót, jakie uzna za niezbędne, a Wykonawca wykona każde z poniższych poleceń: „a) *zmieni kolejność wykonywania robót;*
b) wykona roboty nie wyszczególnione w SIWZ niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia;

c) *pominie wykonanie wskazanych robót.*” Kwestionowany pkt b odnosi się do robót nie wyszczególnionych w SIWZ, a zatem robót, które co do zasady będą robotami wykraczającymi poza przedmiot zamówienia, który jest opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiących załącznik do SIWZ. Zamawiający w cytowanym postanowieniu chciałby, aby w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, które zostało skalkulowane i przyjęte w umowie w oparciu o skalkulowane w ofercie koszty ustalone na podstawie opisanego w SIWZ przedmiotu zamówienia, Wykonawca wykonał roboty nie objęte tym przedmiotem, dążąc w istocie do obejścia przepisów o zamówieniach dodatkowych i uzupełniających. Zgodnie z art. 140 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Podkreśla się w orzecznictwie, że powinna być tożsamość pomiędzy projektem zawartym w SIWZ, ofertą i zawartą w wyniku wyboru oferty umową.

Zamawiający w dniu 26.04.2013 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 25.04.2013 r., odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie złożona na posiedzeniu przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem

odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjmując należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”* (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 970/13, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 25.04.2013 r., odwołania, odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu przez Zamawiającego

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1

i 2 i art. 31 ust. 1 i ust. 4 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z zamieszczeniem w SIWZ (Rozdz. XII Opis sposobu obliczenia ceny pkt 6) postanowień, dotyczących sposobu obliczania ceny, wg. których na wykonawcy spoczywa: „ustalenie ilości robót i innych świadczeń” i „Przedmiary robót stanowią tylko element pomocniczy do ewentualnego wykorzystania przy obliczaniu ceny oferty. Wykonawca na własne ryzyko może je wykorzystać do obliczenia ceny oferty. Ewentualne błędy w załączonych przedmiarach robót, np. pominięcie niektórych robót lub zaniżenie ich ilości, nie będą podstawą do żądania przez Wykonawcę dodatkowej zapłaty za wykonanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku rozbieżności w rzeczywistej ilości i rodzaju wykonanych robót w stosunku do przyjętych w kosztorysie ofertowym w żaden sposób nie wpływa to na zmianę wynagrodzenia,” zamiast odniesienia sposobu obliczania ceny do przedmiotu zamówienia opisanego w sposób wskazany w art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 i ust. 4 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w Rozdz. III określił Opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym:

„1. Przedmiotem zamówienia jest przebudowa ulicy Sikorskiego w Łomży na odcinku od ul. Wojska Polskiego do ul. Nowogrodzkiej ze skrzyżowaniem z ulicą Nowogrodzką w ciągu drogi wojewódzkiej nr 645, od km 57+726,70 do km 58+634,60 obejmująca:

- a) - przebudowę ulicy dwujezdniowej z jezdniami o szerokości 7 m i dwóch pasach ruchu po 3,50m o pełnej nowej konstrukcji na obciążenie ruchem KR4,
- b) - przebudowa skrzyżowań ul. Sikorskiego z ulicami:
 - Nowogrodzka - w km 57+801,60 (wlot - strona lewa),
 - Leśna - w km 57+867,40 (wlot - strona prawa)
 - Przyjaźni - w km 58+089,20 (wlot - strona lewa),
 - Strażacka - w km 58+349,30 (wlot - strona prawa),
 - Szeroka - w km 58+349,30 (wlot - strona lewa)
 - Wojska Polskiego (poza zakresem opracowania)
- c) - budowę sygnalizacji świetlnej na wyjeździe z Państwowej Straży Pożarnej,
- d) - przebudowę zatok autobusowych,
- e) - przebudowę i budowę chodników,
- f) - przebudowę i budowę zjazdów publicznych i indywidualnych,
- g) - budowę ścieżki rowerowej,
- h) - przebudowę parkingu (8 stanowisk)
- i) - przebudowę kanalizacji deszczowej - regulacja istniejących studni kanalizacyjnych, wpustów deszczowych oraz likwidację istniejących elementów wyłączonych z eksploatacji,
- j) - przebudowę kanalizacji sanitarnej i wodociągowej - regulacja istniejących studni

kanalizacyjnych oraz armatury wodociągowej, likwidacja istniejących elementów wyłączonych z eksploatacji,

k) - budowę oświetlenia drogowego wraz z budową urządzeń zasilających oświetlenie, demontaż urządzeń,

l) - przebudowę linii napowietrznej i kablowej nN 0,4kV,

ł) - przebudowę linii kablowej SN 15 kV,

m) - przebudowę przyłączy na słupy linii napowietrznej

n) - budowę kanału technologicznego oraz przebudowę i zabezpieczenie sieci telefonicznej kolidującej z przebudową ulicy,

o) - wycinkę drzew,

p) - wykonanie zieleni drogowej,

r) - wykonanie oznakowania poziomego i pionowego.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym zakres robót/prac do wykonania zawiera dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz elementy, które podane są do uwzględnienia przy obliczaniu ceny oferty w rozdziale XII niniejszej specyfikacji. Dokumentacja na podstawie której należy wykonać przedmiot zamówienia opracowana jest przez Firmę: Egis Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa. Stanowi ona załącznik do specyfikacji.

Roboty będą wykonywane w oparciu o pozwolenie na budowę, którego kopię zamawiający przekaże wybranemu Wykonawcy.

2. Przedmiot zamówienia należy wykonać z materiałów określonych w dokumentacji technicznej (z wyjątkiem opraw oświetleniowych - wskazany typ jest omyłką pisarską natomiast cechy i parametry są właściwe). Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych z zastosowaniem innych materiałów o nie gorszych parametrach od zaprojektowanych i jakości potwierdzonej certyfikatem. Użyte w dokumentacji nazwy wyrobów i elementów, które wskazują lub mogłyby kojarzyć się z producentem lub firmą nie mają na celu preferowanie wyrobu lub materiałów danego producenta lecz wskazanie na wyrób, materiał lub element, który powinien posiadać cechy - parametry techniczne w czasie wbudowania i eksploatacji nie gorsze od podanych w projekcie. Podane typy i właściwe im cechy mogą jedynie służyć dla lepszego doboru zamienników. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego - jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały i roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, a ciężar udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę. W takim wypadku Wykonawca musi przedłożyć odpowiednie dokumenty, opisujące parametry techniczne, wymagane prawem certyfikaty i inne dokumenty dopuszczające dane materiały (wyroby) do użytkowania oraz pozwalające jednoznacznie

stwierdzić, że są one równoważne.

3. Przed złożeniem oferty wskazana jest wizja lokalna w terenie.

4. Zamawiający dopuszcza realizację zamówienia przy udziale podwykonawców. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie powierzy podwykonawcom.

UWAGI:

1. Podczas prowadzenia robót należy przestrzegać wymagań stawianych przez właścicieli istniejących w rejonie robót sieci: MPWiK Sp. z o.o. w Łomży, PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok - Rejon Energetyczny Łomża, Telekomunikację Polską - Region Operacyjnego Utrzymania Sieci i Usług w Warszawie, Dział Zarządzania Zasobami Sieci w Białymstoku, Mazowiecką Sp. Gazownictwa Sp. z o.o. w Warszawie, Oddział Zakład Gazowniczy Białystok, Rejon Dystrybucji Gazu Łomża. Są one następujące: ostrożne prowadzenie robót w pobliżu sieci wod-kan., gazowych, urządzeń energetycznych, telekomunikacyjnych (najlepiej odkopanie ręczne), zakaz samowolnego manipulowania urządzeniami stanowiącymi własność w/w zarządców sieci oraz konieczność prowadzenia robót w tych miejscach w uzgodnieniu i pod nadzorem pracowników MPWiK sp. z o.o. w Łomży, PGE Dystrybucja S. A. Rejonu Energetycznego Łomża, Rejonu Dystrybucji Gazu w Łomży oraz służb technicznych TP S.A.

2. Prace związane z przebudową i zabezpieczeniem urządzeń telekomunikacyjnych (eksploatowanych przez Telekomunikację Polską S.A.) muszą być wykonywane przez firmę specjalizującą się w robotach teletechnicznych, posiadającą certyfikat jakości z serii ISO 9000 oraz spełniać inne wymagania niezbędne do zgłoszenia do TPSA - zgodnie z warunkami TOTTCSCU-1586-341/11 /AR.

3. Wymaga się, aby roboty prowadzone były w sposób nie powodujący nadmiernych utrudnień dla osób korzystających z terenów przylegających do pasa drogowego ul. Sikorskiego w Łomży.”

Z kolei w Rozdz. XII OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY stwierdza się, że:
„1. Obliczając cenę oferty należy wypełnić Tabelę elementów scalonych, zgodnie z wzorem załącznika nr 7 do SIWZ, a następnie przenieść wynik obliczeń do wzoru oferty (załącznik nr 1 do SIWZ).

2. W cenie oferty należy uwzględnić:

1) Wartość robót wyliczoną metodą uproszczoną w oparciu o załączoną dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót.

2) Uzyskanie uzgodnień z zarządcą drogi na zajęcie pasa drogowego.

3) Uzyskanie zgody Telekomunikacji Polskiej na przeprowadzenie robót telekomunikacyjnych w zakresie ich własności sieci wraz z wszystkimi kosztami związanymi z tą zgodą.

- 4) Uzyskanie zgody Rejonu Energetycznego Łomża na prace na liniach energetycznych (sieci, których właścicielem jest ZEB) wraz z wartością opłat za wyłączenia tych linii spod napięcia.
- 5) Koszt opracowania i wykonania czasowej organizacji ruchu (uwzględniając niezbędne zmiany i uaktualnienia w toku prowadzonych robót).
- 6) Koszt obsługi geodezyjnej robót, w tym wytyczenia uzbrojenia technicznego, jezdni, chodników, ścieżki rowerowej, zjazdów (1 egz. szkiców wytyczenia do przekazania Zamawiającemu).
- 7) Koszt inwentaryzacji robót. Inwentaryzację nowych sieci uzbrojenia, ulicy i innych elementów zagospodarowania terenu należało będzie sporządzić na papierze w 4 egz. pokolorowanych i zarejestrowanych w PODG i K w Łomży oraz na nośniku elektronicznym w formie dwg do przekazania Zamawiającemu. Na inwentaryzacji należy dodatkowo wrysować wykonane przepusty oraz podać ich średnicę.
Ponadto - oddzielnie - należy dołączyć informację zawierającą:
 - długości, średnice, rodzaj materiału wykonanych sieci uzbrojenia podziemnego,
 - rodzaj, przekrój, długości sieci energetycznych oraz ilość, typ słupów, opraw i parametry charakterystyczne oświetlenia.
 - długości i powierzchnie wykonanych nawierzchni drogowych, chodników, ścieżki drogowej i zjazdów.
- 8) Koszt odbiorów częściowych i końcowych wraz z wynikami prób i pomiarów.
- 9) Koszt organizacji zaplecza wykonawcy /dojazd, energia elektryczna, woda itp.
- 10) Koszt odtworzenia, napraw, sprzętania dróg, chodników, jeśli potrzeba ich wykonania spowodowana będzie prowadzonymi robotami.
- 11) Koszt ewentualnych odszkodowań lub napraw w przypadku nieprzewidzianego naruszenia własności osób trzecich w tym uszkodzeń istniejącego uzbrojenia.
- 12) Koszt zagospodarowania lub zutylizowania zgodnie z obowiązującymi przepisami materiałów z rozbiórki i innych stanowiących odpady (z uwzględnieniem wskazań w dokumentacji część materiałów z rozbiórki może być ponownie użyta do wbudowania - według uznania Wykonawcy).
- 13) Koszt sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.
- 14) Koszt wykonania i ustawienia tablic informacyjnych (szt. 2) i pamiątkowych (szt. 2) o wymiarach ok. 70 cm x 90 cm, zawierających informacje o dofinansowaniu inwestycji ze środków Unii Europejskiej.
- 15) Koszt wykonania i ustawienia 2 tablic informacyjnych budowy zgodnych z wymogami Prawa Budowlanego.
- 16) Koszt wszystkich innych czynności nie wymienionych wyżej, a związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

3. Cenę oferty należy ustalić w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
4. Wartość oferty musi gwarantować pełne wykonanie zakresu rzeczowego zamówienia.
5. Podana cena oferty będzie stanowiła wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy.
6. Za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ceny oferty odpowiada wyłącznie Wykonawca. Przedmiary robót stanowią tylko element pomocniczy do ewentualnego wykorzystania przy obliczaniu ceny oferty. Wykonawca na własne ryzyko może je wykorzystać do obliczenia ceny oferty. Ewentualne błędy w załączonych przedmiarach robót, np. pominięcie niektórych robót lub zaniżenie ich ilości, nie będą podstawą do żądania przez Wykonawcę dodatkowej zapłaty za wykonanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku rozbieżności w rzeczywistej ilości i rodzaju wykonanych robót w stosunku do przyjętych w kosztorysie ofertowym w żaden sposób nie wpływa to na zmianę wynagrodzenia. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy (nawet niemożność przewidzenia rozmiaru i kosztu prac, które okażą się konieczne do wykonania dla prawidłowego zrealizowania zamówienia) nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia, które jako ryczałtowe nie może ulegać zmianom.”.

W Rozdz. XIV INFORMACJA O FORMALNOŚCIACH, JAKIE DOPEŁNIONE PO POWINNY ZOSTAĆ WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY, ust. 4 Zamawiający stwierdził, że: „Wykonawca, którego oferta zostanie za najkorzystniejszą przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do:

- 1) wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy
- 2) złożenia informacji o osobach umocowanych do zawarcia umowy i okazania ich pełnomocnictwa, jeżeli taka konieczność zaistnieje .
- 3) przedłożenia umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum, umowa spółki cywilnej) - w przypadku udzielenia zamówienia wykonawcy, określonego w art. 23 ust.1 ustawy Pzp.
- 4) dostarczenia kosztorysów uproszczonych (uwzględniających wszystkie koszty opisanych w Rozdziale XII niniejszej specyfikacji) - załącznika do umowy, na podstawie którego będą dokonywane rozliczenia w czasie realizacji inwestycji.
- 5) dostarczenia harmonogramu rzeczowo-finansowego robót i uzyskania jego zatwierdzenia przez Zamawiającego - załącznika do umowy. (...).”

Zamawiający stwierdził w ramach odpowiedzi na pytania – pismem z dnia 25.04.2013 r., że: „Zamawiający zgodnie z § 10 ust. 2 umowy ma prawo polecić Wykonawcy dokonywanie takich zmian jakości i ilości robót, jakie uzna za niezbędne, a Wykonawca wykona każde z poniższych poleceń:

- a) zmieni kolejność wykonywania robót;

b) wykona roboty nie wyszczególnione w SIWZ niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia:

c) pominie wykonanie wskazanych robót.

Jednocześnie Zamawiający nie uregulował i nie zawarł w umowie postanowień dotyczących skutków finansowych wykonania m.in. nie wyszczególnionych w SIWZ robót, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, które co do zasady będą robotami wykraczającymi poza przedmiot zamówienia, opisany zgodnie z art. 29 i art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiących załącznik do SIWZ. Prosimy zatem o odpowiedź:"

Pytanie nr 1):

„W jaki sposób Zamawiający rozliczy roboty, wykonane przez Wykonawcę i zlecone mu w wyżej wymienionym trybie, czy będą to w szczególności ceny wyliczone według stawek jednostkowych zawartych w ofercie (o ile takie roboty będą w ofercie występować), czy według indywidualnych stawek, ustalonych w kosztorysie przez Wykonawcę i zaakceptowanych przez Zamawiającego?”

„Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający we wzorze umowy (zał. nr 6 do SIWZ) w § 5 ust. 1 i 2 określił wynagrodzenie za wykonanie umowy jako ryczałtowe. Stosowny zapis znajduje się również w SIWZ w rozdz. XII pkt 5 (Podana cena oferty będzie stanowiła wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy). Natomiast w rozdz. XIV SIWZ pkt 4, ppkt 4 zawarto informację: że Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do dostarczenia kosztorysów uproszczonych (uwzględniających wszystkie koszty opisanych w Rozdziale XII niniejszej specyfikacji) - załącznika do umowy, na podstawie którego będą dokonywane rozliczenia w czasie realizacji inwestycji. Ze względu na przyjęty sposób wynagrodzenia (ryczałtowe) Wykonawca przy obliczaniu ceny oferty, poza elementami wymienionymi w SIWZ, które w oczywisty sposób winny być uwzględnione, powinien mieć świadomość obciążenia ryzykiem poniesienia kosztów prac, których nie przewidział, a powinien był przewidzieć.”

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, a mającego swoje poparcie w ugruntowanym orzecznictwie KIO, że w sytuacji przyjęcia przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, ewentualny przedmiar załączony do SIWZ ma charakter pomocniczy. Przykładowo w wyroku KIO z dnia 30.07.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 921/09 stwierdzono, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem

zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego. Jeżeli Zamawiający przyjął zasadę wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego (za wyrokiem KIO z dnia 20.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1077/08). W przypadku formy ryczałtowego wynagrodzenia dołączony do SIWZ przedmiar robót ma jedynie na celu umożliwienie wykonawcom wyliczenia ceny ryczałtowej za roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia, a zatem wszelkie niezgodności polegające na zaokrągleniu niektórych pozycji przedmiarowych nie mogą być podstawą do odrzucenia takiej oferty. Przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że ocena rozmiaru, a co za tym idzie kosztów robót należy do wykonawcy i stanowi jego ryzyko (za wyrokiem z dnia 30.07.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 921/09). Z kolei w wyroku z 21.08.2008r. ,sygn. akt: KIO/UZP 815/08 stwierdzono w nim, że *„(...) co do zasady kosztorys ofertowy ma przy cenie ryczałtowej znaczenie pomocnicze, a nieistotne rozbieżności między jego treścią a treścią otrzymanych przedmiarów nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią siwz skutkującą odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (...) za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca, a jeżeli w takim wypadku zamawiający wymaga opracowania przez wykonawcę kosztorysu ofertowego, winien traktować przekazany w ramach SIWZ przedmiar robót jako dokument informacyjny (...)”*. Zbliżone wnioski wynikają z analizy wyroku z 02.07.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 616/08: *„(...)Wskazane wyżej ustalenie o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia ma w niniejszej sprawie doniosłe znaczenie. Jak wynika bowiem z treści art. 632 kodeksu cywilnego wynagrodzenie ryczałtowe jest wielkością niezmienną nawet przy zmianie rozmiaru lub kosztów prac, której nie można było przewidzieć przy zawarciu umowy.(...)”*. Podobnie kwestię tą ujmuje wyrok z 15.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 65/07: *„(...) Ewentualne uchybienia w sporządzaniu kosztorysu nie mogą mieć wpływu na ważność oferty, ponieważ kosztorys ofertowy miał charakter tylko informacyjny, a obowiązującą ceną oferty jest wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wykonanie wszystkich robót określonych w SIWZ.(...)”*. W wyroku z 25.10.2010 r., sygn. akt KIO/2220/10) KIO postanowiła, iż: *„(...) Odnosząc się do przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego, Izba stwierdza, że wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy Pzp, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), jednak przyjmuje się,*

że istotą tego rodzaju wynagrodzenia jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z 20 listopada 1998r. (sygn. akt II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Izba wskazuje na stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO 717/10, iż „w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, tabele rozliczeniowe i kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny”(…)

Należy zauważyć, że przedmiotem zarzutu nie jest przyjęta przez Zamawiającego forma wynagrodzenia ryczałtowego, lecz *de facto* opis przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby analiza postanowień SIWZ wyklucza przyjęcie stanowiska Odwołującego za zasadne. Kwestionowane postanowienia SIWZ są wynikiem przyjętej formy wynagrodzenia i nie należy literalnie wiążąc ich z przedmiarami. Zasadnie również podnosił Zamawiający na rozprawie, że jeśli Odwołujący uważa, że przedmiary przeszkadzają mu w prawidłowej wycenie, winien je pominąć i oprzeć swoją wycenę na projektach wykonawczych, co jest zgodne z postanowieniami SIWZ – w Rozdz. III ust.1: „(...) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym zakres robót/prac do wykonania zawiera dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz elementy, które podane są do uwzględnienia przy obliczaniu ceny oferty w rozdziale XII niniejszej specyfikacji.(…)”, czy też Rozdz. XII ust.2 pkt 1: „Wartość robót wyliczoną metodą uproszczoną w oparciu o załączoną dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót”. Powyższe jest także zgodne ze stanowiskiem wynikającym z orzecznictwa przywołanego na wstępie. Izba dodatkowo podnosi, że Odwołujący nie podał jakiegokolwiek przykładu niezgodności między dokumentacją projektową, a specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, czy projektami wykonawczymi. W konsekwencji nie wykazał wadliwego charakteru opisu przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia mu dokonanie stosownej wyceny i skalkulowania ryzyk w zaoferowanej cenie w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Powoływał się na doświadczenie przy realizacji innych zamówień dla Zamawiającego, które nie dotyczyły przedmiotowej inwestycji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 i art. 140 Pzp poprzez umieszczenie we wzorze umowy (§ 10 ust. 2 lit. b) postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo polecić Wykonawcy dokonywanie takich zmian jakości i ilości robót, jakie uzna za niezbędne, a Wykonawca wykona: „roboty nie wyszczególnione w SIWZ niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia”, Izba uznała

niniejszy zarzut za niepotwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ustalono w § 1 wzoru umowy – jego przedmiot: „1. W ramach Projektu Nr WND-RPPD.02.01.01-20-005/12 pn. Usprawnienia drogowych połączeń regionalnych w granicach Łomży - ul. Sikorskiego i Szosa do Mężenina” Zamawiający zleca a Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zadanie: *Przebudowa ulicy Sikorskiego w Łomży na odcinku od ulicy Wojska Polskiego do ulicy Nowogrodzkiej ze skrzyżowaniem z ulicą Nowogrodzką - w ciągu drogi wojewódzkiej nr 645, kilometrą od km 57+726,70 do km 58+634,60 obejmujące:*

a)- *przebudowę ulicy dwujezdniowej z jezdniami o szerokości 7 m i dwóch pasach ruchu po 3,50m o pełnej nowej konstrukcji na obciążenie ruchem KR4,*

b)- *przebudowa skrzyżowań ul. Sikorskiego z ulicami:*

- *Nowogrodzka - w km 57+801,60 (wlot - strona lewa),*

- *Leśna - w km 57+867,40 (wlot - strona prawa)*

- *Przyjaźni - w km 58+089,20 (wlot - strona lewa),*

- *Strażacka - w km 58+349,30 (wlot - strona prawa),*

- *Szeroka - w km 58+349,30 (wlot - strona lewa)*

- *Wojska Polskiego (poza zakresem opracowania)*

c)- *budowę sygnalizacji świetlnej na wyjeździe z Państwowej Straży Pożarnej,*

d)- *przebudowę zatok autobusowych,*

e)- *przebudowę i budowę chodników,*

f) - *przebudowę i budowę zjazdów publicznych i indywidualnych,*

g) - *budowę ścieżki rowerowej,*

h) - *przebudowę parkingu (8 stanowisk)*

i) - *przebudowę kanalizacji deszczowej - regulacja istniejących studni kanalizacyjnych, wpustów*

deszczowych oraz likwidację istniejących elementów wyłączonych z eksploatacji,

j) - *przebudowę kanalizacji sanitarnej i wodociągowej - regulacja istniejących studni kanalizacyjnych oraz armatury wodociągowej, likwidacja istniejących elementów wyłączonych z eksploatacji,*

k) - *budowę oświetlenia drogowego wraz z budową urządzeń zasilających oświetlenie, demontaż urządzeń,*

l) - *przebudowę linii napowietrznej i kablowej nN 0,4kV,*

ł) - *przebudowę linii kablowej SN 15 kV,*

m) - *przebudowę przyłączy na słupy linii napowietrznej*

n) - *budowę kanału technologicznego oraz przebudowę i zabezpieczenie sieci telefonicznej kolidującej z przebudową ulicy,*

o) - wycinkę drzew,

p) - wykonanie zieleni drogowej,

r) - wykonanie oznakowania poziomego i pionowego.

2. Szczegółowy zakres przedmiotu umowy oraz wymogi jakościowe określają:

1) Dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (STWIOR).

2) Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia (SIWZ) Rozdziały III, IV, XII, XV

3) Oferta wykonawcy

4) Kosztorysy uproszczone

5) Harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji robót budowlanych (harmonogram robót), stanowiące integralną jej część.

3. Wykonawca oświadcza, że na etapie przygotowania oferty wyjaśnił z Zamawiającym wszelkie wątpliwości dotyczące zarówno zakresu robót do wykonania jak i dokumentacji projektowej opisującej te roboty.”

W wzorze umowy, tj. § 5 WYNAGRODZENIE I ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY Zamawiający określił natomiast, że: „1. Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie ze złożoną ofertą, w wysokości (...) zawierające podatek VAT wg stawki (...)% (...) zł. 2. Wynagrodzenie, określone w ust. 1, obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego. (...)”. W § 10 Zmiana umowy – ust. 2 stwierdził tudzież, że: „Zamawiający ma prawo polecić Wykonawcy dokonywanie takich zmian jakości i ilości robót, jakie uzna za niezbędne, a Wykonawca wykona każde z poniższych poleceń:

a) zmieni kolejność wykonywania robót;

b) wykona roboty nie wyszczególnione w SIWZ niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia;

c) pominię wykonanie wskazanych robót.”

Zamawiający z kolei stwierdził w ramach odpowiedzi na pytania – pismem z dnia 25.04.2013 r., że: „Pytanie nr 2):

W jaki sposób zgodnie z umową powinien zdaniem Zamawiającego postąpić Wykonawca w sytuacji, gdy w trakcie realizacji zadania ujawnią się roboty, o których mowa w § 10 ust. 2 pkt. b (roboty nie wyszczególnione w SIWZ niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia), jeżeli strony nie dojdą do porozumienia co do wynagrodzenia za te roboty?

Odpowiedź na pytanie nr 2:

W związku z przyjęciem wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie umowy, Zamawiający informuje, że roboty nie wyszczególnione w SIWZ niezbędne do prawidłowego wykonania

zamówienia muszą być wykonane przez Wykonawcę. Cena oferty powinna uwzględniać wszystkie ryzyka, także te, które mogą wynikać z błędów ujawnionych w dokumentacji projektowej.”

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W tym zakresie właściwym wydaje się potwierdzenie argumentacji Zamawiającego, że nawet usunięcie kwestionowanego § 10 ust. 2 pkt. b wzoru umowy pozwalałoby zastosowanie przez Zamawiającego 649 KC, na mocy którego, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Izba uznała także za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego orzeczenia sądów okręgowych przywołane przez Zamawiającego na rozprawie: „(...) - *podniesiony w odwołaniu zarzut wykonawcy dotyczący naruszenia art. 29 i 31 Pzp nie dotyczył w swej istocie poprawności opisu przedmiotu zamówienia rozumianej jako zgodność opisu z normą art. 29 i 31, gdyż kwestionowane postanowienia Warunków Umownych w ogóle nie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072), a wyłącznie określają wymagany przez Zamawiającego podział ryzyk odpowiedzialności stron;*

- *w analizowanym postępowaniu przedmiot zamówienia określony został jasno i precyzyjnie w dokumentacji projektowej, a wpływu na ocenę faktu nie mają kwestie związane z rozkładem ryzyka pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym ani też sposób rozłożenia odpowiedzialności;*

- *kwestionowane postanowienie nie nakłada na Wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których jest zobowiązany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Postanowienie to nie ma wpływu zatem na zakres świadczenia wynikającego z umowy, a usunięcie go nie wpłynie na prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia;*

- *podkreślić należy, że warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę;*

- *Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają;*

- *Zgodnie z art. 353 1 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego*

postępowaniu, a ni zmusza Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy.

- Kwestionowany zapis wbrew twierdzeniom Wykonawcy zawartym w odwołaniu, a które Izba powieliła w zaskarżonym wyroku, nie modyfikuje zakresu odpowiedzialności projektanta za prawidłowość dokumentacji projektowej;

- Sąd Okręgowy w Gdańsku podziela przy tym przywołany przez skarżącego pogląd Sądu okręgowego we Wrocławiu wyrażony w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14.04.2008 r. (sygn. akt X Ga 677/08), w którym stwierdzono, iż niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Ważnym jest by takie działanie nastąpiło poprzez zamieszczenie odpowiednich postanowień w specyfikacji w sposób jawny dla wszystkich wykonawców i przed upływem terminu składania ofert;(…)” (za wyrokiem z dnia 14.07.2011 r. Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn. akt XII Ga 314/11).

Kwestionowane postanowienia wzoru umowy, nie odnoszą się bezsprzecznie do zlecenia robót, które wykraczają poza przedmiot zamówienia określony w dokumentacji projektowej, ale takich które wynikają z ryzyk koniecznych do uwzględnienia w ramach wynagrodzenia ryczałtowego w zaoferowanej cenie. W takiej sytuacji decydujące znaczenie ma dokumentacja projektowa, a nie przedmiary. Izba nie żąda od Wykonawcy ponoszenia odpowiedzialności za błędy w dokumentacji projektowej, ale skalkulowania wszystkich konkretnych ryzyk/kosztów, które szczegółowo Zamawiający wyliczył w Rozdz. XII ust. 2 pkt 2-16 SIWZ. Izbie znany jest wyrok SN z dnia 27.03.2000 r., sygn. akt: III CKN 629/98 i w całości się z nim zgadza, jednakże nie zwalnia to Wykonawcę z jakiegokolwiek współpracy z Zamawiającym na etapie SIWZ i w jego „żywotnym interesie” jest zadawanie pytań dotyczących przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b).

Przewodniczący :

.....