

WYROK
z dnia 13 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez **Odwołującego – Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 (01-204 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiających: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74 (03-734 Warszawa); **Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 20 (01-232 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy – TORPOL Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu, ul. Mogileńska 10G (61-052 Poznań) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy – Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32 (02-672 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy – STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 (05-800 Pruszków) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego – Budimex S.A. na rzecz Zamawiającego – PKP PLK S.A. oraz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A na rzecz Zamawiających: PKP PLK S.A z siedzibą w Warszawie oraz Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na *wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 P=pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia – Warszawa Zachodnia” oraz POIiŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą”* (nr postępowania: 9090/IRZR1/14014/03959/19/P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 23.09.2019 r., 2019/S 183-446498, wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – po jej wyjaśnieniu i modyfikacji z dnia 13.12.2019 r., Wykonawca Budimex S.A. (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 23 grudnia 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2606/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 629 i 630 KC w zw. z art. 656 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie do treści siwz niespójnych postanowień odnoszących się do charakteru wynagrodzenia umownego i sposobu rozliczania robót objętych Dokumentacją Projektową, które nie zostały ujęte w żadnej pozycji przedmiarowej, a w konsekwencji wprowadzenie postanowień naruszających istotę wynagrodzenia kosztorysowego i generujących ryzyko nieporównywalności ofert,
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) KC przez wprowadzenie niespójnych postanowień określających przedmiot zamówienia w zakresie zobowiązań gwarancyjnych, a w konsekwencji zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę treści siwz (udzielonych odpowiedzi) w sposób wskazany w odwołaniu.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Udzielone w dniu 13 grudnia 2019 r. odpowiedzi na pytania i modyfikacja treści siwz nadały nowe znaczenie postanowieniom siwz, generując niespójność i wzajemną sprzeczność.

Zamawiający z jednej strony wskazał na kosztorysowy charakter wynagrodzenia (odpowiedź na pytanie nr 1) i jednocześnie określił, iż *w przypadku braku pozycji w przedmiarze dostarczonym przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia tego zakresu w innych pozycjach* (odpowiedź na pytanie nr 2, 367, 1201, 1418, 1420).

Udzielone odpowiedzi pozostają niespójne z postanowieniami zdefiniowanymi przez samego Zamawiającego w pierwotnej treści siwz, gdzie w ramach subklauzuli 12.3 Wzoru Umowy wskazane zostało, że: *w ciągu 21 dni od daty zawarcia Umowy Wykonawca proponuje i przedstawi do weryfikacji przez Inżyniera, a następnie przy pozytywnej opinii Inżyniera do akceptacji przez Zamawiającego katalog cen Robót, z których ceny średnie (aktualne na datę dokonywania wyceny) będą podstawą do wyceny Robót, które zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej, a nie zostały ujęte w Przedmiarze Robót (dla których nie ma zastosowania żadna z pozycji z Przedmiaru Robót) oraz dla Robót, których wykonanie następuje w wyniku zmiany Umowy. A contrario, zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 12.3 Wzoru Umowy, Zamawiający dał jednoznaczny wyraz temu, że ewentualne roboty, które zostały opisane w Dokumentacji Projektowej, a nie znajdują odzwierciedlenia w żadnej pozycji przedmiarowej rozliczane będą odrębnie i nie należy ujmować ich w ramach tegoż przedmiaru.*

Odpowiedź na pytanie nr 284 z dnia 19.12.2019 r. miała potwierdzać ten sposób procedowania. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, że *zgodnie z zapisami Subklauzuli 13.5 Warunków Szczególnych Kontraktu, kwota warunkowa może służyć do pokrycia płatności za pracę lub Roboty, które mają być wykonane przez Wykonawcę w przypadku m.in. kosztów prac i Robót, które nie zostały wyszczególnione w Przedmiarze Robót i w Dokumentacji Projektowej, a które są konieczne do realizacji przedmiotu Umowy. W takim przypadku zastosowanie znajdzie Subklauzula 12.3 Warunków Szczególnych Kontraktu.*

W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, w poszczególnych pozycjach przedmiarowych wycenione powinny być wyłącznie koszty nawiązujące do danej pozycji, za które w zależności od wykonanych ilości wykonawcy przysługiwać będzie odpowiednie wynagrodzenie (art. 630 k.c.).

Na skutek udzielonych odpowiedzi na pytania z dnia 13.12.2019 r., zgodnie z którymi w danej pozycji przedmiarowej należałoby uwzględnić również inne roboty opisane w Dokumentacji Przetargowej, a nie znajdujące odzwierciedlenia w przedmiarze, Zamawiający z jednej strony nie będzie miał pewności czy dokonuje płatności wyłącznie za dany element, zaś wykonawcy nie mieliby możliwości wyegzekwowania płatności za element, który nie jest odzwierciedlony w konkretnej pozycji przedmiarowej. Prowadziłoby to do nieporównywalności ofert – nie można byłoby zweryfikować czy i na jakim poziomie

poszczególni wykonawcy ujęli koszty dotyczące robót, które opisane zostały w Dokumentacji Projektowej, a nie uwzględnione w Przedmiarze. Nie byłoby możliwa jednoznaczna weryfikacja jakie roboty ujęte są w poszczególnych pozycjach przedmiarowych. Udzielone odpowiedzi na pytania naruszają charakter wynagrodzenia kosztorysowego, zrównując je *de facto* z wynagrodzeniem ryczałtowym.

Przy aktualnym opisie otrzymane od Zamawiającego rysunki, na których znajdują się budynki, tereny zielone, ulice, samochody, autobusy itd., mogą sugerować konieczność ich wybudowania, dostarczenia, zagospodarowania.

Odwołujący wnosil o modyfikację udzielonych odpowiedzi na pytania do siwz z dnia 13.12.2019 r. (odpowiedź na pytanie nr 2 i następane do niej nawiązujące), a w konsekwencji modyfikację treści siwz, poprzez jednoznaczne wskazanie, iż w zakresie, w którym wynagrodzenie ma mieć charakter kosztorysowy (dla projektów wykonawczych i/lub budowlanych przekazanych w siwz) Roboty, które zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej, a nie zostały ujęte w Przedmiarze Robót (dla których nie ma zastosowania żadna z pozycji z Przedmiaru Robót) rozliczane będą zgodnie z postanowieniem Subklauzuli 12.3 Warunków Umowy.

W zarzucie nr 2 Odwołujący wskazał na znaczenie odpowiedzi na pytania nr 4, 5 i 7 z dnia 13.12.2019 r. i dokonana na ich skutek modyfikację siwz, z której wynika, iż z zakresu zamówienia wyłączone mają zostać obowiązki gwarancyjne związane z konserwacją Robót. Zamawiający nie wprowadził stosownych modyfikacji, które w całości wynikały z pozytywnego ustosunkowania się do podnoszonych w pytaniach kwestii. Doprowadziło to do stanu, w którym funkcjonują niespójne i wzajemnie sprzeczne postanowienia siwz definiujące obowiązki wykonawców w zakresie zobowiązań gwarancyjnych (załączniki nr 9A – zaktualizowany i 9B – brak aktualizacji oraz pkt 2.2 Tom IV).

Odwołujący wniósł o modyfikację pkt 1.8 załącznika 9B poprzez nadanie mu treści spójnej z treścią pkt 1.8 Załącznika 9A oraz modyfikację pkt 2.2 Tomu IV siwz (Przedmiary Robót) poprzez nadanie brzmienia: *w związku z powyższym podane kwoty muszą obejmować wszelkie wydatki poboczne i niezbędne do zaprojektowania, budowy, rozbiórki, ukończenia i uruchomienia całości Robót zgodnie z Dokumentami Kontraktowymi.*

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W zakresie pierwszego zarzutu – naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) k.c. w zw. z art. 629 i 630 k.c. w zw. z art. 656 k.c. w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i 31 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał na zasady opisu przedmiotu zamówienia wynikające z art. 31 ustawy Pzp, które przyznają pierwszeństwo dokumentacji

projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Dokumentacja projektowa, zgodnie z §4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, składa się natomiast z projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiaru robót oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (gdy jest ona wymagana). W świetle przywołanych stanowisk KIO oraz Prezesa UZP przedmiar robót ma charakter pomocniczy, natomiast właściwy zakres zobowiązania określa każdorazowo dokumentacja projektowa. Ma służyć wykonawcom do określenia wysokości wynagrodzenia, zapewnić wspólną podstawę do składania ofert oraz zmniejszyć ryzyka po stronie wykonawcy.

Zamawiający w IDW – pkt 13.1 i 13.3. opisał sposób obliczenia ceny ofertowej brutto, która uwzględniać ma wszystkie wymagania oraz koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia. Wykonawca w Przedmiarze Robót powinien uwzględnić wszystkie prace projektowe, roboty budowlane, usługi konfiguracyjne niezbędne do wykonania wg Tomu III i V siwz. Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebnych do zrealizowania w ramach tej pozycji, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji, wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach pozycji, a także nieprzewidziane koszty spowodowane przez zastosowanie się podczas wykonywania robót do wszystkich obowiązujących aktualnych przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich. Zamawiający podkreślił znaczenie, jakie dla opisu przedmiotu zamówienia ma całość dokumentacji, którego nie wyczerpuje sam przedmiar robót. W jego ocenie zapisy siwz nie prowadzą do naruszenia art. 630 §1 zdanie pierwsze k.c., który sankcjonuje możliwość zwiększenia wynagrodzenia za prace, które nie były przewidziane w zestawieniu plac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego. W niniejszym postępowaniu zestawienie prac planowanych opisane zostało łącznie w dokumentacji projektowej, STWiOR oraz przedmiarach.

Zgodnie z subklauzulą 12.3 Warunków Szczególnych Umowy, w brzmieniu zgodnym z modyfikacją wprowadzoną w dniu 13 grudnia 2019 r., a także zgodnie z subklauzulą 13.5 (kwoty warunkowe) Warunków Szczególnych Umowy, Zamawiający przyjął na siebie ryzyko zapłaty a wszystkie te roboty, które nie zostały uwzględnione w dokumentacji projektowej i przedmiarach robót, a które są niezbędne do należytego wykonania zamówienia, a także zabezpieczył na ten cel stosowne środki finansowe.

W ocenie Zamawiającego zapisy siwz nie niosą ryzyka nieporównywalności ofert, albowiem każdy z oferentów jest zobligowany do dokonania wyceny tego samego rodzaju robót opisanych w dokumentacji projektowej.

W odniesieniu do drugiego zarzutu – naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353 (1) k.c. – Zamawiający wskazał na dokonaną w dniu 7 stycznia 2020 r. modyfikację treści pkt 1.8 załącznika 9B, która czyni zadość żądaniom Odwołującego i wniósł o oddalenie w tym zakresie odwołania.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było opisanie przedmiotu zamówienia. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o wprowadzeniu postanowień, które czyniły niespójnym zapisy dotyczące wynagrodzenia umownego oraz rozliczania robót objętych dokumentacją projektową, które nie zostały ujęte w żadnej pozycji przedmiarowej. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutu prowadziła do stanu niepewności, co do sposobu wyceny kosztów prac w tym istotnej z punktu widzenia interesów potencjalnego wykonawcy, porównywalności ofert. Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesów wykonawcy w postępowaniu, przede wszystkim przez usunięcie zapisów, które pozostawiają niejasnym sposób rozliczenia prac opisanych w dokumentacji przetargowej, a nie uwzględnionych w przedmiarze robót.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

W świetle przedstawionych stanowisk oraz analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie w systemie „buduj” – a tym samym, zgodnie z dyspozycją art. 31 ust. 1 Pzp opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W celu wyceny prac Zamawiający przygotował przedmiar robót, który wykonawcy, zgodnie z pkt 13.3. IDW zobowiązani są wypełnić i wycenić. Zamawiający w odpowiedzi z dnia 13 grudnia 2019 r. na pytanie nr 1, w którym zwrócono się o potwierdzenie, iż wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy poinformował, że *dla programów funkcjonalno-użytkowych, zawartych w Tomie V SIWZ wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zaś dla projektów wykonawczych przekazanych w SIWZ wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy.* Ponadto Zamawiający zapytany o charakter załączonych przedmiarów i wskazanych w nich ilości, w odpowiedzi na pytanie nr 2 poinformował, że *Przedmiar Robót ma charakter informacyjny, a ilości ustalone w Przedmiarze Robót są ilościami szacunkowymi, w celu zapewnienia wspólnej podstawy do składania ofert, zgodnie z Subklauzulą 12.2 Tomu II SIWZ. Przedmiary robót należy odczytywać w powiązaniu z Warunkami Ogólnymi oraz Warunkami Szczególnymi stanowiącymi Tom II SIWZ oraz w powiązaniu z Tomem III SIWZ i Tomem V SIWZ. Ponadto Wykonawca sporządzając ofertę jest zobowiązany do uwzględnienia w wypełnionym przedmiarze pełnego zakresu prac i robót potrzebnych do realizacji kontraktu, zgodnie z pkt 13.3 Tomu I SIWZ – IDW. Wykonawca zobowiązany jest do wyceny pełnego zakresu prac projektowych, robót budowlanych i usług konfiguracyjnych wskazanych w SIWZ. W przypadku braku pozycji w przedmiarze dostarczonym przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia tego zakresu w innych pozycjach. Jednocześnie Zamawiający zaznacza, że w przypadku różnic ilości przedmiarowych i dokumentacji SIWZ obmiarowych zastosowanie będzie miała Klauzula 12, np.: a) w sytuacji wskazania w przedmiarze 100 jednostek, gdzie w dokumentacji projektowej/obmiarowej przewidziano 120 jednostek Zamawiający zwiększy wynagrodzenie Wykonawcy o 20 jednostek zgodnie z ceną jednostkową wskazaną w Ofercie; b) w sytuacji odwrotnej Zamawiający pomniejszy odpowiednio wynagrodzenie.*

Zgodnie z Subklauzulą 12.2 Warunków Szczególnych – *Przedmiar Robót należy odczytywać w powiązaniu z Warunkami Ogólnymi oraz Warunkami Szczególnymi, Specyfikacją oraz Dokumentacją Projektową. Wszelkie ilości ustalone w Przedmiarze Robót są ilościami szacunkowymi podanymi w ofercie, w celu zapewnienia wspólnej podstawy do składania ofert. Krótkie opisy pozycji w Przedmiarze Robót przedstawione są tylko dla celów identyfikacyjnych i nie powinny w żaden sposób modyfikować bądź anulować szczegółowego opisu zawartego w Kontrakcie, w tym w Warunkach Ogólnych oraz Warunkach Szczególnych, Specyfikacji oraz Dokumentacji Projektowej. Wykonawca wyceniając poszczególne pozycje, powinien odnosić się do wyżej wymienionych*

dokumentów w celu uzyskania pełnych wskazówek, informacji, instrukcji i opisów Robót oraz zastosowanych Materiałów.

Zgodnie z Subklauzulą 12.3 – wprowadzone zostały zasady ustalenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, na którą składają się: wartość robót netto, określona przez Zamawiającego Kwota Warunkowa i podatek VAT. Zamawiający w § 5 Wzoru Umowy możliwość zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej o koszt koniecznych do wykonania Robót w związku ze zmianami wynikającymi z ujawnionej wady Dokumentacji Projektowej i innych przewidzianych w Umowie zmian koniecznych do należytego wykonania przedmiotu Umowy (np. spowodowane wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami atmosferycznymi, kolizją z innymi inwestycjami, opóźnieniem w przekazaniu prawa dostępu, odkryciem złóż), obliczany na podstawie subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych.

Subklauzula 12.3 – przed jej modyfikacją wprowadzał mechanizm uzgodnienia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, wskazując na konieczność przedstawienia do weryfikacji Inżynierowi, a następnie przy jego pozytywnej opinii do akceptacji Zamawiającego katalogów cen Robót, z których ceny średnie (aktualne na datę wykonania wyceny) będą podstawą do wyceny Robót, które zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej, a nie zostały ujęte w Przedmiarze Robót (dla których nie ma zastosowania żadna z pozycji z Przedmiaru Robót) oraz dla Robót, których wykonanie następuje w wyniku zmiany Umowy.

Po modyfikacji z dnia 13 grudnia 2019 r. zapis subklauzuli 12.3 uległ zmianie w ten sposób, iż katalogi cen przedstawiane do akceptacji w ciągu 21 dni od daty zawarcia Umowy stanowić mają podstawę do wyceny Robót (dla których nie ma zastosowania żadna z pozycji z Przedmiaru Robót) oraz dla Robót, których wykonanie następuje w wyniku zmiany Umowy. Usunięto również akapit, w którym wcześniej wskazano, *W przypadku wystąpienia Robót, które zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej, a nie zostały ujęte w Przedmiarze Robót (dla których nie ma zastosowania żadna z pozycji z Przedmiaru Robót), Inżynier wyda polecenie dodania odpowiedniej pozycji w Wykazach, która będzie podlegać wycenie i zatwierdzeniu przez Zamawiającego.*

Na rozprawie Zamawiający wyjaśnił, iż subklauzula 12.3 dotyczy sytuacji, w której zachodziłaby konieczność wykonania dodatkowych prac, które nie były ujęte w Dokumentacji Projektowej i zawiera mechanizm wyceny tych dodatkowych prac. W brzmieniu sprzed nowelizacji, subklauzula ta prowadziła do podwójnej płatności, gdyż Wykonawcy zobowiązani są wyceni całość prac objętych Dokumentacją Projektową w ofercie.

Zamawiający przewidział kwoty warunkowe, do których odnosi się subklauzula 13.5 Warunków Szczególnych, służąca pokryciu płatności za pracę lub Roboty, które mają być wykonane przez Wykonawcę (włączając Urządzenia, Materiały lub usługi do dostarczenia) i

wycenione według subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 284 z dnia 19 grudnia 2019 r. Zamawiający informował, iż *zgodnie z zapisami Subklauzuli 13.5 Warunków szczególnych kontraktu, kwota warunkowa może służyć do pokrycia płatności za pracę lub Roboty, które mają być wykonane przez Wykonawcę w przypadku m.in. kosztów prac i Robót które nie zostały wyszczególnione w Przedmiarze Robót i Dokumentacji Projektowej, a które są konieczne do realizacji przedmiotu Umowy. W takim przypadku zastosowanie znajdzie Subklauzula 12.3 Warunków Szczególnych Kontraktu.*

Na podstawie poczynionych powyżej ustaleń Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze oświadczenie Odwołującego złożone do protokołu posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy o wycofaniu zarzutu nr 2, odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie wyznaczonym zarzutem nr 1, tj. naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 629 i 630 KC w zw. z art. 656 KC w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp przez wprowadzenie do treści siwz niespójnych postanowień odnoszących się do charakteru wynagrodzenia umownego i sposobu rozliczania robót objętych Dokumentacją Projektową, które nie zostały ujęte w żadnej pozycji przedmiarowej, a w konsekwencji wprowadzenie postanowień naruszających istotę wynagrodzenia kosztorysowego i generujących ryzyko nieporównywalności ofert.

Zasadniczą, z punktu widzenia okoliczności przedstawionych w odwołaniu i omówionych na rozprawie, pozostawała kwestia zasad rozliczenia robót objętych Dokumentacją Projektową, a których Zamawiający nie przeniósł do Przedmiaru Robót, stanowiącego dokument służący do ustalenia ceny ofertowej. Zmiana subklauzuli 12.3 Warunków Szczególnych Kontraktu spowodowała, iż wyłączonej z mechanizmu uzgodnienia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, wprowadzonego dla sytuacji powodujących zmianę Umowy w zakresie wynagrodzenia kosztorysowego należnego za pracę lub Roboty, została sytuacja dotycząca Robót przewidzianych w Dokumentacji Projektowej, które nie zostały ujęte w żadnej pozycji przedmiarowej. Dyskurs pomiędzy stronami sprowadzał się do analizy sposobu rozumienia obowiązku wyceny projektu realizowanego w systemie „buduj”, gdzie opis przedmiotu zamówienia zawierał się w dokumentach formalnych, takich jak dokumentacja projektowa, STWiOR oraz przedmiary. Chociaż Odwołujący formułował tezę, iż postanowienia siwz naruszać mają istotę wynagrodzenia kosztorysowego, to faktycznie ciężar argumentów prezentowanych na rozprawie dotyczył tego, czy wycena projektu może ograniczać się do obliczenia kosztów prac ujętych i opisanych w Przedmiarze Robót. Odwołujący nie podważał

zasadności przyjęcia wynagrodzenia kosztorysowego dla projektów wykonawczych, jak również nie wskazał konkretnych przykładów robót, które miałyby wynikać z dokumentacji projektowej, a które nie zostały ujęte w Przedmiarze Robót. Żądanie jakie zmodyfikował na rozprawie sprowadzało się do żądania nakazania Zamawiającemu, aby roboty, które zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej, a nie zostały ujęte w Przedmiarze Robót, były rozliczane zgodnie z postanowieniami subklauzuli 12.3 sprzed modyfikacji. Zamawiający natomiast stał na stanowisku, iż wprowadzona modyfikacja była konieczna, gdyż mechanizm opisany w subklauzuli 12.3 został wprowadzony na potrzeby rozliczenia robót koniecznych do należytego wykonania Umowy, które nie zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej.

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż zarzut potrzymany przez Odwołującego sprowadzał się do wykazania niespójności postanowień siwz w zakresie związanym ze sposobem wynagrodzenia wykonawcy (kosztorysowym) oraz wskazaniem na konieczność uwzględnienia w pozycjach przedmiarowych kosztów prac, które wynikają z Dokumentacji Projektowej, a nie zostały wprost przypisane przez Zamawiającego do żadnej z pozycji Przedmiaru Robót. Odwołujący powoływał się na subklauzulę 12.3 Warunków Szczególnych Kontraktu sprzed modyfikacji wprowadzonej w dniu 13.12.2019 r., która istotnie zmieniła sens zapisu dotyczącego rozliczenia prac, które zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej. Żądanie, jakie ostatecznie sformułował na rozprawie sprowadzać miało się do przyjęcia reguły, zgodnie z którą Wykonawca mógłby żądać dodatkowego wynagrodzenia – ponad przewidziane w ofercie, za roboty opisane Dokumentacją Projektową, na podstawie mechanizmu wprowadzonego przez Zamawiającego na potrzeby zmiany Umowy podyktowanej koniecznością wykonania prac, które nie zostały przewidziane pierwotnie w dokumentacji. Jak ujął to Zamawiający – Odwołujący zmierzał do uznania, iż przedmiar wyceniony w ofercie uwzględnia cenę wyłącznie za pozycje opisane, niezależnie od tego, że przy wycenie należało uwzględnić całość zakresu robót wynikający z Dokumentacji Projektowej. Miałoby to ten skutek, iż Wykonawca byłby zwolniony ze szczegółowej analizy Dokumentacji Projektowej, przyjmując za wystarczający zakres prac opisany Przedmiarem Robót. W ocenie Odwołującego taki sposób wyceny oferty czyniłby przejrzystą ocenę ofert bez konieczności ustalenia, w jaki sposób poszczególni wykonawcy uwzględniali koszty prac, które nie były opisane w Przedmiarze Robót, a wynikają z Dokumentacji Projektowej. W jego ocenie zamiarem Zamawiającego było, aby ewentualne roboty opisane w Dokumentacji Projektowej, nie znajdujące odzwierciedlenia w żadnej pozycji przedmiarowej, rozliczyć odrębnie (strona 5 odwołania).

Oddalając odwołanie, Izba uznała, iż żądanie Odwołującego prowadziłoby do istotnej zmiany koncepcji zamówienia realizowanego w konwencji „buduj”, gdzie to Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, oczekując jego wyceny w całości. Modyfikacja – subklauzuli 12.3,

faktycznie nie prowadziła do niespójności zapisów siwz – w których konsekwentnie Zamawiający wymagał wyceny kosztów wykonania prac ujętych w Dokumentacji Projektowej, miała natomiast na celu wskazanie mechanizmu ustalenia dodatkowego wynagrodzenia za prace nie wynikające z tej dokumentacji. Wskazuje na to, wbrew wnioskowi Odwołującego – odpowiedź na pytanie nr 284 z dnia 19.12.2019 r., w której Zamawiający poinformował, że *zgodnie z zapisami Subklauzuli 13.5 Warunków Szczególnych Kontraktu, kwota warunkowa może służyć do pokrycia płatności za pracę lub Roboty, które mają być wykonane przez Wykonawcę w przypadku m.in. kosztów prac i Robót, które nie zostały wyszczególnione w Przedmiarze Robót i w Dokumentacji Projektowej, a które są konieczne do realizacji przedmiotu Umowy. W takim przypadku zastosowanie znajdzie Subklauzula 12.3 Warunków Szczególnych Kontraktu.*

Zamawiający w subklauzuli 12.2 ustalił charakter przedmiaru, który nie uległ zmianie na skutek modyfikacji subklauzuli 12.3. *Przedmiar Robót należy odczytywać w powiązaniu z Warunkami Ogólnymi oraz Warunkami Szczególnymi, Specyfikacją oraz Dokumentacją Projektową. Wszelkie ilości ustalone w Przedmiarze Robót są ilościami szacunkowymi podanymi w ofercie, w celu zapewnienia wspólnej podstawy do składania ofert. Krótkie opisy pozycji w Przedmiarze Robót przedstawione są tylko dla celów identyfikacyjnych i nie powinny w żaden sposób modyfikować bądź anulować szczegółowego opisu zawartego w Kontrakcie, w tym w Warunkach Ogólnych oraz Warunkach Szczególnych, Specyfikacji oraz Dokumentacji Projektowej. Wykonawca wyceniając poszczególne pozycje, powinien odnosić się do wyżej wymienionych dokumentów w celu uzyskania pełnych wskazówek, informacji, instrukcji i opisów Robót oraz zastosowanych Materiałów.*

Powyższe w sposób jednoznaczny wskazuje, że Przedmiar Robót stanowił dokument wtórny wobec opisu ujętego w Dokumentacji Projektowej, która identyfikowała zakres świadczenia podlegającego wycenie. Nie można oczywiście pominąć faktu, że przygotowany dokument miał pomóc przygotować prawidłową ofertę i wykluczyć ewentualne ryzyko nieporównywalności ofert. Powyższe nie czyni jednak zapisów siwz, wskazujących na konieczność wyceny wszystkich kosztów, niespójnym z przyjętym charakterem wynagrodzenia kosztorysowego.

Odwołujący nie formułował zarzutu co do kompletności Przedmiaru Robót, jego zastrzeżenia wynikały z ogólnego dążenia do wykluczenia możliwości przypisania Wykonawcy odpowiedzialności za analizę Dokumentacji Projektowej, która powinna poprzedzać wycenę prac. Przedmiar miał charakter pomocniczy i przy tak dużym projekcie może nie wyczerpywać całości opisu prac, które Wykonawca zobowiązany jest wycenić. Można

wskazać dla zobrazowania różnicy stanowisk stron, iż Zamawiający oczekuje wyceny robót z uwzględnieniem wszystkich danych technicznych, jakie mogą wpływać na kalkulację kosztów, natomiast Odwołujący swoją wycenę chce sprowadzić do wypełnienia przedmiaru robót, w zakresie ujętym opisem danej pozycji.

Powyższe wskazuje, iż to nie brak spójności postanowień siwz, ale odmienna koncepcja przygotowania wyceny projektu, prowadziła do złożenia odwołania. Żądanie Odwołującego – przywrócenia poprzedniego stanu, gdzie prace ujęte Dokumentacją Projektową miałyby być rozliczane odrębnie oznaczałoby, iż oferta nie dotyczyłaby w całości przedmiotu zamówienia, co mogłoby prowadzić do obejścia przepisów Ustawy i udzielenia zamówienia publicznego z pominięciem trybu ustawowego.

W świetle powyższego, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego o obciążyla nimi Odwołującego.

Przewodniczący: