

WYROK
z dnia 11 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska-Romek**
 Katarzyna Brzeska
 Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2013 r. przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Narodowe we Wrocławiu, pl. Powstańców Warszawy 5, 50-153 Wrocław**,

przy udziale **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **Muzeum Narodowe we Wrocławiu, pl. Powstańców Warszawy 5, 50-153 Wrocław** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia publicznego jest rewaloryzacja i przebudowa budynku Pawilonu Czterech Kopuł na cele wystawiennicze Muzeum Narodowego we Wrocławiu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 grudnia 2012 roku pod poz. 2012/ S 250-414095.

W dniu 13 stycznia 2013 roku odwołujący – Skanska S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie, pomimo oświadczenia zamawiającego, złożonego w dniu 15 stycznia 2013 roku (Sygn. akt. KIO 45/13) w całości zarzutów odwołania wykonawcy z dnia 08.01.2013 r., w tym w szczególności nie dokonania zmiany wadliwie opisanego przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji odwołujący zarzucił postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszenie:

- I. art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty zwłaszcza, iż jedynym kryterium jest cena ryczałtowa, jak również naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez:
 1. niewykazanie faktycznego zakresu robót w ten sposób, iż zakres szeregu robót i/lub czynności określonych w projektach wykonawczych możliwy będzie do oszacowania co do ich wielkości jak i rzeczywistego kosztu realizacji dopiero po wykonaniu określonych działań, a więc na etapie realizacji, np. „po odkryciu górnych powierzchni stropodachów oraz kopuł możliwa będzie ocena ich stanu technicznego i nośności” (projekt wykonawczy - projekt rozbiórek - uwagi końcowe); „po wykonaniu rozbiórek demontażach i oczyszczeniach elementów konstrukcyjnych możliwa będzie ocena ilości stropów wymagających wzmocnienia” (projekt wykonawczy - opis techniczny Architektura -wzmocnienie elementów konstrukcji żelbetowych);
 2. określenie w zmodyfikowanym na skutek odwołania § 6 ust. 4 wzoru Umowy, że „Kwota umowna brutto obejmuje wszystkie nakłady i koszty wyliczone w oparciu o projekty budowlane, projekty wykonawcze STWiORB, oględziny własne obiektu, Terenu budowy i obiektów bezpośrednio sąsiadujących, obowiązujące przepisy, wiedzę techniczną oraz wszelkie inne koszty związane z realizacją przedmiotu umowy. Ponadto, kwota umowna brutto uwzględni również koszty: a) obsługi geodezyjnej, geologicznej i archeologicznej, (...)”, przy braku możliwości ich wyliczenia, oraz założeniu przyjętym w § 6 ust. 2, że Wykonawca „nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu, o koszty

niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia, jeżeli w chwili składania ofert mógł je przewidzieć.”

3. zobligowanie Wykonawcy do uwzględnienia i wyceny zaleceń określonych w aktualizacji deklaracji instytucji odpowiedzialnej za monitoring obszarów Natura 2000 Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska we Wrocławiu, poprzez bliżej nieokreśloną na etapie ofertowym, możliwość występowania miejsc gniazdowania ptaków i rozrodu nietoperzy - gatunków objętych ochroną a w konsekwencji ewentualną konieczność uzyskania stosownego zezwolenia na czynności zakazane w stosunku do ochrony gatunków zwierząt zgodnie z zapisami art. 56 ustawy o ochronie przyrody oraz przewidzieć właściwie działania kompensujące np. instalacja budek lęgowych dla ptaków lub schronień dla nietoperzy, przy założeniu, iż projekt budowlany został już opracowany, decyzja o pozwoleniu na budowę wydana a obszar będący przedmiotem zainteresowania znajduje się pod ochroną konserwatorską jak również został wpisany na Listę Światowego Dziedzictwa UNESCO 13.07.2006 - jako otoczenie Hali Stulecia (Pismo Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska we Wrocławiu z dnia 5.12.2012 r., (znak: WPN.6323.1.470.2012.MŁ) - załącznik nr 8, zamieszczony w projekcie budowlanym - strona 127).
 4. brak określenia wielkości i zakresu robót archeologicznych w tym inwentaryzacji i rozbiórki obiektów archeologicznych, geologicznych, saperskiego rozpoznania terenu, które Wykonawca winien uwzględnić w cenie ofertowej,
- II. art. 30 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uzależnienie na etapie realizacji możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych od akceptacji projektanta, (Projekt Wykonawczy, Instalacje sanitarne - Tom 4 pkt. I ppkt.4 Faza opracowania i uwagi ogólne, str.3.
- III. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp poprzez bezprawne wprowadzenie do projektu umowy warunków prowadzących do pokrzywdzenia Wykonawcy przy wyraźnym uprzywilejowaniu Zamawiającego, w szczególności poprzez:
1. brak możliwości ubiegania się Wykonawcy o dodatkowy koszt w przypadku wystąpienia okoliczności od Wykonawcy niezależnych, których rozmiar, czas i koszt są okolicznościami przyszłymi i niepewnymi, a dokumentacja projektowa nie przewiduje nawet przybliżonych wartości jakie stanowiłyby podstawę wyceny takich okoliczności jak:
 - a. wykrycie instalacji, urządzeń lub budowli podziemnych nie ujętych w

- dokumentacji projektowej i nie zinwentaryzowanych przez właścicieli i gestorów instalacji i urządzeń, a wymagających przebudowy w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy,
- b. odkrycie na terenie budowy broni, bomb, niewybuchów lub innych materiałów wybuchowych, szczątków ludzkich oraz przedmiotów o znaczeniu archeologicznym i historycznym,
- c. opóźnienia w uzyskaniu wszelkich zezwoleń, decyzji, uzgodnień, opinii, ekspertyz itp. warunkujących wykonanie przedmiotu umowy,
- d. opóźnienia powstałe na skutek nałożenia na Wykonawcę w trakcie wykonywania przedmiotu umowy wezwań konieczności sporządzenia ekspertyz itp. warunkujących wykonanie przedmiotu umowy,
- e. opóźnienia powstałe w wyniku wypełnienia obowiązków nałożonych na Wykonawcę aktualizacją deklaracji instytucji odpowiedzialnej za monitoring obszarów Natura 2000 Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska we Wrocławiu, pismo znak WPN.6323.1.470.2012.MŁ z dnia 5 grudnia 2012r.
- f. terminy nałożone przez organy administracji publicznej w zezwoleniach, decyzjach, uzgodnieniach, opiniach, itp. dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe dotyczy również terminów nałożonych przez organy administracji publicznej wydanych w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia;
- g. warunki atmosferyczne i fizyczne;
2. poprzez niejasną treść i cel zapisu § 9 ust. 25.7 wzoru Umowy, będący „iluzją” uwzględnienia przez Zamawiającego ewentualnej zmiany podatku VAT na wysokość wynagrodzenia przez to, że „W przypadku zmiany wysokości stawek podatku od towarów i usług w okresie realizacji projektu, Wykonawca przedłoży zamawiającemu harmonogram rzeczowo - finansowy z odpowiednio przeliczonymi kwotami netto i VAT. Przedłożenie nowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku realizacji robót wg ostatniego zatwierdzonego przez strony Harmonogramu rzeczowo-finansowego (...)”
3. poprzez sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku i zasadami współżycia społecznego uregulowanie biegu okresu gwarancji i obowiązków Wykonawcy do „zaproszenia” Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu celem dokonania przeglądu gwarancyjnego pod rygorem zawieszenia biegu terminu gwarancji (§13 projektu Umowy);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym wzorca umownego oraz dokumentacji projektowej w zakresie objętym zarzutami, w szczególności, w ten sposób, że:

1. Zamawiający jednoznacznie wskaże, co jest przedmiotem zamówienia, w szczególności poprzez:

- doprecyzowanie w dokumentacji projektowej, w tym w projektach wykonawczych faktycznego rozmiaru i zakresu robót koniecznych do wykonania, wszędzie tam, gdzie dany rodzaj prac, ich rozmiar i zakres możliwy jest do ustalenia dopiero w następstwie podjęcia określonych działań - na etapie realizacji, ewentualnie przyjęcia w miejsce ceny ryczałtowej wynagrodzenia kosztorysowego za realizację przedmiotu zamówienia,

- jednoznaczne określenie jaki zakres (rozmiar) robót, wskazanych do wykonania, będący treścią zamówienia podstawowego, winien zostać przez Wykonawcę uwzględniony przy określaniu ceny ofertowej, a jaki zakres ponad to, jeżeli wystąpi, zostanie zrealizowany w trybie zamówień uzupełniających przy jednoznacznym wskazaniu jasnych kryteriów ustalenia ceny: w tym:

- wskaże przewidywany rozmiar i zakres prac saperskich możliwych do wystąpienia przy realizacji przedmiotu zamówienia, umożliwiając ich wycenę;

- wskaże przewidywany rozmiar i zakres prac archeologicznych, w tym ile obiektów jest do zinventaryzowania, umożliwiając ich wycenę;

- wskaże jednoznacznie i precyzyjnie czy występuje możliwość gniazdowania ptaków i rozrodu nietoperzy itd., a co za tym idzie jakie czynności, w jakim zakresie ,w jakiej ilości winny być wykonane,

2. ponadto Zamawiający:

- dokona modyfikacji warunków szczególnych umowy poprzez wprowadzenie możliwości ubiegania się o uzasadniony koszt we wszystkich przypadkach wskazanych w zarzutach, w tym w sytuacjach gdzie Zamawiający dopuścił możliwość zmiany terminu realizacji,

- zmodyfikuje zapis § 9 ust. 25.7 wzoru umowy, poprzez wykreślenie zapisu „Przedłożenie nowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku realizacji robót wg ostatniego zatwierdzonego przez strony Harmonogramu rzeczowo-finansowego (...)”,

- zmodyfikuje § 6 ust. 4 wzoru Umowy poprzez wykreślenie w ppkt a) „obsługi geologicznej i archeologicznej”; oraz dodanie po zwrocie „oraz wszelkie inne koszty związane z realizacją przedmiotu umowy” - „możliwe do przewidzenia na podstawie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej na etapie składania oferty”.

3. względnie o inną modyfikację wskazanych postanowień w celu ich dostosowania do treści przepisów ustawy Pzp i k.c.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w toku rozprawy, Izba ustala, co następuje:

W dniu 8 stycznia 2013 roku odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, kwestionując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w dniu 15 stycznia 2013 roku uwzględnił wszystkie zarzuty zawarte w treści tego odwołania, co w konsekwencji stało się podstawą do wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego (Sygn. akt KIO 45/13). Wykonując obowiązek, wynikający z treści art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp zamawiający w dniu 23 stycznia 2013 roku zamieścił na stronie internetowej zmodyfikowaną treść siwz oraz wzór umowy, w których:

1. usunięto załącznik nr 8 do siwz Uwagi Zamawiającego - szczegółowy zakres robót, co do którego odwołujący podniósł szereg zarzutów w pkt I oraz II.1, II. 2, III.2 oraz III.3 odwołania z dnia 8 stycznia 2013 roku,
2. udostępniono wykonawcom Przedmiar Robót, wskazując, że pełni on rolę wyłącznie materiału pomocniczego przy wycenie a zawarte w nim wielkości należy traktować jako orientacyjne (pkt III ppkt 5 siwz),
3. usunięto postanowienia wzoru umowy dotyczące konieczności uwzględnienia i wyceny zaleceń określonych w Piśmie Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska we Wrocławiu z dnia 5 grudnia 2012 roku, pismo przeniesiono do Projektu budowlanego - strona 127 (pkt XXVII siwz).
4. przewidziano możliwość udzielenia zamówień uzupełniających (pkt XX siwz).
5. przewidziano obowiązek przedłożenia kosztorysu ofertowego, zawierającego kalkulację uproszczoną z użyciem cen jednostkowych, tabelę wartości elementów scalonych (pkt XVI ppkt 3 siwz oraz § 2 ust. 4 wzoru umowy).
6. przewidziano możliwość zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w sytuacjach wystąpienia okoliczności wymienionych w § 5 ust. 6 wzoru umowy w zw. z § 17 ust. 3k
7. zmodyfikował szereg postanowień wzoru umowy kwestionowanych w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2013 roku.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie polega oddaleniu.

Izba uznała, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zdaniem Izby również przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca - Budimex S.A. legitymuje się interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje, bowiem jest wykonawcą zainteresowanym udziałem i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego. Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Budimex S.A. w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego.

Zarzuty z pkt I odwołania dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez niejednoznaczne i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty zwłaszcza, iż jedynym kryterium jest cena ryczałtowa, jak również naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Na wstępie Izba wskazuje, że zarzut ten był objęty odwołaniem z dnia 8 stycznia 2013 roku i zamawiający, wykonując czynności w wyniku uwzględnienia odwołania, przekazał wykonawcom Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, doprecyzował faktyczny rozmiar i zakres robót koniecznych do wykonania wszędzie tam, gdzie dany rodzaj prac, ich rozmiar i zakres możliwy jest do ustalenia. Przyznać należy rację zamawiającemu, że część żądań zawartych w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2013 roku nie była możliwa w ogóle do spełnienia. Niemożliwym do spełnienia przez zamawiającego było np. wskazanie przewidywanego rozmiaru i zakresu prac saperskich, prac archeologicznych czy jednoznacznego podania czy występuje możliwość gniazdowania ptaków i rozrodu nietoperzy a także wykreślenie wszelkich postanowień, z których wynika, iż wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty nie ujęte w dokumentacji projektowej, których nie dało się przewidzieć, niemożliwe do ustalenia ze względu na faktyczny zakres prac. Wykreślenie przywołanych postanowień, zgodnie z żądaniem odwołującego, zaprzeczałoby istocie wynagrodzenia ryczałtowego, jakie zostało ustalone w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Zatem za nieuzasadniony należy zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przez niewykonanie, pomimo uwzględnienia odwołania z dnia 8 stycznia 2013 roku, wszystkich żądań tego odwołania.

Izba zważyła, że przedmiotem umowy na roboty budowlane jest osiągnięcie zamierzonego celu (rezultatu) polegającego na oddaniu przewidzianego w umowie obiektu budowlanego, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, wykonanego zgodnie z projektem z zasadami wiedzy technicznej.

Mając na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie zabytkowego, stuletniego obiektu Muzeum Narodowego we Wrocławiu, znajdującego się pod ochroną konserwatorską, wpisanego na Listę Światowego Dziedzictwa UNESCO, Izba stwierdziła, że przy tego typu pracach naturalnym jest, że zamawiający na etapie sporządzania dokumentacji projektowej nie jest w stanie przewidzieć pełnego zakresu i rozmiaru robót, jakie będą konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, uzyskania oczekiwanego efektu. W trakcie procesu budowlanego, którego przedmiot obejmuje m.in.: prace rozbiórkowe czy roboty renowacyjne mające na celu przywrócenie obiektowi dawnego wyglądu, może okazać się, że istotnie szereg robót i czynności oraz ich wielkość i ilość będzie możliwa do oszacowania dopiero po wykonaniu określonych działań. Stąd, zdaniem Izby dopuszczalne są sformułowania użyte w projekcie wykonawczym, a kwestionowane przez odwołującego typu „po wykonaniu rozbiórek, demontażach i oczyszczeniach elementów konstrukcyjnych możliwa będzie ocena ilości stropów wymagających wzmocnienia” czy „po odkryciu górnych powierzchni stropodachów oraz kopuł możliwa będzie ocena ich stanu technicznego i nośności”. Na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej nie jest możliwe także przewidzenie i precyzyjne określenie wielkości i zakresu robót archeologicznych, geologicznych, saperskiego rozpoznania terenu czy wskazanie występowania miejsc gniazdowania ptaków i rozrodu nietoperzy. Okoliczność tą przyznał sam odwołujący w toku rozprawy, stąd żądanie odwołującego określone w pkt I. 4 co do podania przez zamawiającego wielkości i zakresu tych robót jest niemożliwe do spełnienia. Niewątpliwie wykonawca, kalkulując cenę oferty, która w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy ponosi ryzyko związane z koniecznością pokrycia ewentualnych kosztów prac archeologicznych, geologicznych, saperskich oraz ryzyko związane z instalacją budek lęgowych dla ptaków lub schronień dla nietoperzy, których ilość nie jest na etapie przygotowania dokumentacji sprecyzowana. W warunkach ceny ryczałtowej ryzyko uwzględnienia wszystkich prac wymaganych dla realizacji całości przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem tego przedmiotu dokonany przez zamawiającego, w formie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarów, spoczywa bowiem na wykonawcy. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie z góry wynagrodzenia za całość prac w stałej kwocie, która ma co do zasady charakter niezmienny. Z dyspozycji art. 632§ 1 k.c. wynika, że w sytuacji ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, choćby z czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Wyjątkiem od wyżej

określonej zasady jest taka zmiana stosunków, których nie można było przewidzieć, że wykonanie robót groziłoby przyjmującemu zamówienia rażąco strata. Wówczas sąd może podwyższyć ustalony przez strony ryczałt lub rozwiązać umowę. Zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza także możliwości udzielenia wykonawcy zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo także udzielić przy wynagrodzeniu ryczałtowym zamówień uzupełniających, które wcześniej zostały przewidziane przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu i które wykraczają poza określenie przedmiotu zamówienia, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do zmiany § 6 ust. 4 oraz § 6 ust. 2 zmodyfikowanego wzoru umowy, wskazując, że sformułowania tam zawarte są wyrazem przyjętego przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, którego istotą jest to, że kwota umowna obejmuje wszystkie nakłady i koszty wyliczone w oparciu o projekty budowlane, projekty wykonawcze STWiORB, oględziny własne, terenu budowy i obiektów bezpośrednio sąsiadujących, obowiązujące przepisy, wiedzę techniczną oraz wszelkie inne koszty związane z realizacją umowy a wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego.

Zarzut z pkt II odwołania dotyczący naruszenie art. 30 ust. 4 ustawy Pzp przez uzależnienie na etapie realizacji możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych od akceptacji projektanta.

Izba wskazuje, na wstępie, że zarzut ten, był co prawda objęty odwołaniem z dnia 8 stycznia 2013 roku (pkt V odwołania z dnia 8 stycznia 2013 roku), to jednak w odwołaniu tym nie sformułowano żądania co do tego zarzutu. W świetle braku sprecyzowania w odwołaniu z dnia 8 stycznia 2013 roku żądania co do wyżej określonego zarzutu nie można aktualnie czynić zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, zgodzić się należy z zamawiającym, że w Projekcie wykonawczym, Instalacje Sanitarne, Tom 4, pkt I ppkt 4 Faza Opracowania i uwagi ogólne, str. 3, dopuszczono zastosowanie materiałów, elementów, rozwiązań konstrukcyjnych, technicznych oraz technologicznych, urządzeń równoważnych o parametrach nie gorszych niż zastosowane w projekcie. Jednocześnie wskazano, że zastosowanie rozwiązań równoważnych na etapie realizacji wymaga akceptacji projektanta.

Zarzuty z pkt III odwołania dotyczący naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp przez bezprawne wprowadzenie do projektu umowy warunków prowadzących do pokrzywdzenia wykonawcy przy wyraźnym uprzywilejowaniu zamawiającego.

Zarzut ten był objęty odwołaniem z dnia 8 stycznia 2013 roku, odwołujący wówczas wskazywał na brak możliwości ubiegania się o przedłużenie czasu na ukończenie oraz dodatkowy koszt w przypadku wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy, których rozmiar, czas i koszt są okolicznościami przyszłymi i niepewnymi. W wyniku modyfikacji z dnia 15 stycznia 2013 roku zamawiający dopuścił we wzorze umowy zmianę terminu realizacji zamówienia w okolicznościach wskazanych przez odwołującego. Zdaniem Izby, niemożliwym jest natomiast, przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym, które przewidział zamawiający w tym postępowaniu, spełnienie żądania odwołującego i przyznanie możliwości ubiegania się o dodatkowe wynagrodzenie w sytuacji wystąpienia okoliczności niezależnych od wykonawcy, których rozmiar, czas i koszty są okolicznościami przyszłymi i niepewnymi, np. odkrycie na terenie budowy bomb, broni, niewybuchów lub innych materiałów wybuchowych, szczątków ludzkich czy wykrycie instalacji, urządzeń lub budowli podziemnych nie ujętych w dokumentacji projektowej lub opóźnienia w uzyskaniu zezwoleń, decyzji, uzgodnień, ekspertyz itp. Okoliczności te mogą niewątpliwie wystąpić w trakcie realizacji robót i wówczas zamawiający winien rozważyć czy nie zachodzą przesłanki do udzielenia zamówień dodatkowych, których nie można było przewidzieć.

Odnosnie pkt 2 wskazać należy, że uwzględniając żądanie odwołania z dnia 8 stycznia 2013 roku zamawiający w § 9 ust. 25.7 wzoru umowy wskazał, że „W przypadku zmiany wysokości stawek podatku od towarów i usług w okresie realizacji projektu, wykonawca przedłoży zamawiającemu harmonogram rzeczowo - finansowy z odpowiednio przeliczonymi kwotami netto i VAT. Przedłożenie nowego Harmonogramu rzeczowo - finansowego nie zwalnia wykonawcy z obowiązku realizacji robót wg ostatniego zatwierdzonego przez strony Harmonogramu rzeczowo – finansowego (..)”. W ocenie Izby, zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił w sposób spójny i logiczny, że postanowienie § 9 ust. 25.7 wzoru umowy o treści „nie zwalnia wykonawcy z obowiązku realizacji robót wg ostatniego zatwierdzonego przez strony Harmonogramu rzeczowo - finansowego” dotyczy wyłącznie terminów i etapów wykonania zdania a nie wynagrodzenia zmienionego na skutek zmiany stawki podatku VAT. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, złożonej do akt sprawy, wskazał, że obowiązek realizacji wg ostatniego zatwierdzonego harmonogramu rzeczowo- finansowego, w sytuacji zmiany stawki podatku VAT nie dotyczy konieczności realizacji robót objętych zamówieniem po dotychczasowych cenach a wyłącznie według dotychczasowych terminów pośrednich.

Odnosnie pkt 3 Izba wskazuje, że zarzut ten nie był objęty odwołaniem z dnia 8 stycznia 2013 roku, zaś kwestionowanie w rozpatrywanym odwołaniu postanowienia § 13 wzoru umowy, w sytuacji gdy treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy, była udostępniona wykonawcom od 29 grudnia 2012 roku, należy uznać za spóźnione.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że nie jest sprzeczne, jak podnosi odwołujący, z naturą i zasadami współżycia społecznego uregulowanie w § 13 wzoru umowy biegu okresu gwarancji i obowiązków wykonawcy od „zaproszenia” zamawiającego i Inżyniera Kontraktu celem dokonania przeglądu gwarancyjnego pod rygorem zawieszenia biegu terminu gwarancji. Postanowienie to jest dopuszczalne na gruncie, wynikającej z art. 353¹ k.c. swobody umów, a odwołujący nie uzasadnił na czym polega sprzeczność kwestionowanego postanowienia z obowiązującymi przepisami prawa. Wymóg „zaproszenia” zamawiającego i Inżyniera Kontraktu celem dokonania przeglądów gwarancyjnych jest dozwolonym uzupełnieniem zasad odpowiedzialności gwarancyjnej, określonych w kodeksie cywilnym.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....