

Sygn. akt: KIO 15/12  
Sygn. akt: KIO 16/12  
Sygn. akt: KIO 17/12

**WYROK**  
**z dnia 16 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A. w dniu 2 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135**
- B. w dniu 2 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135**
- C. w dniu 2 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135**

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego **Gdańska Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o., ul Kartuska 201, 80-122 Gdańsk**

**orzeka:**

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** tytułem wpisów od odwołań w sprawach o sygn. akt: KIO 15/12, KIO 16/12 i KIO 17/12,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk S.A. 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135** na rzecz **Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **7 380 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy trzysta

osiemdziesiąt 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 (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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 15/12**

**Sygn. akt: KIO 16/12**

**Sygn. alt: KIO 17/12**

## **U z a s a d n i e**

Gdańska Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Sp. z o.o. w Gdańsku, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówień publicznych na wykonanie zadań inwestycyjnych.

Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk zwana dalej „odwołującym” wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2012 r. trzy odwołania dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trzech postępowaniach pod nazwą:

1/ „Zadanie 104 - Budowa kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w dzielnicy Osowa, realizowane w ramach „Gdańskiego projektu wodno-ściekowego etap II”,

2/ „Zadanie 106 – "Budowa kanalizacji sanitarnej w dzielnicy Smęgorzyno realizowane w ramach „Gdańskiego projektu wodno-ściekowego etap II”.

3/ zadanie 108 – „Przebudowa układu sieci kanalizacyjnej w rejonie przepompowni ścieków „Wiewiórcza” i „Trzy Dęby” oraz w ul. Kartuskiej realizowane w ramach „Gdańskiego projektu wodno-ściekowego etap II”.

Rozpoznanie odwołań w powyższych sprawach, o sygnaturach akt KIO 15/12, KIO 16/12 i KIO 17/12, podlega łącznemu rozpoznaniu na podstawie zarządzenia Prezesa Izby z dnia 4 stycznia 2012 r.

**Sygn. akt: KIO 15/12**

W zakresie przedmiotu zamówienia na „Zadanie 104 - Budowa kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w dzielnicy Osowa, realizowane w ramach „Gdańskiego projektu wodno - ściekowego - etap II" odwołanie dotyczy:

1/ dokonanego przez Zamawiającego przeniesienia na Wykonawcę odpowiedzialności finansowej z tytułu ewentualnej zmiany poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacja projektowa nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych, w odpowiedzialności Zamawiającego za sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia oraz jego dostarczenie Wykonawcy, a także odpowiedzialności Zamawiającego i projektanta wynikającej z ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. ( Dz.U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z ze zm.). 19 Wzoru Umowy Zamawiający wskazał, iż: „(...) Wykonawca winien przewidzieć możliwość zmiany poziomu zwierciadła wód

gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacja projektowa nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych (...) i wycenić koszty odwodnienia wykopu uwzględniając to ryzyko" - co narusza zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 PZP, a także obowiązek opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszelkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc z pominięciem przepisu art. 29 ust. 1 PZP oraz art. 31 ust. 1 PZP, 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, a także dyspozycję art. 647 Kodeksu cywilnego (w związku z art. 14 PZP) zgodnie, z którym obowiązek przekazania przez Zamawiającego prawidłowo sporządzonej dokumentacji projektowej w ramach wykonywania robót budowlanych przez Wykonawcę, ciąży na Zamawiającym;

2/ bezprawnego zobowiązania Wykonawcy, w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych, uzupełniających bądź zamiennych, do przyjęcia dla realizacji tychże robót cen wynikających z oferty na przedmiotowe zamówienie (oferta na zamówienie podstawowe) lub ustalonych sztywno stawek i czynników cenotwórczych lub faktur zakupowych faktycznie poniesionych kosztów realizacji przedmiotowych robót dodatkowych, zamiennych lub uzupełniających, a także zobowiązanie do bezwarunkowego przyjęcia przez Wykonawcę wynagrodzenie ustalonego przez Zamawiającego na podstawie kontrofert uzyskanych przez od innych podmiotów dla materiałów lub usług - niższych od ofert na wykonanie zamówień dodatkowych lub uzupełniających, albo zamiennych przedłożonych przez Wykonawcę, bowiem Zamawiający w postanowieniach § 9 ust. 4 i 5 Wzoru Umowy wskazał, iż: „4. Wynagrodzenie za zamówienia dodatkowe, uzupełniające i roboty zamienne ustalone będzie w drodze negocjacji na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego z uwzględnieniem następujących czynników cenotwórczych: a) cen jednostkowych przedstawionych w kosztorysie ofertowym, b) stawek roboczogodziny, cen materiałów i najmu sprzętu na poziomie nie przekraczającym poziomu średnich cen krajowych w okresie realizacji robót wg cenników Sekocenbudu za poprzedni kwartał, c) faktur zakupu lub ofert na materiały i najem sprzętu. 5. Szczegółowe kosztorysy zamówień dodatkowych, uzupełniających i/lub robót zamiennych sporządzone przez Wykonawcę na własny koszt podlegają sprawdzeniu i zatwierdzeniu przez Zamawiającego. W przypadku wyceny przygotowywanej w oparciu o oferty lub faktury zakupu Zamawiający zastrzega sobie możliwość ich sprawdzenia i uzyskania niezależnych ofert na materiały lub usługi. Jeżeli oferty uzyskane przez Zamawiającego dla materiałów lub usług będących podstawą wyceny robót Wykonawcy będą niższe od ofert lub faktur załączonych do wyceny Wykonawcy, Wykonawca będzie zobligowany do przyjęcia cen zawartych w ofertach uzyskanych przez Zamawiającego" - co narusza zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7

ust. 1, art. 29 ust. 2, a także zasady dotyczące udzielania zamówień dodatkowych oraz uzupełniających zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 PZP oraz obowiązek prowadzenia z Wykonawcą negocjacji w ramach zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wynikającego z art. 66 ust. 1, a także obowiązek ustalenia umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych na zasadzie równości podmiotów zgodnie z art. 647 KC (w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 PZP).

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do: 1. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy w zakresie § 3 ust. 19 poprzez wykreślenie w całości zdania drugiego tegoż postanowienia.

2. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy w zakresie § 9 ust. 4. poprzez ustalenie nowego brzmienia jn.: „4. Wynagrodzenie za roboty dodatkowe i zamiennie ustalone będzie w drodze negocjacji na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego z uwzględnieniem następujących czynników cenotwórczych: a) cen jednostkowych przedstawionych w kosztorysie ofertowym; b) stawek roboczogodziny, cen materiałów i najmu sprzętu na poziomie nie przekraczającym poziomu średnich cen krajowych w okresie realizacji robót wg cenników Sekocenbud za poprzedni kwartał; c) faktur zakupu lub ofert za materiały i najem sprzętu. 5. Szczegółowe kosztorysy dotyczące robót dodatkowych i/lub zamiennych sporządzone przez Wykonawcę na własny koszt podlegają sprawdzeniu przez Zamawiającego.”

Alternatywnie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7) PZP w związku z art. 146 ust. 6 PZP, wobec zaistnienia wady prawnej postępowania prowadzącej do niemożliwości zawarcia ważnej umowy;

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący wskazał na odpowiedzialność Zamawiającego za opis przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej), zauważył, że zakwalifikowanie umowy o zamówienie publiczne, jako umowy o roboty budowlane oznacza w szczególności sprecyzowanie praw i obowiązków Stron umowy, które nie są uregulowane w postanowieniach PZP, poprzez odpowiednie zastosowanie przepisów Kodeksu cywilnego oraz Prawa budowlanego. Zgodnie z art. 647 KC przez umowę o roboty budowlane Wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a Inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższej definicji określonej w przepisach bezwzględnie obowiązujących wynika, iż w procedurze „wybuduj” (warunki kontraktowe dla robót projektowanych przez Zamawiającego) Zamawiający zlecając wykonanie dokumentacji projektowej, ponosi odpowiedzialność za prawidłowe jej wykonanie, w tym więc również za sporządzenie dokumentacji wskazującej w sposób nie budzący wątpliwości parametrów z

zakresu ewentualnie mogących wystąpić zmian poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wskazania informacji o mogących wystąpić wodach gruntowych w miejscach, w których Wykonawca będzie prowadził prace. Dokumentacja projektowa, jako fundamentalny element opisujący przedmiot zamówienia nie może budzić wątpliwości. Roboty budowlane należy opisywać zgodnie z art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych, co szczegółowo zostało uregulowane rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. Odwołujący uznał, że uchylanie się przez Zamawiającego od odpowiedzialności finansowej za wady i braki dokumentacji projektowej oraz badań geotechnicznych, w przypadku, gdy z Umowy Stron wynika, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek dostarczenia dokumentacji projektowej, jest sprzeczny z naturą stosunku prawnego łączącego Strony i jako taki jest nieważny na podstawie art. 353' w związku z art. 58 Kc.

W oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 PZP odwołujący wskazał, iż zamówienie dodatkowe może zostać udzielone dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, a także nie zostało objęte zamówieniem podstawowym, nie przekracza 50 % wartości realizowanego zamówienia podstawowego oraz jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, jak również jego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, w sytuacji gdy z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielne zamówienie dodatkowe od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów bądź wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Należy podkreślić, iż wskazane przesłanki winny zostać spełnione łącznie. Ponadto zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP możliwe jest udzielenie zamówienia uzupełniającego dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych. Zamówienie takie może zostać udzielone w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, jeżeli polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień objętych zamówieniem podstawowym oraz gdy zamówienie uzupełniające było przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego. Wskazane powyżej zamówienia mogą zostać udzielone w ramach zamówienia z wolnej ręki (art. 66 ust. 1 PZP), które to zamówienie poprzedzają negocjacje tylko z jednym Wykonawcą. Dyspozycje wskazanej powyżej normy należy łączyć z art. 72 § 1 K.c. który nakazuje uznawać umowę za zawartą dopiero z chwilą, z którą strony dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy, które były przedmiotem negocjacji. Zamawiający natomiast bezprawnie zobowiązuje Wykonawcę do przyjęcia cen o niższej wartości w przypadku wystąpienia konieczności robót dodatkowych, uzupełniających lub zamiennych, do przyjęcia dla realizacji tychże robót cen wynikających z oferty na przedmiotowe zamówienie (oferta na zamówienie podstawowe) lub ustalonych sztywno stawek i czynników cenotwórczych lub faktur zakupowych faktycznie poniesionych kosztów realizacji przedmiotowych robót dodatkowych, zamiennych lub uzupełniających, a także zobowiązuje do bezwarunkowego przyjęcia przez

Wykonawcę wynagrodzenia ustalonego przez Zamawiającego na podstawie kontrofert uzyskanych od innych podmiotów dla materiałów lub usług - niższych od ofert na wykonanie zamówień dodatkowych lub uzupełniających, albo zamiennych przedłożonych przez Wykonawcę, co z całą stanowczością nie posiada jakichkolwiek znamion negocjacji oraz w rażący sposób narusza obowiązek prowadzenia z Wykonawcą negocjacji w ramach zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wynikającego z powyżej przytaczanego art. 66 ust. 1 PZP. Zgodnie z art. 647 K.c. w zw. z art. 14 i 139 PZP, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania określonych umową robót, zaś Zamawiający/Inwestor do ich odbioru i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Uwzględniając powyższe, należy zwrócić szczególną uwagę, iż wielkość cen proponowanych przez Wykonawców uzależniona jest nie tylko od zakładanego przez nich zysku, ale także od możliwości przerobowych, posiadanego sprzętu, czy też kosztów prowadzonego przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający nie może obligować Wykonawców do przyjęcia cen o niższej wartości niż jest to opłacalne dla danego wykonawcy.

#### **Sygn. akt: KIO 16/12**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: „Zadanie 106 - Budowa kanalizacji sanitarnej w dzielnicy Smęgorzyno, realizowane w ramach „Gdańskiego projektu wodno - ściekowego - etap II” odwołanie zawiera analogiczne zarzuty i uzasadnienie jak w sprawie KIO 15/12 wobec tożsamej treści wzoru umowy w tych postępowaniach..

Odwołujący wniósł w odwołaniu o zobowiązanie Zamawiającego do:

1. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy w zakresie § 3 ust. 19 poprzez wykreślenie w całości zdania drugiego tegoż postanowienia.
2. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy w zakresie §9 ust. 4, poprzez ustalenie nowego brzmienia,: „4. Wynagrodzenie za roboty dodatkowe i zamienne ustalone będzie w drodze negocjacji na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego z uwzględnieniem następujących czynników cenotwórczych:
  - a) cen jednostkowych przedstawionych w kosztorysie ofertowym;
  - b) stawek roboczogodziny, cen materiałów i najmu sprzętu na poziomie nie przekraczającym poziomu średnich cen krajowych w okresie realizacji robót wg cenników Sekocenbud za poprzedni kwartał;
  - c) faktur zakupu lub ofert za materiały i najem sprzętu.
5. Szczegółowe kosztorysy dotyczące robót dodatkowych I/lub zamiennych sporządzone przez Wykonawcę na własny koszt podlegają sprawdzeniu przez Zamawiającego."

Alternatywnie wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7) PZP w związku z art. 146 ust. 6

PZP, wobec zaistnienia wady prawnej postępowania prowadzącej do niemożliwości zawarcia ważnej umowy;

**Sygn. alt: KIO 17/12**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: „Zadanie 108 -Przebudowa układu sieci kanalizacyjnej w rejonie przepompowni ścieków „Wiewiórcza” i „Trzy Dęby” oraz ul. Kartuskiej realizowane w ramach „Gdańskiego projektu wodno -ściekowego - etap II” odwołanie zawiera analogiczne zarzuty i uzasadnienie jak w sprawie KIO 15/12.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do: 1. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy w zakresie § 3 ust. 19 poprzez wykreślenie w całości zdania drugiego tegoż postanowienia.

2. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy w zakresie § 9 ust. 4, poprzez ustalenie nowego brzmienia jn.: „4. Wynagrodzenie za roboty dodatkowe i zamienne ustalone będzie w drodze negocjacji na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego z uwzględnieniem następujących czynników cenotwórczych: a) cen jednostkowych przedstawionych w kosztorysie ofertowym; b) stawek roboczogodziny, cen materiałów i najmu sprzętu na poziomie nie przekraczającym poziomu średnich cen krajowych w okresie realizacji robót wg cenników Sekocenbud za poprzedni kwartał; c) faktur zakupu lub ofert za materiały i najem sprzętu. 5. Szczegółowe kosztorysy dotyczące robót dodatkowych i/lub zamiennych sporządzone przez Wykonawcę na własny koszt podlegają sprawdzeniu przez Zamawiającego.”

Alternatywnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7) PZP w związku z art. 146 ust. 6 PZP. wobec zaistnienia wady prawnej postępowania prowadzącej do niemożliwości zawarcia ważnej umowy.

W toku rozprawy odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania dotyczące wskazanych postanowień § 9 ust. 4 i 5 wzoru umowy o jednakowej treści we wszystkich trzech zadaniach cofając pozostałe zarzuty i żądania opisane jako żądania w punkcie 1 każdego z odwołań.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań. Wskazał, że przewiduje się ewentualne udzielenie zamówień dodatkowych lub uzupełniających w wyniku negocjacji stron, na co wskazują postanowienia § 9 ust. 1 wzoru umowy, natomiast kwestionowany ust. 4, a także w szczególności ustęp 5 dotyczy zasad negocjowania cen przyszłych zamówień i nie ma przeszkód prawnych w uzgodnieniu takich zasad w umowie podstawowej.



Strony wskazały, że w wyniku dokonanej dnia 11 stycznia 2012 r. zmiany wzoru umowy ustęp 5 paragrafu 9 został uzupełniony o sformułowanie „jeżeli zamawiający zobowiąże się dostarczyć takie materiały lub usługi”. W tym kontekście odwołujący stwierdził, że również przy tak sformułowanym postanowieniu nadal będzie zobligowany do wykonywania zamówień dodatkowych i uzupełniających.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołań na rozprawie zważyła, co następuje.

Oceniając zarzuty i żądania odwołań należy zauważyć, że stan faktyczny co do aktualnej treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartych we wzorach umów jest niesporny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 1 ustawy pzp, rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej... (Dz. U. Nr 202, poz. 2072) oraz dyspozycji art. 647 kodeksu cywilnego (w związku z art. 14 ustawy pzp) poprzez treść § 3 ust. 19 wzoru umowy, wobec jego wycofania, orzekanie stało się bezprzedmiotowe.

W zakresie podtrzymanego przez odwołującego zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i zasad udzielania zamówień dodatkowych i uzupełniających zgodnie z art. 66 ust. 1 oraz art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy pzp poprzez ustalenie wynagrodzenia za zamówienia dodatkowe, uzupełniające i/lub roboty zamienne w postanowieniach § 9 ust. 4 i 5 wzoru umowy zamieszczonego w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, że w postępowaniach będących przedmiotem orzekania zamawiający dokonał dnia 11 stycznia 2012 r. zmiany treści § 9 ust. 4 i 5 wzoru umowy dodając w ustępie 4 po słowach „kosztorysu szczegółowego” słowo „inwestorskiego”, a w ustępie 5 po słowach „uzyskanych przez Zamawiającego” dodał: „jeżeli Zamawiający zobowiąże się dostarczyć takie materiały lub usługi”.

Należy zauważyć, że powyższa zmiana nastąpiła po wydaniu dnia 5 stycznia 2012 r. przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2735/11 toczącej się między tymi samymi stronami. W konsekwencji stan faktyczny wskazanej sprawie nie jest tożsamy z ustalonym w sprawie niniejszej. Tym niemniej stwierdzić należy, że w powołanym wyroku nie zakwestionowano możliwości przewidzenia we wzorze umowy podstawowej procedury negocjacyjnej w zakresie robot dodatkowych i uzupełniających przez wskazanie porządku takiego procedowania i brania pod uwagę wartości ustalonych m. in. w sporządzonych kosztorysach. Również odwołujący, co wynika z treści zarzutu i żądania, nie kwestionuje co do zasady, dokonywania w umowie ustaleń dotyczących przyszłych, ewentualnych zamówień.

Biorąc pod uwagę treść § 9 należy stwierdzić, wbrew twierdzeniom odwołującego, że postanowienia wzoru umowy nie obligują wykonawcy do wykonywania zamówień dodatkowych lub uzupełniających. W nie będącej przedmiotem sporu części początkowej tego paragrafu umowy (ust. 1) stwierdzono, że zamówienia dodatkowe i uzupełniające będą wykonywane na podstawie protokołów konieczności i negocjacji podpisanych przez wykonawcę i zamawiającego oraz po udzieleniu zamówienia z wolnej ręki i podpisaniu na piśmie pod rygorem nieważności dodatkowej umowy. Tym samym woli każdej ze stron, w tym wykonawcy, pozostaje decyzja co do zawarcia umowy dodatkowej. Natomiast sporne pozostają postanowienia dotyczące sposobu ustalenia wynagrodzenia za zamówienia dodatkowe, uzupełniające i zamienne zawarte w części końcowej ustępu 5 (przy braku sporu co do sporządzania kosztorysów szczegółowych uwzględniających wskazane czynniki cenotwórcze (postanowienia ujęte w ustępie 4).

Należy zauważyć, że dokonana w ustępie 5 zmiana wzoru umowy przewiduje ewentualność, iż zamawiający na potrzeby zamówienia dodatkowego może dostarczyć materiały lub usługi uzyskane na podstawie niezależnych ofert. W treści wyjaśnień zamawiającego poprzedzających omawianą zmianę stwierdzono, iż intencją zamawiającego jest wskazanie na podstawy do prowadzenia negocjacji w przypadku, gdy wystąpią okoliczności warunkujące udzielenie zamówienia dodatkowego, a negocjacje mogą być prowadzone ze wskazanymi czynnikami cenotwórczymi, zaś przy braku zgody wykonawcy, z przyjęciem innych czynników cenotwórczych. Zamawiający zapewnił też sobie prawo odrębnego nabycia, dostarczenia sprzętu lub materiałów niezbędnych do realizacji zamówień dodatkowych, które wykonawca zobowiąże się wykorzystać. Wskazana ostatnia ewentualność oznacza, że zamawiający może na swój koszt i ryzyko dostarczyć określone materiały i usługi w wyniku uzyskania ofert od podmiotów trzecich. W takim wypadku i w tym zakresie przy ustaleniu wynagrodzenia podstawą wyceny robót nie będą ceny materiałów i usług w wielkościach przyjętych w kosztorysie wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego opisane we wzorze umowy rozwiązanie nie narusza wskazanych przez odwołującego przepisów prawa i nie uchybia zasadom uczciwej konkurencji sformułowanym w art. 7 i 29 ustawy pzp. Należy zauważyć, że w omawianych ewentualnych okolicznościach realizacji zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego przedmiot takiego zamówienia ulegnie istotnej modyfikacji z uwagi na fakt, że zakres świadczeń wykonawcy nie będzie obejmował materiałów lub usług zapewnionych (dostarczonych) przez zamawiającego, a tym samym wykonawca nie będzie ponosił kosztów takich usług lub materiałów. W konsekwencji, niezależnie od przyjętej metody kalkulacji ceny zamówienia i wyniku negocjacji stron, wykonawcy powinno przysługiwać wynagrodzenie za czynności przez niego wykonane faktycznie i wynikające z poniesionych przez niego kosztów. Zdaniem Izby żądanie odwołującego, by postanowienia umowy

określały jako obowiązującą podstawę ustalania wynagrodzenia składniki cenotwórcze stosowane przez niego, także w zakresie przez niego nie realizowanym, nie ma podstaw prawnych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji wyroku oddalając odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 w związku z § 6 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).

**Przewodniczący:**

.....