

Sygn. akt: KIO 1927 /10

WYROK
z dnia 15 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., 28 – 300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Kielcach, 25 – 372 Kielce, ul. Seminaryjska 12A.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S. A., 28 – 300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., 28 – 300 Jędrzejów, ul. Przemysłowa 8** w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „przebudowa budynku Sądu Okręgowego w Kielcach, ul. Seminaryjska 12a.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 sierpnia 2010 r., pod nr 201/S 167-256004.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu, postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w tym wzoru umowy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust.1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przez sformułowanie nadmiernych warunków udziału w tym postępowaniu w sposób, który ogranicza dostęp do tego postępowania wykonawcom zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia,
2. art. 14 i 139 Pzp w zw. z art. 58 K.c, i art. 353¹ k.c, art.473 § 1 k.c, art. 487 § 2 k.c. art. 647 k.c. art. 632 k.c. art. 651 k.c.
3. art. 7, art. 29, art. 30, art. 31, art. 32, art. 33, art. 36,ust.1 pkt 12 ustawy Pzp,
4. art. 140 ust.1 i 3 ustawy Pzp.

Przedmiotem zarzutu były następujące postanowienia (przedstawione w zakresie, w jakim Odwołujący podtrzymał, zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie, odwołanie):

1. Sekcja III.2.3 pkt 1 litera a, b, c ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz w pkt 10 ppkt 3 lit. a, b i c SIWZ, w których to zapisach Zamawiający sprecyzował rygorystyczne warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu w sposób, który utrudnia, a nawet wręcz uniemożliwia uczestniczenie w postępowaniu przetargowym podmiotom zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia, co jest sprzeczne z przepisami wymienionymi w pkt 1 oraz z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).
2. § 9 ust. 9 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, w których Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia ryczałtowego w trakcie realizacji umowy, w przypadku bliżej nie określonej zmiany zakresu robót przez Zamawiającego, co jest niezgodne z treścią art. 632 k.c., który mówi o niemożności zmiany takiego wynagrodzenia .

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. Wykreślenie z sekcji III 2.3. pkt 1 lit. a, b i c ogłoszenia oraz pkt 10 ppkt 3 lit. a, b, c SIWZ zapisów określających warunki udziału wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, które to warunki są zbyt rygorystyczne i w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do udziału w tym postępowaniu podmiotom, w tym także Odwołującemu - zdolnym do wykonania zamówienia, mającym wiedzę i doświadczenie w budowie obiektów użyteczności publicznej, wielokondygnacyjnych i częściowo podpiwniczonych, w budowie parkingów dla samochodów osobowych o konstrukcji żelbetowej i w wykonaniu robót fundamentowych metodą pali wierconych i zobowiązanie zamawiającego do ustalenia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp i przepisami cytowanego rozporządzenia (§ 1 ust. 1 pkt 2).
2. O wykreślenie zapisów § 9 ust. 9 wzoru umowy, z uwagi na niemożność zmian wynagrodzenia ryczałtowego w trakcie realizacji umowy, wobec niesprecyzowania zakresu i wartości robót, z których Zamawiający może zrezygnować.

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia wymaga wykazania się dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie wielokondygnacyjnego, całkowicie podpiwniczonego budynku użyteczności publicznej, o kubaturze nie mniejszej niż 15 000 m³ każda, przy czym wartość jednej z nich nie mniejsza niż 20 mln zł brutto i jedną robotą budowlaną, polegającą na budowie dwupoziomowego parkingu dla samochodów osobowych o konstrukcji żelbetowej, z niemniej niż jedną podziemną kondygnacją oraz jedną robotą budowlaną, polegającą na zabezpieczeniu wykopu lub wykonaniu robót fundamentowych przy budowie jakiegokolwiek obiektu budowlanego, metodą pali wierconych o długości minimum 6 metrów, gdzie w pierwszej strefie oddziaływania znajdowały się inne budynki. Zdaniem Odwołującego, wymienione wymogi są warunkiem wygórowanym, który utrudnia dostęp do przedmiotowego zamówienia Odwołującemu, a także wykonawcom, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, faworyzuje duże firmy i w sposób nieuzasadniony dyskredytuje mniejszych wykonawców, pomimo, że są oni zdolni wykonać przedmiot zamówienia, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo go ukończyć.

Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu nie może czynić tego w sposób dowolny, w oderwaniu od przedmiotu zamówienia. Dokonując tej czynności Zamawiający winien mieć na uwadze jej cel tj. wybór wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówień, odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowemu zamówieniu. Dokonany przez Zamawiającego opis spełnienia wyżej opisanych warunków nie określa właściwego stosunku niezbędnego poziomu doświadczenia do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia, gdyż dla wykazania zdolności do wykonania zamówienia w zakresie rozbudowy budynku Sądu

Okręgowego w Kielcach nie jest niezbędne posiadanie wiedzy i doświadczenia w realizacji aż dwóch obiektów użyteczności publicznej, całkowicie podpiwniczonych, dwupoziomowego parkingu, palowania o minimum 6 metrów, gdzie w pierwszej strefie oddziaływania znajdowały się inne budynki. Tak wygórowane i nieuzasadnione wymogi uniemożliwiają wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom zdolnym do wykonania zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji określone w art. 7 ustawy Pzp. Działania Zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, § 9 ust. 9 wzoru umowy narusza przepis art. 632 k.c., który przewiduje niemożność zmiany wynagrodzenia ryczałtowego w trakcie realizacji umowy, zwłaszcza w przypadku bliżej nie sprecyzowanego w projekcie umowy zmniejszenia zakresu robót i jego przyczyn. Wynagrodzenie ryczałtowe określone w umowie, w rozumieniu art. 632 k.c. jest ostateczne, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji w sytuacji, gdy zakres świadczenia jest jednoznacznie określony, a przekazana wykonawcy dokumentacja projektowa jest prawidłowa i kompletna. W związku z tym Zamawiający nie może w sposób dowolny zmieniać zakresu robót w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, powodujących zmianę wynagrodzenia ryczałtowego.

Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący stoi na stanowisku, iż zarówno pierwotnie sformułowany warunek udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia, jak i warunek w aktualnym brzmieniu (po dokonaniu zmiany w dniu 13 września 2010 r.) sprzeciwia się przepisom ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 10 pkt 3 SIWZ „ocena spełniania warunków nastąpi metodą „spełnia/nie spełnia” na podstawie przedłożonych dokumentów. Z treści złożonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż postawione warunki Wykonawca spełnia. W zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia: Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca składający ofertę wykaże, że zrealizował jako strona umowy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia (wiążąca jest data zakończenia realizacji), a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy w tym okresie, co najmniej:

- a) dwie roboty budowlane polegające na budowie minimum dwukondygnacyjnego budynku użyteczności publicznej*, przy czym jeden z nich winien posiadać częściowe podpiwniczenie, kubaturę nie mniejszą niż 15 000 m³ (piętnaście tysięcy) i wartość nie mniejszą niż 20 mln zł brutto (dwadzieścia milionów złotych), a drugi z tych budynków kubaturę nie mniejszą niż 5 000 m³ (pięć tysięcy) oraz suma wartości obu tych budynków była nie mniejsza niż 30 mln zł brutto (trzydzieści milionów złotych), (...)

- b) *jedną robotę budowlaną polegającą na budowie minimum dwupoziomowego parkingu dla samochodów o konstrukcji żelbetowej z nie mniej niż jedną podziemną kondygnacją jako budynku wolnostojącego lub będącego częścią jakiegokolwiek innego budynku lub budowli,*
- c) *jedną robotę budowlaną polegającą na zabezpieczeniu wykopu lub wykonaniu robót fundamentowych przy budowie jakiegokolwiek obiektu budowlanego metodą pali wierconych o długości (głębokości) min. 6 m, gdzie w I strefie oddziaływania (tj. w odległości nie większej niż 5,25 m od zewnętrznego obrysu palościanki) znajdowały się minimum dwa budynki.”*

Na tle tak sformułowanego warunku Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż w sposób bezpodstawny eliminuje z postępowania część wykonawców. W tych okolicznościach rozstrzygnięcia wymaga, czy sporny warunek narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ocena legalności działań Zamawiającego powoduje konieczność odwołania się do normy zawartej w przepisie art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle powołanej normy prawnej stwierdzić należy, iż w jej hipotezie ustanowiono dla Zamawiającego zakaz formułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób dowolny. Granice swobody Zamawiającego w tym zakresie wyznacza uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców. Oznacza to, że dopóki zamawiający poprzez swoje działanie nie narusza wskazanej zasady, dopóty jego czynności znajdują uzasadnienie w świetle przepisów prawa. Powstaje zatem pytanie, jakie zachowanie zamawiającego może być uznane za bezprawne w świetle powołanych przepisów. Odpowiedzi na to pytanie należy poszukiwać, uwzględniając cel instytucji, jaką są warunki udziału w postępowaniu. Otóż, nie można zapominać, iż wspomniane warunki służą weryfikacji wykonawców z punktu widzenia posiadanych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego i ekonomicznego, w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Z jednej więc strony, zamawiającemu przysługuje uprawnienie do sformułowania warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś strony, na zamawiającym ciąży obowiązek określenia ich w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania konkretnego zamówienia. Powyższe wymaga od zamawiającego uwzględnienia warunków zamówienia, w szczególności jego przedmiotu, wielkości, stopnia skomplikowania. Uczynione rozważania pozwalają na wysunięcie wniosku, iż nie wszystkie podmioty posiadające uprawnienia do prowadzenia określonego rodzaju działalności, zamawiający ma obowiązek dopuścić do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe stanowisko znalazło odzwierciedlenie w znowelizowanym przepisie art. 22 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca poprzez dodanie ust. 4 wskazał, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu

zamówienia. Przyjęcie powyższego stanowiska wcześniej znalazło już swój wyraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Oznacza to, iż jeżeli zamawiający skonstruuje warunek udziału w postępowaniu oraz sformułuje sposób dokonania oceny rzeczzonego warunku w taki sposób, iż spełnienie tego warunku będzie niezbędne do uznania, że wykonawca legitymuje się wymaganym doświadczeniem, zaś sposób dokonania oceny tego warunku będzie związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, działania Zamawiającego należy uznać za prawidłowe. Analizując realizację powyższego obowiązku w warunkach niniejszego zamówienia należy dojść do przekonania, że Zamawiający nie naruszył tych reguł.

Po pierwsze badaniu podlega okoliczność, czy wymagane doświadczenie jest niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia, a przez to proporcjonalne do tego przedmiotu. Oczywistym jest, iż określając próg wymaganego doświadczenia należy odwołać się do przedmiotu zamówienia, co zdaniem Izby, Zamawiający uczynił. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie rozbudowy budynku, będącego siedzibą Sądu Okręgowego w Kielcach, poprzez dobudowę skrzydła tego budynku o kubaturze 17 795,18 m³, zaprojektowany budynek posiada siedem kondygnacji, w tym dwupoziomowy parking dla samochodów osobowych, znajdujący się pod budynkiem, gdzie jedna kondygnacja jest całkowicie podziemna, druga zaś częściowo. Do mającego powstać skrzydła budynku przylegają dwa budynki oraz schron podziemny, ponadto w odległości ok. 3 m znajduje się budynek zajmowany przez Komendę Wojewódzką Policji w Kielcach, a w odległości 9 m posadowiony jest kolejny budynek o charakterze mieszkalnym. Cały projekt będzie realizowany w zwartej zabudowie miejskiej, w strefie ochrony konserwatorskiej. Powyższe względy legły u podstaw wskazania w projekcie technicznym na konieczność wykonania palościanki, metodą pali wierconych o długości od 8 do 12 m. W tych warunkach postawienie wymogu doświadczenia, polegającego na budowie dwóch wielokondygnacyjnych budynków, jednego częściowo podpiwniczonego o kubaturze 15 000 m³ i wartości nie mniejszej niż 20 mln zł brutto każdy, a drugi o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m³ i łącznej wartości obu budynków nie mniejszej niż 30 mln zł, jest wymogiem jak najbardziej korespondującym z przedmiotem zamówienia. Podobny wniosek należy odnieść do pozostałych wymogów Zamawiającego. Budowa dwupoziomowego parkingu z nie mniej niż jedną kondygnacją podziemną, jak i budowa palościanki są przedmiotem zamówienia. Jednocześnie Zamawiający określając warunki w zakresie doświadczenia nie oczekuje wykazania się tożsamymi robotami. Wymagana jest mniejsza kubatura budynków, wartość, ilość kondygnacji, długość pali użytych do wykonania palościanki również została określona na mniejszym poziomie.

Za przekonujące należy uznać stanowisko Zamawiającego, mając na uwadze również doświadczenie życiowe, iż doświadczenie zdobyte w budowie obiektów podobnych do przedmiotu zamówienia stanowi o doświadczeniu niezbędnym do realizacji zamówienia. Za niezbędne więc

należy uznać takie doświadczenie w realizacji robót budowlanych, które stopniem skomplikowania i wielkością (nie tylko w znaczeniu gabarytów, ale i wartości) odpowiada robotom, stanowiącym przedmiot zamówienia. Nie budzą więc zdziwienia Izby wymogi co do przedmiotu, wielkości, wartości i technologii wykonania robót, tym bardziej, że realizacja zamówienia wiązać się będzie z przekroczeniem tych parametrów. Ponadto, w ocenie Izby, budowa wielokondygnacyjnego budynku o dużej kubaturze i sporej wartości, z podziemnym parkingiem jest przedsięwzięciem dużo bardziej skomplikowanym niż budowa budynku jednokondygnacyjnego z naziemnym parkingiem, w warunkach, w których nie występuje zwarta zabudowa, gdzie istnieje konieczność wykonania palościanki, ze względu na możliwość wystąpienia pęknięć budynków sąsiednich, z katastrofą budowlaną łącznie. Zdaniem Izby, doświadczenie w budowie palościanki jest również uzasadnione z tego powodu, iż jest to, jak sam Odwołujący przyznał na rozprawie, robota specjalistyczna, którą co więcej, zamierza powierzyć innemu podmiotowi. Uzasadnione jest również, aby wykonawca posiadał doświadczenie w budowie palościanki, gdzie w strefie oddziaływania, znajdują się budynki. Czym innym jest bowiem budowa palościanki ze względu na warunki podłoża, gdzie strefa oddziaływania nie ma znaczenia ze względu na brak otoczenia, na które może wpływać, a zupełnie odmienne są warunki, gdzie w których strefie oddziaływania, w bardzo bliskiej odległości, znajdują się budynki zajmowane przez instytucje państwowe, objęte ochroną konserwatorską.

Odwołujący chcąc wykazać przekroczenie prawa, musiałby przynajmniej uprawdopodobnić, iż wykonawcy z mniejszym doświadczeniem są w stanie zrealizować należycie przedmiot zamówienia. Skoro więc Zamawiający określił sporny warunek i sposób jego oceny przyjmując jako punkt odniesienia przedmiot zamówienia, a Odwołujący nie wykazał, iż nie uczynił tego w sposób proporcjonalny, to brak podstaw do uznania trafności twierdzeń Odwołującego. Odwołujący w treści odwołania ograniczył się w istocie do zanegowania spornego warunku. Wskazuje, iż Zamawiający „nie określa właściwego stosunku niezbędnego poziomu doświadczenia do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia (...)”, nie wskazując nawet, jaki poziom doświadczenia byłby wystarczający, nie określa go również przy formułowaniu żądań. Tymczasem, aby wykazać wadliwość postępowania Zamawiającego należałoby określić, jakie doświadczenie byłoby wystarczające do wykonania przedmiotu zamówienia i na jakiej podstawie (faktycznej), takie twierdzenia należałoby uznać za uzasadnione. Odwołujący zaś, mało tego, że nie precyzuje swojego stanowiska w przedmiocie niezbędnego doświadczenia, to nie podejmuje również próby uzasadnienia swojego stanowiska, a tym bardziej nie przejawia żadnej inicjatywy dowodowej. Odwołujący zdaje się zapominać, iż to na nim spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c.). Mając powyższe na uwadze, nie jest więc właściwe budowanie argumentacji poprzez zadawanie pytań i jedynie formułowanie wątpliwości. Twierdzenie, iż istnieją wykonawcy, którzy nie posiadają takiego doświadczenia, są w stanie wykonać niniejsze zamówienie, z

pewnością nie może być uznane za wystarczające dla stwierdzenia tej okoliczności. Argumentacja Odwołującego, iż Zamawiający utrudnia mu dostęp do zamówienia nie świadczy o tym, iż Odwołujący zdolny jest do wykonania niniejszego zamówienia. Zaś, jak wskazano wyżej, Zamawiający nie ma obowiązku zapewnić dostępu do zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy w danej branży podejmują działalność. Ustawodawca mając powyższe na uwadze umożliwił wspólne ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 1 ustawy Pzp), a niedawno wprowadził również nowe rozwiązania, które pozwalają wykonawcy polegać m.in. na doświadczeniu innych podmiotów (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).

Z tych względów zarzut naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt powoływanego rozporządzenia należy uznać za chybiony. Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w ocenie Izby jest bezprzedmiotowy, gdyż hipotezą wskazanej normy nie są objęte warunki udziału w postępowaniu a przedmiot zamówienia.

Przechodząc do drugiego zarzutu sformułowanego przez Odwołującego należy wskazać, iż przedmiotem kwestionowania jest postanowienie § 9 ust. 9 wzoru umowy, zgodnie z którym *„Wartość kwoty wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawcy zostanie pomniejszona o wartość robót niewykonanych przez Wykonawcę (lub jego Podwykonawców), a wynikających z dokumentacji projektowej. Wartość robót niewykonanych zostanie ustalona na podstawie kosztorysu wykonawczego, a w przypadku, gdy w kosztorysie wykonawczym nie będą występować dane roboty, wartość ta zostanie obliczona wg zasad określonych w § 9 ust. 15.”*

Twierdzenie Odwołującego, iż zapis ten jest nieprecyzyjny i niezrozumiały, bowiem *„nie określa przyczyn niewykonania robót”* nie jest trafne. Zwrócenia uwagi wymaga fakt, iż przyczyn niewykonania robót nie należy wiązać z rezygnacją przez Zamawiającego z części robót, bowiem projekt umowy takiego uprawnienia Zamawiającego nie przewiduje, co więcej ust. 8, który o tym stanowił, został przez Zamawiającego, w toku zmian dokonywania zmian SIWZ, wykreślony. Zaś, jak wynika z ust. 15 podstawą wykonania robót zamiennych może być jedynie protokół konieczności podpisany przez strony, również rozliczenie nastąpi według zasad określonych w powoływanym postanowieniu umowy.

W ocenie Izby, sporna treść projektu umowy nie sprzeciwia się normie zawartej w art. 632 k.c. Przepis ten nie stoi bowiem na przeszkodzie przyjęciu rozwiązania, że jeśli wykonawca nie zrealizuje zamówienia w całości, otrzyma zamówienie tylko za tą część zamówienia, którą zrealizował. Wręcz absurdalne byłoby przyjęcie twierdzenia przeciwnego i uznanie, iż wola ustawodawcy ujawnioną w powoływanym przepisie było, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego stanowi o obowiązku strony zamawiającej do zapłaty całości wynagrodzenia, niezależnie od zakresu realizacji zamówienia.

Odwołujący zdaje się nie rozumieć intencji wyrażonej przez Zamawiającego w kwestionowanym postanowieniu, konstruując ją w oderwaniu od pozostałych regulacji. Tymczasem analiza projektu umowy pozwala na stwierdzenie, że w warunkach niniejszego

zamówienia niewykonanie części robót może wiązać się ze zmianą umowy, odstąpieniem od umowy oraz wypowiedzeniem umowy (§ 20 – 22 projektu umowy). Sposób rozliczenia niewykonanych, ze wskazanych przyczyn, robót, następuje na zasadach wskazanych w ust. 9 i nie jest on sprzeczny z tym, ustalonym w ust. 1. Co do zasady bowiem obowiązującą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe, natomiast jego umniejszenie w wypadkach wskazanych przez Zamawiającego, realizowane będzie na podstawie kosztorysu wykonawczego. Trudno sobie wyobrazić bardziej korzystną formę rozliczeń, niż przyjęcie, że kalkulowanie wartości robót odbywać się będzie według stawek wykonawcy.

Powyższe nie daje podstaw do stwierdzenia, iż kwestionowane postanowienie projektu umowy narusza przepis art. 632 k.c.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania wpis.

Przewodniczący:

.....

