

WYROK
z dnia 2 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Infrastructure SA w Warszawie, PRD Pol - Dróg Nowogard SA w Nowogardzie, w postępowaniu prowadzonym przez Port Lotniczy Szczecin - Goleniów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Glewicach przy udziale wykonawców:

- 1) Skanska SA w Warszawie;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Max Bögl Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, Max Bögl Bauunternehmung GmbH&Co KG w Sengenthal,
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego EUROVIA POLSKA SA w Bielanach Wrocławskich, EUROVIA VERKEHRSBAU UNION GmbH w Berlinie, EUROVIA BETON GmbH w Berlinie,
- 4) Energopol-Szczecin SA w Szczecinie,

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. oddała odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Infrastructure SA w Warszawie, PRD Pol - Dróg Nowogard SA w Nowogardzie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Infrastructure SA w Warszawie, PRD Pol - Dróg Nowogard SA w Nowogardzie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Bilfinger Infrastructure SA w Warszawie, PRD Pol - Dróg Nowogard SA w Nowogardzie na rzecz Portu Lotniczego Szczecin - Goleniów spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Głewicach kwotę 3 600 zł 00 gr (trzech tysięcy sześciuset 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 w Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na „*rozbudowę i modernizację infrastruktury lotniskowej i portowej w Porcie Lotniczym Szczecin - Goleniów*”. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 listopada 2012r., pod numerem: 2012/S 222-366357.

Odwołujący, wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w dniu 25 marca 2013 r. złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegających na:

1. *„opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, gdyż przekazany wykonawcom przedmiar nie określa faktycznego rodzaju i ilości robót na podstawie projektów budowlanych, wykonawczych, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, a więc nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przygotowanie przedmiaru robót nie spełniającego wymagań odnośnego aktu wykonawczego do ustawy Pzp,*
2. *sformułowaniu warunków kontraktu (umowy o realizację zamówienia publicznego), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. kodeks cywilny,*
3. *zaniechaniu równego traktowania wykonawców, biorących udział w Postępowaniu, oraz zachowania uczciwej konkurencji poprzez przygotowaniu i przeprowadzaniu postępowania w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.”*

Odwołujący zarzucił w nim naruszenia następujących przepisów prawa:

1. *„art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w szczególności § 4 i § 6 Rozporządzenie ws. dokumentacji projektowej, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, uprawniony jest do zaniechania wyszczególniania całego zakresu prac objętych wynagrodzeniem kosztorysowym,*
2. *art. 5 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zakazu czynienia ze swego*

prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego,

3. *art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zakazu kształtowania warunków umowy w sposób, które wskazuje iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego,*
4. *art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez podjęcie we wszystkich trzech częściach Postępowania czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.”*

Odwołujący wniósł o:

1. *„dokonanie modyfikacji SIWZ we wszystkich miejscach, które stwierdzały w sposób bezpośredni lub pośredni, że przedmiar robót nie obejmuje wszystkich robót wynikających z dokumentacji stanowiących opis przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez:*
 - a) *dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dopisanie wszystkich brakujących pozycji w przedmiarze robót,*
 - b) *dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie potwierdzenie, że przedmiar robót ujmuje w sobie wszystkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia,*
 - c) *dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie warunków wynagrodzenia, poprzez potwierdzenie, że Wyceniony przedmiar robót obejmuje wszystkie roboty wynikające z dokumentacji stanowiących opis przedmiotu zamówienia,*
2. *zaprzestanie dalszego czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycie społecznego,*
3. *zaprzestanie kształtowania warunków umowy w sposób, który wskazuje, iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego,*
4. *zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.”*

Odwołanie zostało przez Zamawiającego w całości uwzględnione.

Zamawiający w dniu 12 kwietnia 2013r. przekazał faksem informację o modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

II. W dniu 18 kwietnia 2013 r. Odwołujący złożył odwołanie wobec zaniechania wykonania czynności postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez Odwołującego w dniu 25 marca 2013r., a uwzględnionym w całości przez Zamawiającego w dniu 11 kwietnia 2013r., zaniechaniu równego traktowania wykonawców, biorących udział w postępowaniu, oraz zachowania uczciwej konkurencji, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a z ostrożności także na czynności polegające na: żądaniu złożenia oświadczenia o przeprowadzeniu przez wykonawcę wizji lokalnej oraz oświadczenia o uzyskaniu przez wykonawcę wszelkich koniecznych informacji odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, jakie mogą wpływać na przedmiot umowy i sposób jego realizacji, pomimo że tego typu oświadczenia nie mogą być żądane od wykonawców w toku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, opisanu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, gdyż przekazane Wykonawcom dokumenty nie określają faktycznego rodzaju i ilości robót, a więc nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przygotowanie przedmiaru robót nie spełniającego wymagań odnośnego aktu wykonawczego do ustawy Prawo zamówień publicznych, sformułowaniu warunków kontraktu (umowy o realizację zamówienia publicznego), w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. kodeks cywilny.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest związany dyspozycją normy zawartej w ww. przepisie i może uwzględnić odwołanie bez podjęcia czynności wykonujących żądania Odwołującego,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez podjęcie we wszystkich trzech częściach postępowania czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania, a z ostrożności:
3. art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. przepisami Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, uprawniony jest do żądania od wykonawców odbycia wizji lokalnej oraz złożenia dwóch oświadczeń nie wyszczególnionych w Rozporządzeniu ws. dokumentów, które mają go zwolnić

z obowiązku należytego opisania przedmiotu zamówienia,

4. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego*, w szczególności § 4, § 5 i § 6 Rozporządzenia ws. dokumentacji projektowej, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, uprawniony jest do zaniechania wyszczególniania całego zakresu prac objętych wynagrodzeniem,
5. art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zakazu czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego,
6. art. 353¹ k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zakazu kształtowania warunków umowy w sposób, który wskazuje iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego;
7. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez podjęcie we wszystkich trzech częściach postępowania czynności podważających zaufanie Wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności modyfikacji SIWZ podjętych 12 kwietnia 2013r.,
2. wykonanie żądań zawartych w uwzględnionym przez Zamawiającego w całości odwołaniu z dnia 25 marca 2013r.,
3. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a z ostrożności o:
4. dokonanie modyfikacji SIWZ we wszystkich miejscach, które stwierdzały w sposób bezpośredni lub pośredni, że przedmiar robót nie obejmuje wszystkich robót wynikających z dokumentacji stanowiących opis przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez:
 - a) dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dopisanie wszystkich brakujących pozycji w przedmiarze robót,

- b) dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie potwierdzenie, że przedmiar robót ujmuje w sobie wszystkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia,
 - c) dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie warunków wynagrodzenia, poprzez potwierdzenie, że Wyceniony przedmiar robót obejmuje wszystkie roboty wynikające z dokumentacji stanowiących opis przedmiotu zamówienia,
5. zaprzestanie dalszego czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycie społecznego,
 6. zaprzestanie kształtowania warunków umowy w sposób, który wskazuje, iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego,
 7. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał następującą argumentację, mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

- Biorąc pod uwagę art. 180 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ulega wątpliwości, że skoro odwołanie powinno wskazywać m.in. okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie, a tym samym podniesione w nim zarzuty, to o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu można mówić dopiero wtedy, gdy powtórzona przez Zamawiającego czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodna z żądaniem zawartym w odwołaniu (co wynika z art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). Innymi słowy, żądania zawarte w odwołaniu są wykonane, gdy działania Zamawiającego uwzględniają okoliczności faktyczne zarzutu. Tymczasem, uwzględniając odwołanie z dnia 25.03.2013r. w całości, Zamawiający nie wykonał żądań zawartych w tym odwołaniu. Mianowicie Zamawiający pozostawił w SIWZ miejsca, które w sposób bezpośredni lub pośredni stwierdzają że przedmiar robót nie obejmuje wszystkich robót wynikających z dokumentacji stanowiących opis przedmiotu zamówienia. W szczególności Zamawiający nie dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dopisanie wszystkich brakujących pozycji w przedmiarze robót, ani nie dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie potwierdzenia, że przedmiar robót ujmuje w sobie wszystkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia, ani nie dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie warunków wynagrodzenia,

poprzez potwierdzenie, że wyceniony przedmiar robót obejmuje wszystkie roboty wynikające z dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia. Wbrew żądaniom Odwołującego, Zamawiający w dalszym ciągu czyni ze swego prawa do opracowania projektu umowy oraz wprowadzania zmian do SIWZ użytek, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współżycie społecznego. A zatem, wbrew żądaniom Odwołującego, Zamawiający nie zaprzestał kształtowania warunków umowy w sposób, który wskazuje, iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego. Konsekwentnie, Zamawiający w dalszym ciągu dopuszcza się rażącego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji;

- W petitum odwołania Odwołujący zawarł żądania, które wskazywały na pożądany cel, który miał być osiągnięty po modyfikacji SIWZ. W ust. 18 uzasadnienia odwołania, Odwołujący wskazał również niektóre ustępy SIWZ, których zmiany lub wykreślenia wprost się domagał, czyli bardzo precyzyjnie wskazał żądania dotyczące się tych ustępów. Zamawiający, uwzględniając treść odwołania z dnia 25.03.2013r. w całości, ani nie zrealizował celów wskazanych w petitum odwołania, ani nie zastosował się do żądań zawartych w ust. 18 ww. odwołania. Analizując treść czynności z dnia 12 kwietnia 2013r., należy stwierdzić, że dokonując modyfikacji SIWZ Zamawiający w żadnym zakresie nie opierał się na żądaniach Odwołującego, ani nie uwzględnił treści zarzutów, w tym zakresu i znaczenia okoliczności faktycznych przedstawionych w odwołaniu. Zamiast bowiem przekazać Wykonawcom kompletne przedmiary robót wraz z informacją, że w przypadku pominięcia którejkolwiek z pozycji robót, będzie ona podstawą do domagania się przez Wykonawcę odpowiedniego podwyższenia wynagrodzenia, Zamawiający dopisał do każdego z przekazanych przedmiarów kolejną pozycję „*inne koszty wykonawcy wynikające z projektu powyżej nieujęte*”, podtrzymując umowne założenie kompletności przedmiaru robót. Innymi słowy, zamiast należycie opisać przedmiot zamówienia (tj. „*dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dopisanie wszystkich brakujących pozycji w przedmiarze robót*”), czego żądał Odwołujący w odwołaniu z dnia 25.03.2013r., Zamawiający zmodyfikował SIWZ w sposób, który w dalszym ciągu utrzymuje pierwotne wszystkie braki i niejasności opisu przedmiotu zamówienia.

- Słuszność prezentowanego przez Odwołującego stanowiska - tj. iż przy ocenie wykonania żądań Odwołującego kluczowe znaczenie mają również i zarzuty wraz z przedstawionym stanem faktycznym - potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1430/09, Izba stwierdziła: *znaczenie zarzutu należy rekonstruować i oceniać przede wszystkim na*

podstawie całokształtu jego treści, tzn. w odniesieniu do zakresu i znaczenia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę i uzasadnienie jego postawienia, a nie tylko opierać się na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie zarzut podnosi". Podobnie w wyroku z dnia 28 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1529/11 Izba orzekła: „Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego w treści odwołania, że biorąc pod uwagę art. 180 ust. 3 ZamPubiU, że skoro odwołanie powinno wskazywać m.in. okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie, a tym samym podniesione w nim zarzuty, to o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu można mówić dopiero wtedy, gdy powtórzona przez Zamawiającego czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodna z żądaniem zawartym w odwołaniu, co wynika z art. 186 ust. 3 ZamPubiU, a więc uwzględnia okoliczności faktyczne zarzutu, które uzasadniały jego podniesienie w ramach danego odwołania, czyli w tym konkretnym przypadku w ramach odwołania wniesionego przez Odwołującego pismem z dnia 27 czerwca 2011 r. znak (...) (sygn. akt KIO 1371/11). Wobec powyższego Izba uznała fakt niewykonania przez Zamawiającego w ramach powtórzonej czynności wszystkich żądań zawartych w odwołaniu z dnia 27 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1371/11 za bezsporny". Także wyrok z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 662/09, stanowi, iż: „zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ZamPubiU (aktualnie pojęcie „zarzutu” odnosi się, wobec rezygnacji z instytucji protestu, do odwołania i adekwatna regulacja znajduje się w art. 189 ust. 3 ZamPubiU - przyp. Odwołującego),) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa”.

- Zamawiający nie jest uprawniony do uwzględniania treści odwołania w całości, a następnie zaniechania wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przyjęcie, iż Zamawiający może uwzględnić odwołanie w całości, a następnie dokonać czynności w pełnym oderwaniu od żądań Odwołującego oznaczałoby przyjęcie, iż ustawodawca w ogóle nie wprowadził do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 186 ust. 2 zd. drugie. Jednakże, podobnie jak w przypadku wcześniej obowiązującego prawa, dotyczącego się uwzględniania protestu w całości i wykonywania żądań zawartych w proteście, tak po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009r., Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości zobowiązany jest wykonać w całości żądania zawarte w odwołaniu. Jeżeli bowiem Zamawiający nie zgadza się z żądaniami stawianymi w odwołaniu, oznacza to, że Zamawiający *de facto* nie zgadza się z zarzutami, tj. okoliczności faktycznymi wskazującymi na naruszenie wykazanych przepisów prawa. Jeżeli zatem Zamawiający nie zgadza się ze postulowanymi przez Odwołującego żądaniami, Zamawiający nie ma prawa uwzględnić odwołania w całości, lecz

jest obowiązany wdać się z Odwołującym w spór. Tylko bowiem rozstrzygnięcie odwołania przez KIO, w którym Izba narzuci Zamawiającemu wykonanie odmiennych czynności niż czynności żądane przez Odwołującego w odwołaniu, zwalnia Zamawiającego z zastosowania się do dyspozycji normy zawartej w art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uwagi jednak na fakt, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wdał się w spór z Odwołującym, lecz pismem z dnia 11 kwietnia 2013r. uwzględnił odwołanie z dnia 25.03.2013r. w całości, Zamawiający nie ma możliwości, by wykonać jakiegokolwiek czynności, nie związane z żądaniami Odwołującego, lecz jest obowiązany spełnić wszystkie żądania przedstawione przez Odwołującego.

- W dniu 14.03.2013r. Zamawiający przekazał zaproszenie do składania ofert wraz z SIWZ. W dniu 12.04.2013r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ. Z otrzymanej dokumentacji i jej modyfikacji wynika, że Zamawiający nie określił jednoznacznie zakresu przedmiotu zamówienia, ewidentnie przerzucając odpowiedzialność za dokonanie tej czynności na wykonawcę. Brak wywiązania się z obowiązków przez Zamawiającego, powoduje nie tylko naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także będzie miało skutek w postaci złożenia ofert nieporównywalnych, gdyż każdy z zaproszonych do złożenia ofert wykonawców będzie mógł dowolnie kształtować uzupełnianie braków w opisie przedmiotu zamówienia pod kątem oszacowania ceny oferty. Zaniedbania Zamawiającego zasadniczo przekłada się na wybór wykonawcy i możliwość rzeczywistego wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną ceną opartą w części na spekulacjach tego wykonawcy.

- W treści przekazanej SIWZ Zamawiający zawarł wiele zapisów świadczących o niejednoznaczności dokonanego przez Niego opisu przedmiotu zamówienia, utrudniającego wykonawcom złożenie oferty. Z reguły niejednoznaczność opisów wynika z faktu, że Zamawiający dysponuje częściową dokumentacją projektową nie zweryfikowaną na dzień zaproszenia do składania ofert. Czynności tych wymaga dopiero od wybranego wykonawcy, co oznacza, że Zamawiający w zaproszeniu do składania ofert, ani nawet w dniu dokonania modyfikacji SIWZ, nie jest w stanie poinformować wykonawców, co należy wycenić i w jakim zakresie.

- Przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest fundamentalną zasadą przejrzystości prowadzonego postępowania i wyraźnie precyzuje, jaki jest należny sposób opisywania przedmiotu zamówienia. Mianowicie, *„1. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”*. W przypadku robót budowlanych powyższa zasada podlega dodatkowemu zaostrzeniu poprzez art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który,

bez żadnego wyjątku przewidzianego w jakimkolwiek innym przepisie tej ustawy, oblige Zamawiającego, by opisywał przedmiot zamówienia na roboty budowlane dodatkowo „za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych”. Konsekwentnie, uzupełnieniem powyższego są przepisy Rozporządzenia ws. dokumentacji projektowej, wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 31 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozporządzenie to precyzuje, w jaki sposób i za pomocą jakich dokumentów powinien być opisany przedmiot zamówienia na roboty budowlane. Jest to więc akt wykonawczy do ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym przepisy z niego wynikające mają zastosowanie na ograniczonym obszarze rynku budowlanego. W szczególności § 4, § 5 i § 6 Rozporządzenia ws. dokumentacji projektowej są naruszane w niniejszym Postępowaniu. Przepis § 4 stanowi bowiem, że „dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych; 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5; 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6; 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. Zaś § 6 ust. 1 i 2 Rozporządzenia ws. dokumentacji projektowej wskazuje, że „1. Przedmiar robót powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru 2. Opracowanie przedmiaru robót składa się z: 1) karty tytułowej; 2) spisu działów przedmiaru robót; 3) tabeli przedmiaru robót. Dalej, w § 9 ust. 1 i 2 Rozporządzenia ws. dokumentacji projektowej ustawodawca precyzuje, że „1. Tabele przedmiaru robót powinny zawierać pozycje przedmiarowe odpowiadające robotom podstawowym. 2. W tabelach przedmiaru robót nie uwzględnia się robót tymczasowych - robót, które są projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych, z wyłączeniem przypadków, gdy istnieją uzasadnione podstawy do ich odrębnego rozliczania”. Z cytowanych przepisów wyraźnie zatem wynika, że opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, bez względu na charakter wynagrodzenia, zawierać musi kompletny przedmiar robót, na podstawie którego wykonawcy będą w stanie obliczyć cenę ofertową. Brak jest przepisu zezwalającego, by Zamawiający sporządził jedynie fragment przedmiaru czy też jego wyciąg. Prawidłowo wykonany przedmiar robót zawiera zaś wszystkie roboty podstawowe i te roboty tymczasowe, które z uzasadnionych przyczyn powinny być uwzględnione jako odrębna pozycja rozliczeniowa. W przeciwnym razie,

przekazany dokument nie spełnia warunków definicji legalne przedmiaru, a zatem można uznać, że przedmiar w ogóle nie został dołączony. W postępowaniu zaś Zamawiający nie tylko nie stosuje się do cytowanych przepisów, lecz wprost informuje, że kompletność przedmiaru robót jest umowna, a nie rzeczywista.

- Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała w swych orzeczeniach, jak istotną rolę odgrywa opis przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że *„zgodnie z ugruntowaną w dotychczasowym orzecznictwie Izby opinią, dla uznania, iż Zamawiający naruszył powołany przepis, wystarczającym jest jedynie wykazanie, iż opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony Odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż Zamawiający, poprzez poszczególne zapisy opisu przedmiotu zamówienia, utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym, w ocenie Izby, jest jedynie wskazanie, iż opis przedmiotu zamówienia będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić”* (wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 961/10). Podobnie w wyroku z dnia 21.05.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 442/08, Izba orzekła: *„Izba kierowała się w tym względzie fundamentalną zasadą neutralności opisu przedmiotu zamówienia, której kwintesencje stanowi art. 29 ust. 2 Pzp; zgodnie z nim przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”*. W kolejnym wyroku, dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, Izba uznała, że: *„art. 29 ust. 2 P.z.p. posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na Wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na Zamawiającym”* (wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2008r. sygn. akt. KIO/UZP 1463/08). Tymczasem, Zamawiający wprost opisuje przedmiot zamówienia naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie tylko nie objął przedmiarem robót wszystkich niezbędnych pozycji, lecz wręcz przyznał tę okoliczność w SIWZ, wskazując, że kompletność przedmiaru robót jest umowna, a nie rzeczywista. Odwołujący przytacza przepisy SIWZ, które kwestionował w poprzednim postępowaniu odwoławczym, a które, pomimo wprowadzenia modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego, w dalszym ciągu nie spełniają wymagań odnośnie do opisu przedmiotu robót budowlanych określonych ustawą Prawo zamówień publicznych oraz Rozporządzeniem ws. dokumentacji projektowej: Choć w ust. 4.6.5. SIWZ Zamawiający wskazał, że *„szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w dokumentacji projektowej oraz w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót stanowiących Rozdział IV niniejszej specyfikacji*

istotnych warunków zamówienia”, to jednak w dalszej części SIWZ wskazuje, że opis ten nie jest kompletny. Mianowicie, w ust. 17 Opis sposobu obliczenia ceny oferty, Zamawiający wskazuje, że „cena zostanie podana przez Wykonawcę w Wycenionym przedmiarze robót” lecz w tym samym ustępie wskazuje również, że „wykonawca określi cenę na podstawie dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia (tj. dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót) i wszelkich innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia” (ust. 17.2 SIWZ). Powyższe dowodzi, iż przedmiar robót jest dokumentem niekompletnym, który nie zawiera wszystkich pozycji niezbędnych do prawidłowego obliczenia ceny oferty. Tę okoliczność wprost przyznaje Zamawiający w zmodyfikowanym ust. 17.3 SIWZ, poprzez wskazanie, że kompletność przedmiarów robót nie jest rzeczywista, lecz jedynie umowna - „[w] przedmiarze robót należy wycenić wszystkie prace zmierzające do realizacji przedmiotu zamówienia, a wynikające bezpośrednio lub pośrednio z łączonej dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, w tym ująć należy koszty bezpośrednie i pośrednie związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym: wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, wszelkie naprawy, zagospodarowanie placu budowy, zorganizowanie i utrzymanie zaplecza budowy, dozоровanie budowy oraz inne czynności niezbędne i konieczne do kompleksowego wykonania przedmiotu zamówienia. Na potrzeby obliczenia ceny oferty (oraz zapłaty wynagrodzenia) przyjmuje się, iż przedmiar robót ujmuje w sobie wszelkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia (tj. dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót). Jeżeli dana robota wynikająca z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia nie jest ujęta w przedmiarze jako samodzielna pozycja przedmiarowa, to wówczas jej koszt należy ująć w innych pozycjach przedmiaru lub w zryczałtowanej pozycji „inne koszty wykonawcy wynikające z projektu powyżej nieujęte”. Konsekwentne z powyższymi przepisami SIWZ - pierwotnymi oraz zmodyfikowanymi - są przepisy zawarte w Rozdziale III Projekt umowy, w § 3 ust. 2 SIWZ, gdzie Zamawiający poświadcza, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia ma charakter kosztorysowy, wskazując „wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 ma tylko charakter wstępny, i może ono ulec zmianie w zależności od faktycznej ilości wykonanych robót budowlanych, rozliczanych w oparciu o jednostki obmiarowe, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 2 do Umowy”. Nawet bowiem wykreślenie z tego ustępu sformułowania wprost wskazującego, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, nie zmienia faktu, że w dalszym ciągu całość lub znakomita część prac będzie rozliczana na podstawie przedmiaru (alternatywa zostawiona Wykonawcy, zgodnie z ust. 17.3 SIWZ). Dalej, w § 3 ust. 3, Zamawiający potwierdza, że przedmiary robót są kompletne poprzez potwierdzenie, że „wysokość Wynagrodzenia ustalono w oparciu o

złożoną Ofertę, stanowiącą załącznik nr 1 do Umowy. Wykonawca oświadcza, że uzyskał wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, jakie mogą wpływać na Przedmiotu Umowy i sposób jego realizacji. Będzie się uważało, że Wykonawca obejrzał i sprawdził plac budowy, jego otoczenie, dokumentację projektową i specyfikację techniczne wykonania i odbioru robót (Załącznik nr 4) i inne dostępne informacje oraz, że przed złożeniem Oferty, uznał je za wystarczające jeżeli chodzi o wszystkie odnośne spawy obejmujące: (1) kształt i charakter placu budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi; (2) warunki geologiczne, hydrologiczne i klimatyczne, (3) zakres i charakter pracy, materiałów, sprzętu i urządzeń, koniecznych do realizacji i ukończenia Przedmiotu Umowy; (4) obowiązujące procedury administracyjne związane z realizacją Przedmiotu Umowy; (5) zapotrzebowanie Wykonawcy dotyczące dostępu, zakwaterowania, urządzeń, personelu, energii, transportu, wody i innych usług". Jednakże, w zmodyfikowanym ust. 4 tego paragrafu Zamawiający wskazuje że przedmiary robót jednak nie są kompletne, poprzez odesłanie do Załącznika nr 2 do Umowy: „wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy stanowić będzie sumę iloczyn ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w Wycenionym przedmiarze robót oraz pozycji zryczałtowanych, o których mowa w ust. 17.3 IDW SIWA i zostanie ustalane zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 2 do Umowy". Natomiast, w przedmiotowym Załączniku nr 2 Zamawiający wskazał, że „przedmiot Umowy objęty ofertą Wykonawcy obejmuje wszelkie elementy i czynności zmierzające do realizacji przedmiotu zamówienia, a wynikające w sposób pośredni lub bezpośredni z dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych". Te postanowienia SIWZ wskazują wyraźnie, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający wprost przyznał się do niekompletnego opisu przedmiotu zamówienia i braku wiedzy, jakie czynności są lub staną się niezbędne. Konsekwencjami za swoją rażącą niestaranność przy sporządzaniu SIWZ obarcza jednak wykonawcę, wskazując, że choć przedmiar ten nie jest kompletny, to jednak wykonawca ma go traktować jak przedmiar kompletny i na jego podstawie dokonać wyliczenia ceny ofertowej.

- Opisywanie przedmiotu zamówienia nie jest obowiązkiem Wykonawcy, tym bardziej, że Zamawiający wyobraża sobie że każdy z wykonawców ma indywidualnie opisać sobie przedmiot zamówienia. Tymczasem, opis przedmiotu zamówienia jest jeden, i jest on po pierwsze, przygotowany przez Zamawiającego, po drugie, o treści jednakowej dla każdego Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, po trzecie wreszcie, staje się punktem odniesienia na etapie badania złożonych ofert pod względem ich zgodności z SIWZ. W zaistniałej sytuacji, Zamawiający doprowadzi do tego, że będzie tyle opisów przedmiotu zamówienia ile złożonych ofert, w ten sposób oferty te będą nie tylko nieporównywalne co do

zakresu, ale także co do ceny i nie będą gwarantować osiągnięcia celów zakładanych przez Zamawiającego. W szczególności o braku należytej staranności Zamawiającego przy wskazywaniu, jakie czynności są lub staną się niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, świadczy przerzucenie dodefiniowania opisu przedmiotu zamówienia na Wykonawców, poprzez zmuszenie ich, aby tę wiedzę powzięli z wizji lokalnych terenu budowy i jego okolic (cyt. powyżej § 3 ust. 3 Projektu umowy). Powyższe jest szczególnie naganne w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego, zaś Zamawiający wprowadził modyfikacją SIWZ ten obowiązek właśnie z uwagi na dodanie do ust. 17.3 SIWZ części ryczałtowej wynagrodzenia. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 września 2010 r, sygn. akt KIO 1804/10, *„do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców doszło ponadto na skutek obciążenia wykonawców obowiązkiem samodzielnego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia w ramach dokonania wizji lokalnej. Wszakże art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym bardziej, przy uwzględnieniu treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz konsekwencji ustalenia w niniejszym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, różnicowanie statusu wykonawców, którzy przeprowadzili wizję lokalną i tych wykonawców, którzy zaniechali tej czynności stanowi rażące naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady. Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2009 r.”* (sygn. akt KIO/UZP 1633/09), w którego uzasadnieniu zostało wskazane, że: *„(...) zamawiający ustanawiając naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wymóg dokonania wizji, zaniechał prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciążył wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji. (...) Właściwym działaniem zamawiającego winno być pozostawienie możliwości dokonania wizji wyborowi wykonawców jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty a nie mającej wpływu na jej formalną ocenę (...)”* Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że w świetle przepisów prawa, Zamawiający w ogóle nie ma możliwości żądania od Wykonawców oświadczenia, że Wykonawca *„uzyskał wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, jakie mogą wpływać na Przedmiot Umowy i sposób jego realizacji”*, czy też oświadczenia, że Wykonawca *„obejrzał i sprawdził plac budowy, jego otoczenie”*. Powyższy zapis SIWZ narusza art. 7 w zw. z art. 29 ust. 2, art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z powołanym Rozporządzeniem ws. dokumentów oraz art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie znajduje bowiem uzasadnienia w przepisach prawa żądanie przez Zamawiającego złożenia przez Wykonawcę wymienionych oświadczeń. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający może żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia Postępowania. Rodzaje dokumentów i oświadczeń, których może żądać Zamawiający zostały enumeratywnie wymienione w Rozporządzeniu ws. dokumentów. Powyższe uregulowania nie przewidują możliwości żądania przez Zamawiającego oświadczenia o przeprowadzeniu przez wykonawcę wizji lokalnej ani oświadczenia o uzyskaniu wszelkich koniecznych informacji odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, jakie mogą wpływać na przedmiot umowy i sposób jego realizacji. Dodatkowo, nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie, naruszając tym samym art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, zamiast prawidłowo i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia, obciąża w ten sposób wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji lokalnej. Informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty winny być zamieszczone przez Zamawiającego w SIWZ i dostępne wszystkim wykonawcom na równych zasadach. Właściwym działaniem Zamawiającego winno być pozostawienie możliwości dokonania wizji wyborowi wykonawców, jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty, a nie mającej wpływu na jej formalną ocenę oraz zamieszczenie w SIWZ, co najmniej podstawowych informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania (wycenienia) oferty.

- Zamawiający modyfikując SIWZ częściowo zmienił charakter wynagrodzenia. Mianowicie, roboty niewyspecyfikowane w przedmiarze wykonawcy w dalszym ciągu mogą dopisywać do istniejących pozycji lub mogą je ryczałtowo wyliczyć w pozycji „*inne koszty wykonawcy wynikające z projektu wyżej nieujęte*”. Żaden ze zmodyfikowanych przedmiarów nie zawiera kompletnie informacji, o czym wprost stanowi dopisana ostatnia pozycja „*inne koszty wykonawcy wynikające z projektu wyżej nieujęte*”. A przecież, jedynie rzetelne i kompletne przedmiary robót mogą stanowić w pierwszej kolejności o wywiązaniu się Zamawiającego z najważniejszego obowiązku jaki nakłada na niego ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 29 i 31 ust. 1, gdyż zaniedbania na tym etapie przygotowania postępowania mają dalsze konsekwencje na etapie badania i oceny ofert, wyboru Wykonawcy rzetelnego, realizacji zamówienia wreszcie osiągnięciu celu jakim jest wykonanie zamówienia. Powyższe przepisy SIWZ wskazują że Zamawiający chce rozliczać wykonawcę z obowiązku należytego wykonania zamówienia, jednak sam nie zamierza się wywiązywać ze swoich

ustawowych obowiązków. Miara należytej staranności czy definicja tego pojęcia nie jest różna w zależności od tego, o jakiej stronie postępowania przetargowego mówimy. Odwołujący nie zna przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, czy Kodeksu cywilnego, które różnicowałyby tę definicję. Przeciwnie, zgodnie z art. 355 § 1 k.c. „*dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność)*”. Z uwagi na fakt, że umowa o realizację zamówienia publicznego jest umową wzajemną to obie strony tego stosunku prawnego zobowiązują się względem siebie w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Z uwagi zaś na specyfikę umowy o realizację zamówienia publicznego, obie strony mają obowiązki względem drugiej strony jeszcze zanim zawrą umowę. Mianowicie, Zamawiający ma obowiązek należytego opisanie przedmiotu zamówienia i jego udostępnienia wszystkim Wykonawcom w niedyskryminujący sposób. Natomiast Wykonawcy mają obowiązek należytego zapoznania się z opisem przedmiotu zamówienia oraz należytego wycenienia tego przedmiotu. Braki w opisie przedmiotu zamówienia nie mają charakteru teoretycznego, lecz faktycznie występują w postępowaniu.

- Również w zakresie robót wymienionych w przedmiarze robót nie wszystkie pozycje są sformułowane w należyty sposób. Część z nich agreguje roboty, które powinny być rozbite na oddzielne pozycje kosztorysowe, a część z nich zawiera niepełne dane, których brak uniemożliwia złożenia prawidłowej oferty. Przykładowo, w pytaniach i odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 04.04.2013 r. znajduje się następujące pytanie: „*Dot. Przedmiar robót - roboty drogowe. Proszę o określenie grubości oraz rodzaj nawierzchni i podbudów przeznaczonych do rozbiórki. Dot.: poz. 3, poz.4, poz.5 - roboty drogowe.*” Na tak postawione pytanie zamawiający udzielił odpowiedzi, iż: „*Z uwagi na zróżnicowanie warstw istniejących nawierzchni nie ma możliwości określenia dokładnych grubości warstw podbudowy*”. Powyższa odpowiedź wprost wskazuje, że Zamawiający nie wywiązał się z obowiązków nałożonych ustawą w zakresie OPZ, oraz że Zamawiający nawet się nie poczuwa się w obowiązku by sformułować opis przedmiotu zamówienia w sposób szczegółowy i wyczerpujący. Zamawiający niefrasobliwie odpowiada, iż „*nie ma możliwości określenia*” parametrów prac rozbiórkowych, tym samym próbując przerzucić obowiązek sformułowania opisu przedmiotu zamówienia na Wykonawców. Tymczasem, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, obowiązek przygotowania tego opisu nie spoczywa na Wykonawcach, lecz właśnie na Zamawiającym. Tak więc, tego typu działanie nie zasługuje na aprobatę i winno być eliminowane z praktyki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako niezgodne z przepisami Prawo zamówień publicznych. Przytoczony przykład nie jest jedynym, w którym Zamawiający w odpowiedziach na pytania Wykonawców przyznaje, że przekazana dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne - czyli tzw.

„wszelkie inne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, o których mowa w ust. 17.3 SIWZ - *nie są kompletne*. Zgodnie bowiem z odpowiedzią na pytanie nr 2 z dnia 25.03.2013r., gdzie Wykonawca prosił „o dołączenie STT oraz projektu wykonawczego na wykonanie ekranów przeciwwydmuchowych”, Zamawiający stwierdził, że „projekt ekranów przeciwwydmuchowych pozostaje po stronie wykonawcy”, (podobne pytanie i spójna z cytowaną odpowiedzią została przez Zamawiającego udzielona na pytanie nr 3 z dnia 25.03.2013r.). Przy czym, z uwagi na fakt, że niniejsze zamówienie jest zamówieniem na wykonanie robót budowlanych, a nie na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, Zamawiający nie załączył do SIWZ programu funkcjonalno-użytkowego. Zatem, Zamawiający otrzyma nieporównywalne oferty. Zamawiający nie przekazał bowiem ani charakterystycznych parametrów określających wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych, ani aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia, ani ogólnych właściwości funkcjonalno - użytkowych, ani szczegółowych właściwości funkcjonalno-użytkowych wyrażonych we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych ustalonych zgodnie z Polską Normą PN-ISO 9836:1997 (patrz: §15 - 19b Rozporządzenia ws. dokumentacji projektowej). Nie mając zaś tych podstawowych danych, każdy z Wykonawców przyjmie własne wielkości, zakresy, właściwości itd., co w konsekwencji doprowadzi do otrzymania przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert. Podkreślić należy, iż ekrany przeciwwydmuchowe spełniać mogą różne funkcje - przykładowo służyć mogą również jako ekrany akustyczne. W zależności od ich funkcji oraz parametrów zjawisk przed którymi mają chronić (siła podmuchu, natężenie dźwięku etc.) możliwe jest zastosowanie różnorodnych konstrukcji oraz sposobów ich mocowania. Brak tego uściślenia w SIWZ i towarzyszącej dokumentacji uniemożliwia wykonawcom przygotowanie odpowiedniej i rzetelnej oferty. Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, że pozycja nr 49 przedmiaru (kosztorysu) na roboty drogowe - *"Ekran przeciwwydmuchowe wys. 6m"* jest zbyt ogólnie określona. Wykonawcy nie mają bowiem możliwości określenia ilości robót, a w związku z tym nie są w stanie rzetelnie przygotować wyceny. Przedmiotowy element rozliczeniowy powinien być rozbity na poszczególne roboty podstawowe, a ich wycena powinna być dokonana na podstawie projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznej, których Zamawiający nie przekazał. Również w przypadku pozycji nr 2 przedmiaru (kosztorysu) na budowę kanalizacji sanitarnej - *"Budowa kanalizacji stanowiska odladania samolotów ze zbiornikiem ścieków"* Zamawiający określił przedmiot zamówienia poprzez wskazanie pożądanego celu oraz określenie ilościowe „1 kpl.». Opis ten jest zbyt ogólny, gdyż nie zawiera rozbicia na poszczególne roboty podstawowe, ze wskazaniem ich zakresu i ilości. Wykonawcy nie mają zatem możliwości określenia zakresu oraz ilości poszczególnych robót, a co za tym idzie należy przygotować własną ofertę (w szczególności wycenę).

Przedmiotowy element rozliczeniowy powinien być rozbity na poszczególne roboty podstawowe, a ich wycena powinna być dokonana na podstawie jednoznacznego i wyczerpującego projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznej. Wreszcie, nie sposób pominąć nienależytego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie pozycji nr 6 przedmiaru (kosztorysu) koszty ogólne – „*Odtworzenie dróg dojazdowych*”. Mianowicie, Zamawiający w ogóle nie zawarł w SIWZ specyfikacji technicznej tej pozycji przedmiarowej. Zatem, każdy z Wykonawców przedstawi własne zestawienie zakresu i ilości robót, co pociągnie za sobą całkowitą dowolność wyceny oraz nieporównywalność ofert. Tymczasem, to do ustawowych obowiązków Zamawiającego należy określenie rodzaju naprawy, poprzez określenie, iż do obowiązków Wykonawcy należy np. wykonanie warstwy ścieralnej 5 cm. z AC 11 S, czy wykonanie nowego oznakowania poziomego itp. Wykonawcy zwracali Zamawiającemu uwagę na lakoniczność przedmiotowej pozycji. W pytaniach i odpowiedziach z dnia 20 marca 2013r. Zamawiający opublikował pytanie nr 17, w którym Wykonawca prosi „o *sprecyzowanie zakresu i rodzaju robót dla pozycji „odtworzenie dróg dojazdowych” w ilości 5 km. Prosimy również o sprecyzowanie, które drogi dojazdowe należy skalkulować w w/w pozycji?*”. Na tak sformułowane pytanie, Zamawiający wprost odpowiedział, iż nie zamierza przekazywać dokładnego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający stwierdził bowiem, że „*zgodnie z przyszłą inwentaryzacją stanu technicznego dróg dojazdowych do zaplecza budowy, która odbędzie się w momencie protokolarnego przejęcia placu budowy, drogi dojazdowe należy doprowadzić do stanu zinwentaryzowanego. Tyczy się to drogi dojazdowej do lotniska oraz jej przedłużenia do starej bazy technicznej oraz dróg poprzecznych wzdłuż tejże drogi*”. Zatem, Wykonawca dowie się jaki jest przedmiot zamówienia w zakresie omawianej pozycji przedmiarowej już podpisaniu umowy. Zatem, dopiero po podpisaniu umowy wykonawca przekona się, czy uwzględnił we własnej ofercie właściwy zakres i ilość robót. Tymczasem, prawidłowo opisany przedmiot zamówienia powinien rozbity przedmiotowy element rozliczeniowy na poszczególne roboty podstawowe. W ten sposób, wycena tej pozycji mogłaby być dokonana na podstawie jednoznacznego i wyczerpującego projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznej. Z powyższego jasno wynika, że już w SIWZ Zamawiający wprost oświadczył, że (i) opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny, (ii) każdy z Wykonawców jest zobowiązany sam przewidzieć, w jakim zakresie opis ten jest niekompletny, (iii), każdy z Wykonawców jest zobowiązany sam przewidzieć, jakie są preferencje Zamawiającego w tym niewyspecyfikowanym zakresie przedmiotu zamówienia, tak aby zaoferować dokładnie to czego chce Zamawiający (choć w chwili opublikowania SIWZ sam Zamawiający nie wie czego chce lub też nie chce tego ujawnić), aby następnie móc należycie zrealizować przedmiot zamówienia, zgodnie z tymi

szczęśliwie trafionymi preferencjami Zamówienia, (iv) każdy z Wykonawców jest zobowiązany wycenić ten niewyspecyfikowany zakres opisu przedmiotu zamówienia, dopisując go do jakiegokolwiek istniejącej pozycji przedmiaru (więc każdy wykonawca do innej) lub do ostatniej pozycji „*inne koszty wykonawcy wynikające projektu powyżej nieujęte*”, przy czym kluczowe jest, aby wykonawca właściwie określił nie tylko ilość tej niewyspecyfikowanej roboty, lecz również jej parametry, jakość, właściwości funkcjonalno-użytkowe itd. Prawidłowa ocena przedmiotu zamówienia pozostaje więc w sferze domysłów, gdyż dowodów na tę okoliczność nie sposób wskazać, tak na etapie ofertowania, jak i rozliczenia kontraktu. Powyższe założenia Zamawiającego, niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych i Rozporządzeniem ws. dokumentacji projektowej, zostały wprost potwierdzone i rozwinięte w odpowiedziach na pytania do SIWZ. Z treści SIWZ oraz jej modyfikacji wynika, że Zamawiający nie opisał w należyty sposób przedmiotu zamówienia. Konsekwencjami swojego niechlujstwa obarcza jednak Wykonawcę, poprzez wskazanie, że to Wykonawca ma dookreślić sobie przedmiot zamówienia podczas wizji lokalnej oraz poprzez żądanie oświadczeń, które przerzucają ryzyko nie przekazania kompletnej dokumentacji projektowej na Wykonawcę. Przy prawidłowo opisanym przedmiocie zamówienia ryzykiem Wykonawcy mogą być takie okoliczności jak zmiana stawki podatku VAT, wzrost cen materiałów i surowców, inflacja itp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający pragnie jednak przerzucić na Wykonawcę ryzyko odgadnięcia, co jest przedmiotem zamówienia, i zaafierowania w części ryczałtowej ceny wszystko to, co nie zostało wyspecyfikowane w opisie przedmiotu zamówienia. Takie działanie, jako nadużycie prawa do ustanawiania projektu umowy i wprowadzania zmian do SIWZ, nie jest objęte ochroną prawa.

- Uprawnienie Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych wynika wprost z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uprawnienia tego nie można jednak utożsamiać z dowolnością ustalania postanowień umowy. Podobnie jak każdy inny przepis SIWZ (np. opis przedmiotu zamówienia), również postanowienia wzoru umowy podlegają weryfikacji z punktu widzenia przestrzegania fundamentalnej zasady kodeksu cywilnego jakim jest art. 5 k.c. Przepis ten stanowi, iż „*nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycie społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony*”. Postanowienia kodeksu cywilnego mają zasadnicze znaczenie dla ukształtowania każdego stosunku umownego, w tym - z uwagi na dyspozycję normy zawartej w art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dlatego też, w umowach w sprawie zamówienia publicznego zamieszcza się odesłanie do stosowania, w zakresie nie

uregulowanym umową nie tylko przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale i kodeksu cywilnego. W ten sposób, ustawodawca zapewnił, iż również przepisu art. 353¹ k.c. ma bezpośrednie zastosowanie do umów w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten stanowi, iż „*strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*”. Należy bowiem podkreślić, że umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego Zamawiający nie zawiera sam ze sobą ale z inną stroną, Wykonawcą będącym również uczestnikiem profesjonalnego obrotu gospodarczego. Dlatego właśnie tak ważne jest zwrócenie uwagi na pierwsze zdanie tego przepisu, który wskazuje, iż „*strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania*”, tak więc przepis ten nie stanowi, iż to wyłącznie „*Zamawiający układa stosunek prawny według swego uznania*”. Art. 353¹ k.c. nie jest sprzeczny z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi bowiem, że SIWZ zawiera istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z przepisu wynika uprawnienie Zamawiającego do jednostronnego przygotowania, np. wzoru umowy, co jednak już po takim przygotowaniu projektu nie wyłącza ułożenia stosunku prawnego przez strony w toku postępowania, np. poprzez pytania, odwołania, czy modyfikacje. Z uwagi zaś na przepis art. 353 k.c. stwierdzić należy, że Zamawiający ma wręcz obowiązek uwzględnić postulowane przez wykonawców zmiany (oczywiście w granicach, które zapewniają realizację celu umowy oraz wyłączają wzajemne sprzeczności postulatów). Należy w sposób szczególny podkreślić, że przepisy kodeksu cywilnego wprost przewidują równość stron stosunku cywilnego. Innymi słowy, w treści kodeksu cywilnego nie znajdziemy takich postanowień, które by wskazywały na uprzywilejowanie Zamawiającego, zawierającego umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zasada równości stron zatem nie doznaje żadnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Także żaden zapis ustawy Prawo zamówień publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia wyłomu w przestrzeganiu zasady równości stron i prymatu zasad zawartych w kodeksie cywilnym, przy zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego. Wręcz przeciwnie, art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odsyłają do stosowania kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przesądzając tym samym o czysto cywilistycznym stosunku, jaki powstaje pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Odwołujący podkreśla, iż powyższej argumentacji nie można interpretować jako kwestionowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które

mają charakter *lex specialis* względem norm kodeksu cywilnego. Jest bowiem oczywistym, że przepisy *lex specialis* znajdują pierwszeństwo przed *lex generalis* kodeksu cywilnego. Celem odwołującego jest zwrócenie uwagi, że obok norm *lex specialis* zawartych w ustawie Pzp, w pozostałym zakresie stosunek umowy kształtują normy *lex generalis* kodeksu cywilnego, o czym zamawiający zdają się często zapominać. Zaś normy *lex generalis* wskazują że Zamawiającego oraz wykonawcę obowiązuje zasada równości stron stosunku cywilnego. Żaden bowiem przepis *lex specialis* ustawy Prawo zamówień publicznych nie uchyla tej, fundamentalnej dla profesjonalnego obrotu gospodarczego, zasady. Odwołujący wskazał na postanowienia umowy, które w ocenie Odwołującego zostały ukształtowane z przekroczeniem granic swobody umów oraz w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego oraz zasadami współżycia społecznego:

1) Rozdział III, Projekt Umowy, § 3 ust. 2 (zmodyfikowany):

- naruszenie art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, ponieważ odnośny ustęp może być interpretowany jako konieczność samodzielnego ustalania kompletnego zakresu przedmiaru robót, oraz doliczania kosztów, nie wskazanych przez Zamawiającego wprost w dokumentacji projektowej. Przerzucanie na Wykonawcę ciężaru doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia świadczy o przekroczeniu przez Zamawiającego ww. norm kodeksu cywilnego;
- *żądanie: zmiana treści tego przepisu na następującą: „wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 z uwagi na jego kosztorysową formę, ma tylko charakter wstępny, i może ono ulec zmianie w zależności od rodzaju faktycznie wykonanych robót budowlanych (z uwzględnieniem robót nie wyszczególnionych w przedmiarze robót, a wycenionych przez Wykonawcę w już czasie realizacji Przedmiotu Umowy) oraz faktycznej ilości wykonanych robót”, w celu zniwelowania skutku nieważności poprzedniego brzmienia przepisu.*

2) Rozdział III, Projekt Umowy, § 3 ust. 3 (zmodyfikowany):

naruszenie art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ odnośny ustęp może być interpretowany jako konieczność samodzielnego ustalania kompletnego zakresu przedmiaru robót, oraz doliczania kosztów, nie wskazanych przez Zamawiającego wprost w dokumentacji projektowej. Przerzucanie na Wykonawcę ciężaru doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia świadczy o przekroczeniu przez Zamawiającego ww. norm kodeksu cywilnego – Odwołujący postawił żądanie: wykreślenie zdania drugiego i trzeciego tego przepisu z uwagi na jego nieważność.

3) Rozdział III, Projekt Umowy, § 3 ust. 4 (zmodyfikowany):

- naruszenie art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, ponieważ odnośny ustęp może być interpretowany jako konieczność samodzielnego ustalenia kompletnego zakresu przedmiaru robót, oraz doliczania kosztów, nie wskazanych przez Zamawiającego wprost w dokumentacji projektowej. Przerzucanie na Wykonawcę ciężaru doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia świadczy o przekroczeniu przez Zamawiającego ww. norm kodeksu cywilnego;
- *żądanie: zmiana treści tego przepisu na następującą: „wynagrodzenie, należne Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy stanowić będzie iloczyn ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w Wycenionym przedmiarze robót. Z uwagi na fakt, że przedmiar robót nie zawiera wszystkich robót niezbędnych do realizacji Przedmiotu Umowy, Wykonawca, w toku realizacji umowy, uzupełni przedmiar robót wyceniając poszczególne roboty (pozycje)”, w celu zniwelowania skutku nieważności poprzedniego brzmienia przepisu.*

4) Rozdział III, Projekt Umowy, Załącznik nr 2 do Umowy - Warunki Umowy, ust. 1.2 (zmodyfikowany):

- naruszenie art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, ponieważ odnośny ustęp może być interpretowany jako konieczność samodzielnego ustalania kompletnego zakresu przedmiaru robót, oraz doliczania kosztów, nie wskazanych przez Zamawiającego wprost w dokumentacji projektowej. Przerzucanie na Wykonawcę ciężaru doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia świadczy o przekroczeniu przez Zamawiającego ww. norm kodeksu cywilnego;
- *żądanie: wykreślenie treści tego przepisu, z uwagi na jego nieważność.*

5) Rozdział III, Projekt Umowy, Załącznik nr 2 do Umowy - Warunki Umowy, ust. 2.1.6 (zmodyfikowany):

- naruszenie art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, ponieważ odnośny ustęp może być interpretowany jako konieczność samodzielnego ustalania kompletnego zakresu przedmiaru robót, oraz doliczania kosztów, nie wskazanych przez Zamawiającego do przypadkowych pozycji przedmiaru robót. Przerzucanie na Wykonawcę ciężaru doprecyzowania opisu

przedmiotu zamówienia świadczy o przekroczeniu przez Zamawiającego ww. norm kodeksu cywilnego;

- żądanie: wykreślenie zdania trzeciego tego przepisu, z uwagi na jego nieważność.

W ocenie Odwołującego, treść powyższych zapisów umowy rażąco dyskryminuje Wykonawcę, a tym samym treść umowy zostaje ukształtowana z przekroczeniem granic swobody umów, społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa do formułowania wzoru umowy oraz z pogwałceniem zasad współżycia społecznego. Z uwagi zaś na przepisy art. 5 oraz art. 58 § 1 i § 2 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymienione ustępy wzoru umowy są nieważne.

III. Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego: Skanska SA w Warszawie; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Max Bögl Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, Max Bögl Bauunternehmung GmbH&Co KG w Sengenthal; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego EUROVIA POLSKA SA w Bielanach Wrocławskich, EUROVIA VERKEHRSBAU UNION GmbH w Berlinie, EUROVIA BETON GmbH w Berlinie; Energopol-Szczecin SA w Szczecinie.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie – zaś w zakresie zarzutu dotyczącego wymagania oświadczenia na temat wizji lokalnej – o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że odwołanie, jakkolwiek niemal identyczne w swej treści z odwołaniem złożonym w tym samym postępowaniu przez tego samego Odwołującego w dniu 25 marca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 695/13 nie podlegało odrzuceniu. Z urzędu rozważenia wymagało zagadnienie ewentualnego odrzucenia odwołania, jako dotyczącego czynności wykonanych zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty zostały przez zamawiającego w całości uwzględnione (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych). Art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy przewiduje, że odrzuceniu

podlega odwołanie, dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Analizując treść odwołania uznano, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu z przywołanej podstawy, a to z uwagi na podniesienie zarzutu niewykonania czynności zgodnie z żądaniami uprzednio złożonego i uwzględnionego odwołania, które to kwestie podlegają badaniu.

Za spóźnione uznano zarzuty i argumentację Odwołującego, dotyczące wymagania przeprowadzenia wizji lokalnej przez wykonawców – te postanowienia znalazły się w pierwotnej, przed zmianą z 12 kwietnia 2013 r. treści SIWZ, i okoliczność, że przy okazji dokonywanej modyfikacji Zamawiający w formularzu powtórzył to wymaganie, nie reaktywuje terminu do jego kwestionowania.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

III. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W postępowaniu, którego przedmiotem jest treść ogłoszenia lub SIWZ (jej modyfikacja, lub wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego, nie bez znaczenia pozostaje także treść

żądania Odwołującego w zakresie zmiany ogłoszenia czy specyfikacji – one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać z urzędu, wychodząc poza zarzuty oraz – stanowiące ich odzwierciedlenie – żądania i wnioski odwołania. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem sformułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie wskazuje zapisy, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W takim wypadku żądania sformułowane przez Odwołującego należy rozpatrywać łącznie z zarzutami oraz ich podstawami faktycznymi. Wszakże o możliwości uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych decyduje wpływ naruszenia na wynik postępowania.

Odwołujący w pierwszym rzędzie stawia zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do zaniechania wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez Zamawiającego odwołaniu z dnia 25 marca 2013 r. W myśl art. 186 ust. 2 i 3 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego - jeśli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, albo wykonawca, który przystąpił nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają Krajowej Izbie Odwoławczej możliwości kontrolowania dyspozytywnych oświadczeń stron o cofnięciu odwołania lub uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, pod kątem ich zgodności z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego czy też tego, czy zmierzają one do obejścia prawa. W postępowaniu odwoławczym nie stosuje się art. 203 § 4 ani art. 213 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, w konsekwencji oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego.

Przytoczone wyżej przepisy wyraźnie wskazują, że zakres wydanego orzeczenia przez Krajową Izbę, a także wykonania przez zamawiającego żądań zawartych w odwołaniu są następstwem zakresu odwołania – podniesionych w nim zarzutów. Ponadto, w ustawie Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, zostały

skonstruowane w ten sposób, że kontrola decyzji zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej następuje na żądanie zainteresowanego podmiotu wyrażone w odpowiedniej formie (odwołanie), uprawnionego do wnoszenia odwołania i wyposażonego w interes w uzyskaniu danego zamówienia, który zarazem poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, zaś rozpoznanie odwołania oraz zakres jego uwzględnienia jest następstwem postawionych w konkretnej sytuacji zarzutów. Zawarte w odwołaniu żądania są zatem sprzężone z postawionymi zarzutami, nie mogą pozostawać obok tych zarzutów czy być z nimi sprzeczne bądź im nieodpowiadające.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający uwzględniając zarzuty poprzednio złożonego odwołania (wniesionego w dniu 25 marca 2013 r.) winien był wykonać wyartykułowane w tym odwołaniu żądania zgodnie z ich literalnym brzmieniem, to jest: m.in. przekazać Wykonawcom kompletne przedmiary robót wraz z informacją, że w przypadku pominięcia którejkolwiek z pozycji robót, będzie ona podstawą do domagania się przez wykonawcę odpowiedniego podwyższenia wynagrodzenia. W ocenie Odwołującego, modyfikacja SIWZ polegająca na dopisaniu do każdego z przekazanych przedmiarów kolejnej pozycji *"inne koszty wykonawcy wynikające z projektu powyżej nieujęte"* podtrzymując umowne założenie kompletności przedmiaru robót, nie stanowi wykonania żądań odwołania, co w dalszym ciągu utrzymuje pierwotne wszystkie braki i niejasności opisu przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że jakkolwiek zamawiający jest związany dyspozytywną czynnością uwzględnienia zarzutów odwołania, to winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne i możliwe w ustalonym stanie faktycznym.

Ponadto, jeśli żądanie zawarte w odwołaniu obejmuje wachlarz czynności, czy też wskazuje na zamiar osiągnięcia w jego wyniku pewnego celu (jak podaje Odwołujący na str. 5 rozpatrywanego odwołania – w uprzednio złożonym odwołaniu z 25 marca 2013 r., w jego petitum *„Odwołujący zawarł żądania, które wskazywały na pożądaną cel, który miał być osiągnięty po modyfikacji SIWZ. W ust. 18 uzasadnienia odwołania, Odwołujący wskazał również niektóre ustępy SIWZ, których zmiany lub wykreślenia wprost się domagał, czyli bardzo precyzyjnie wskazał żądania dotyczące się tych ustępów. Zamawiający, uwzględniając treść odwołania z dnia 25.03.2013r. w całości, ani nie zrealizował celów wskazanych w petitum odwołania, ani nie zastosował się do żądań zawartych w ust. 18 ww. odwołania.”*), to uwzględnienie tak postawionego żądania musi być rozpatrywane w kontekście okoliczności konkretnej sprawy.

Dostrzeżenia dalej wymaga, że zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględnienie dotyczy zarzutów a nie żądań odwołania, nie może zatem być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania żądań odwołania w oderwaniu od uzasadniających te żądania zarzutów. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania (zasadniczo: Krajowej Izby Odwoławczej, albo zamawiającego – jeśli ten zdecyduje się uwzględnić zarzuty, po myśli art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy) ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Obowiązek wykonania żądań odwołania musi zatem być postrzegany przez pryzmat podniesionych w konkretnym postępowaniu (danym odwołaniu) zarzutów – te bowiem wyrażają intencje odwołującego, dostrzeżone nieprawidłowości i zastrzeżenia wobec kwestionowanej czynności. Z przepisu art. 186 ust. 2 i 3 ustawy wynika zatem, że żądania są skorelowane z podniesionymi zarzutami, taki sam wniosek płynie z analizy przepisów odnoszących się do zakresu orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy – jest związana w ramach orzekania zarzutami a nie żądaniami: nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przeciwnie rozumowanie oznaczałoby, że zamawiający uwzględniając zarzuty obowiązany jest wykonać żądania niezależnie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego, czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami.

W kontekście podniesionych w odwołaniu, a uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów, przeanalizowania wymaga treść uprzednio złożonego przez Odwołującego odwołania: zakwestionowane czynności lub zaniechania zamawiającego, podniesione wobec nich zarzuty i będące ich następstwem żądania.

Odwołujący podaje, że mimo uwzględnienia wcześniej złożonego odwołania, Zamawiający pozostawił w SIWZ miejsca, które w sposób bezpośredni lub pośredni stwierdzają że przedmiar robót nie obejmuje wszystkich robót wynikających z dokumentacji stanowiących opis przedmiotu zamówienia, w szczególności, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dopisanie wszystkich brakujących pozycji w przedmiarze robót, ani nie dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie potwierdzenia, że przedmiar robót ujmuje w sobie wszystkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia, ani nie dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie warunków wynagrodzenia, poprzez potwierdzenie, że wyceniony przedmiar robót obejmuje wszystkie roboty wynikające z dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, wbrew żądaniom Odwołującego,

w dalszym ciągu czyni ze swego prawa do opracowania projektu umowy oraz wprowadzania zmian do SIWZ użytek, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współżycia społecznego; Zamawiający nie zaprzestał kształtowania warunków umowy w sposób, który wskazuje, iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego; konsekwentnie, Zamawiający w dalszym ciągu dopuszcza się rażącego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Powyższa argumentacja, osadzona po części w brzmieniu art. 5 Kodeksu cywilnego, a także art. 7 ust. 1 ust.1 ustawy nawiązuje w pierwszym rzędzie do tych przepisów ustawy, które traktują o sposobie dokonania opisu przedmiotu zamówienia – co w zamówieniu publicznym, którego przedmiotem są roboty budowlane – odnosi się do treści art. 29 ust. 1 i 2, a także art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazane przepisy stanowią zaś, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty; przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Dostrzec zatem trzeba, iż przedmiot zamówienia – szczegółowy zakres świadczenia, do wykonania którego zobowiązany będzie wykonawca wyłoniony w postępowaniu określa szereg dokumentów tego postępowania: specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, dokumentacja projektowa, w tym wchodzące w jej skład sporne przedmiary robót (art. 31 ust. ustawy Prawo zamówień publicznych, § 4 ust. 1 i § 6 ust. 1 *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego, Dz.U. z 2004, Nr 202 poz. 2072 ze zm.*). Zatem, w świetle treści art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych informacje zawarte w przedmiarach robót, stanowiących załącznik do SIWZ nie stanowią zamkniętego i sztywnego źródła wiedzy o zakresie przedmiotu zamówienia – przedmiary robót stanowią jedynie jeden z elementów dokumentu, który służy do opisanie przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika także z istoty przedmiaru robót, który sam w sobie nie definiuje szczegółowego zakresu roboty budowlanej, ale służy jak najwierniejszemu, w miarę możliwości odzwierciedleniu składających się na daną robotę budowlaną nakładów, robocizny, materiałów, które opisane są w projekcie budowlanym oraz projektach wykonawczych. W tym zakresie przedmiar robót jest dokumentem wtórnym i dopełniającym

projekt i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i nie determinuje w sposób wyłączny zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i służyć pomocą wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać przede wszystkim charakter dokumentu pomocniczego, który służy do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania, a nie wyszczególnienia materiałów i prac, jakie składają się na zamówienie. Taki też charakter wskazanemu przedmiarowi nadał Zamawiający w tym postępowaniu. Wykonawca zobowiązany będzie bowiem – zgodnie z powołanym przepisem art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - do wykonania robót zgodnie z treścią pełnej dokumentacji, wszystkich składających się na tę dokumentację elementów. Taki też wniosek wynika z charakteru umowy o roboty budowlane (§ 2 art. 648 oraz 649 Kodeksu cywilnego), z których wynika, że dla ustalenia zakresu robót budowlanych ma znaczenie cała dokumentacja, przy czym to projekt jest tym dokumentem, który ma rozstrzygające znaczenie: wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy; w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

W kontekście powyższego, podkreślenia wymaga, że zarzuty stawiane w odwołaniu, nakierowane na wykazanie *opisu przedmiotu zamówienia niepełnego, niejednoznacznego, mało wyczerpującego, gdyż przekazane Wykonawcom dokumenty nie określają faktycznego rodzaju i ilości robót, a więc nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przygotowanie przedmiaru robót nie spełniającego wymagań odnośnego aktu wykonawczego do ustawy Pzp*, w istocie nie prowadzą do uznania naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2, czy 31 ust. 1 ustawy.

Następnie nie sposób pominąć spostrzeżenia, że nawet przy bardzo dużej staranności i szczególności Zamawiającego w odzwierciedleniu w ramach przedmiarów pozostałej dokumentacji, naturalną i najczęściej nieuniknioną jest sytuacja, że przedmiary robót pozostawiają pewien margines pominięć wobec pełnej dokumentacji, oraz że w takim wypadku uznaje się niejednokrotnie pominięte przez wykonawcę elementy za wycenione w ujętych w nim pozycjach. Każdorazowo Zamawiający powinien dążyć, by wymagane odpowiednimi przepisami przedmiary były jak najdokładniejsze, jak najpełniej oddawały elementy wyspecyfikowane w pozostałych elementach dokumentacji, ale ustawodawca – jak wcześniej wskazano – nie uczynił przedmiarów jedynym i wyłącznym instrumentem służącym dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia. W następstwie powyższego, oznacza to celowość uwzględniania uzasadnionych spostrzeżeń uczestników postępowania zamówienie publiczne, jeśli będą oni wskazywali na pominięcia w przedmiarach w stosunku

do dalszych dokumentów, co, jak wskazuje praktyka, jest naturalną cechą tego rodzaju postępowań, można wręcz powiedzieć, że faktem z góry wkomponowanym w ich przebieg. Konsekwentnie, w praktyce wykonawcy w składanych kosztorysach ofertowych dokonują zagregowania pewnych pozycji wymienionych w przedmiarach w ramach innych pozycji. Zamawiający na gruncie analizowanej sprawy wykazał, że ilekroć wykonawcy, po przeanalizowaniu dokumentacji postępowania dostrzegali, że pewne elementy nie zostały ujęte w przedmiarach, reagował na tę sytuację analizował wskazywane pominięcia, wyjaśniał, w jakich pozycjach należy ująć poszczególne elementy lub uzupełniał o nie przedmiary.

Nie sposób przy tym pomijać, że w spornym uprzednio złożonym odwołaniu z dnia 25 marca 2013 r. Odwołujący nie wskazał na pominięte przez Zamawiającego pozycje, o które należało uzupełnić przedmiary robót, zaś jego żądanie miało charakter niejako blankietowego, zawierającego postawiony w sposób ogólny wniosek o „*dokonanie modyfikacji SIWZ we wszystkich miejscach, które stwierdzały w sposób bezpośredni lub pośredni, że przedmiar robót nie obejmuje wszystkich robót wynikających z dokumentacji stanowiących opis przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez:*

- a) *dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, poprzez dopisanie wszystkich brakujących pozycji w przedmiarze robót,*
- b) *dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie potwierdzenia, że przedmiar robót ujmuje w sobie wszystkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia,*
- c) *dokonanie modyfikacji SIWZ w zakresie warunków wynagrodzenia, poprzez potwierdzenie, że Wyceniony przedmiar robót obejmuje wszystkie roboty wynikające z dokumentacji stanowiących opis przedmiotu zamówienia.”*

Tak postawione żądanie – z jednej strony nie opatrzone szczegółowym wyliczeniem pozycji, których uzupełnienia domagał się Odwołujący w tamtym postępowaniu, pozostawiało Zamawiającemu pewną swobodę co do realizacji wskazanego celu. Ponadto, jak wyraźnie wskazuje treść postawionego żądania, Odwołujący ukierunkował żądanie na ukształtowanie w pewien sposób zasad wynagrodzenia należnego wykonawcy w postępowaniu, podczas gdy kwestia charakteru wynagrodzenia pozostaje w wyłącznej gestii i decyzji Zamawiającego. Uczynienie zadość tak postawionemu żądaniu mogło – i nastąpiło w analizowanej sprawie – z jednoczesną zmianą charakteru wynagrodzenia z wyłącznie opartego na kosztorysie na wynagrodzenie kosztorysowe, ale z elementami wycenianymi na zasadzie ryczałtu. Jak wskazano zaś w dalszej części uzasadnienia, nie sposób

Zamawiającemu odbierać prawa do korekty czynności postępowania nie tylko w następstwie wniesionych odwołań, ale także w wyniku własnej inicjatywy i samodzielnego dopatrzenia się niedoskonałości własnych czynności. Jeśli zatem Zamawiający doszedł do przekonania, że inny, bardziej złożony mechanizm wynagrodzenia będzie właściwy, był do tego w pełni uprawniony – brak jest przepisów, które by obligowały Zamawiającego do wyboru takiego czy innego wynagrodzenia, co oznacza, że powyższą kwestię Zamawiający pozostawił pełnej swobodzie i dyspozycji Zamawiającego.

Następnie, jak wskazano wyżej, przedmiary nie są jedynym instrumentem służącym do opisanego przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, do tego celu służy kilka dokumentów i każdy z nich stanowić powinien dla wykonawców źródło wiedzy o zakresie przedmiotu zamówienia. Wszystkie te dokumenty łącznie określają przedmiot zamówienia. Postulat Odwołującego, wyrażający się wprowadzeniem do SIWZ oświadczenia Zamawiającego zawierającego potwierdzenie, że przedmiar robót ujmuje w sobie wszystkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia, zdaje się zmierzać do takiego ukształtowania SIWZ, by przedmiary robót były zasadniczymi, jeśli nie jedynymi dokumentami opisującymi przedmiot zamówienia, czemu sprzeciwia się art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przewidujący że opis przedmiotu zamówienia w robotach budowlanych stanowią specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz dokumentacja projektowa. Przy czym, wprowadzenie do SIWZ oświadczenia Zamawiającego, że przedmiar robót ujmuje w sobie wszystkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia, pozostawałoby w sprzeczności z istotą umowy o roboty budowlane – zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, 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 art. 648 § 2 Kodeksu cywilnego wynika, że wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy, zaś zgodnie z art. 649 Kodeksu cywilnego, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Wszystkie wskazane przepisy Kodeksu cywilnego, a także art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych kładą zatem akcent na całokształt dokumentacji wymaganej przez przepisy, w tym przede wszystkim projekt.

Także Zamawiający w analizowanym postępowaniu dał wyraz takiemu traktowaniu dokumentów, w ust. 17.3 zmodyfikowanej SIWZ, wskazując, że „[w] przedmiarze robót

należy wycenić wszystkie prace zmierzające do realizacji przedmiotu zamówienia, a wynikające bezpośrednio lub pośrednio z łączonej dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, w tym ująć należy koszty bezpośrednio i pośrednio związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym: wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, wszelkie naprawy, zagospodarowanie placu budowy, zorganizowanie i utrzymanie zaplecza budowy, dozоровanie budowy oraz inne czynności niezbędne i konieczne do kompleksowego wykonania przedmiotu zamówienia. Na potrzeby obliczenia ceny oferty (oraz zapłaty wynagrodzenia) przyjmuje się, iż przedmiar robót ujmuje w sobie wszelkie roboty wynikające z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia (tj. dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót). Jeżeli dana robota wynikająca z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia nie jest ujęta w przedmiarze jako samodzielna pozycja przedmiarowa, to wówczas jej koszt należy ująć w innych pozycjach przedmiaru lub w zryczałtowanej pozycji „inne koszty wykonawcy wynikające z projektu powyżej nieujęte”.

Podkreślenia dalej wymaga, że każdorazowo to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania i to on decyduje o zakresie zamówienia a także o sposobie prezentacji oferowanego świadczenia, w tym ceny. Decyzja o zastosowaniu takiego lub innego mechanizmu wynagrodzenia (kosztorysowe, ryczałtowe, względnie mieszane) pozostaje w wyłącznej gestii zamawiającego.

Stawiany przez Odwołującego postulat ukształtowania SIWZ zdawał się natomiast zmierzać do ukształtowania warunków wynagrodzenia wyłącznie za elementy ujęte w przedmiarze, z pominięciem pozostałych dokumentów, za pomocą których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia – Odwołujący wyraźnie wskazuje bowiem, że Zamawiający *nie dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie warunków wynagrodzenia, poprzez potwierdzenie, że wyceniony przedmiar robót obejmuje wszystkie roboty wynikające z dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia; oraz że w ramach wykonania żądań odwołania Zamawiający winien był przekazać Wykonawcom kompletne przedmiary robót wraz z informacją, że w przypadku pominięcia którejkolwiek z pozycji robót, będzie ona podstawą do domagania się przez Wykonawcę odpowiedniego podwyższenia wynagrodzenia.*

Modyfikacja SIWZ dokonana w wykonaniu tak określonego żądania uprzednio złożonego i uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania, nie jest niedopuszczalna, czy pozostającą w sprzeczności z żądaniami odwołania, do wykazania czego zmierza postawiony zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy. Jak sam Odwołujący zauważa, uprzednio złożone odwołanie wskazywało cele określone w jego petitum. Wprowadzenie do SIWZ, w miejsce postulowanej deklaracji Zamawiającego, że *w przypadku pominięcia*

którejkolwiek z pozycji robót, będzie ona podstawą do domagania się przez Wykonawcę odpowiedniego podwyższenia wynagrodzenia, do poszczególnych przedmiarów dodatkowej, ogólnej pozycji „inne koszty wykonawcy wynikające z projektu powyżej nieujęte”, nie może być traktowane jako naruszające jakiegokolwiek przepisy. Jak wskazano wyżej, to Zamawiający jest uprawniony do wyboru na użytek danego postępowania takiego lub innego mechanizmu wynagrodzenia. Pełnowartościowym mechanizmem jest wynagrodzenie ryczałtowe, w którym przedmiary, z punktu widzenia prezentacji oferty, zwykle mają znaczenie pomocnicze, i muszą być rozpatrywane łącznie z innymi elementami dokumentacji postępowania. Równie dopuszczalnym jest zastosowanie wynagrodzenia opartego na mechanizmie kosztorysu, również z elementami wycenianymi przez wykonawcę na zasadzie ryczałtu, co uczynił w powyższym zakresie Zamawiający wprowadzając do opracowanych przez siebie przedmiarów dodatkową, otwartą pozycję o treści „inne koszty wykonawcy wynikające z projektu, powyżej nieujęte”.

Przenosząc powyższe na grunt postawionego zarzutu zaniechania wykonania żądań odwołania (zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), co do którego zarzuty zostały uwzględnione, przypomnienia wymaga, że jest dorobkiem orzecznictwa pogląd, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Pogląd powyższy wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2012 r. w sp. KIO 2037/12 i 2047/12, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11. Podzielając wyrażony w tych orzeczeniach pogląd, przypomnienia wymaga, że zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej czynności, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął, jeśli dostrzeże, iż uprzednio w ramach wcześniejszych czynności popełnił błąd czy dopuścił się naruszenia ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami

ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo. Przepis art. 93 ust. 1 oraz 1 a ustawy przewiduje podstawy unieważnienia postępowania, zaś art. 146 ust. 1 i 6 wskazuje sytuacje, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Zamawiający zatem obowiązany jest przedsięwziąć odpowiednie czynności, by sanować popełnione przez siebie błędy, w tym unieważnić własne czynności, podjąć nowe czynności, jeśli tylko będzie służyło to wyeliminowaniu niedoskonałości postępowania i realizacji zasad i celów postępowania, w tym przede wszystkim, zawarciu ważnej, nie podlegającej unieważnieniu umowy.

Jeśli zatem Zamawiający, wykonując żądania odwołania, co do którego uznał zasadność podniesionych zarzutów, uznał za właściwe osiągnięcie celu, o który wnioskował Odwołujący, a zarazem – co trzeba podkreślić – w sposób odpowiadający obowiązującym przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych jak i regulacjom Kodeksu cywilnego dotyczącym umowy roboty budowlane, działając w ramach należącego tylko do niego uprawnienia do określenia mechanizmu ustalenia wynagrodzenia, wprowadził do przedmiarów ogólną pozycję „*inne koszty wykonawcy wynikające z projektu, powyżej nieujęte*”, a zarazem wprowadzał do przedmiarów dodatkowe pozycje, reagując na uzasadnione, w swojej ocenie sygnały wykonawców co do pominięcia w nich konkretnych pozycji, nie sposób mu przypisać naruszenia zarówno przepisu art. 186 ust. 2 ustawy, jak i zasadniczych przepisów, to jest 29 ust. 1 i 2 a także art. 31 ust. 2 ustawy oraz przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w szczególności jego § 4, § 5 i § 6. Powyższe nie może być również traktowane jak przejaw niezachowania należytej staranności przez Zamawiającego. Przypomnienia wymaga w tym miejscu teza wyrażona w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „*Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w*

niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy". Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę". Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.".

W tym kontekście, w zakresie kwestionowanych, zmodyfikowanych przez Zamawiającego postanowień SIWZ, nie sposób dopatrzeć się zasadności argumentacji, jakoby oferty, które

będą złożone w postępowaniu miałyby być nieporównywalnymi, a także, że Zamawiający zostanie pozbawiony możliwości porównania cen w kategorii ewentualnych podstaw do wnioskowania o potrzebie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (rażąco niska cena) – wszystkie oferty złożone zostaną w oparciu o identyczne brzmienie dokumentu jakim jest SIWZ, a tym samym nie sposób dopatrywać się nieporównywalności ofert, jeśli będą one odpowiadały na jednakowe dla wszystkich wykonawców warunki określone przez Zamawiającego. Natomiast kwestia wyceny zamówienia pozostaje wyłączną sprawą wykonawcy oraz oszacowania przez niego ryzyk wiążących się z wykonaniem zamówienia.

Nie sposób także uznać za uzasadnione zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy poprzez podjęcie we wszystkich trzech częściach postępowania czynności podważających zaufanie Wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania, art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zakazu czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego, oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zakazu kształtowania warunków umowy w sposób, który wskazuje iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego, czy wreszcie argumentacji wskazującej na nieważność postanowień umowy nna podstawie art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego. Przepisy art. 5 Kodeksu cywilnego i odpowiadający mu na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych art. 7 ust. 1 tej ustawy – wyrażające ogólne zasady postępowania o zamówienie publiczne, postulaty wobec czynności zamawiającego oraz uczestników postępowania przez pryzmat których trzeba postrzegać przedsiębrane czynności, co do zasady, jeśli nie zostały skonkretyzowane i dopełnione innymi przepisami, mają ograniczone zastosowanie jako samodzielna podstawa zarzutu wobec czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący wskazując na osadzone w treści art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych a także art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zakazu czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego a także że Zamawiający nie jest zobowiązany do przestrzegania zakazu kształtowania warunków umowy w sposób, który wskazuje iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego, nie

wykazał naruszenia którejkolwiek z wyżej wymienionych uniwersalnych norm rządzących obrotem cywilnoprawnym. Przeciwnie, w analizowanej sprawie, w zakresie wyznaczonym postawionymi zarzutami, Zamawiający dysponuje swobodą co do sposobu określenia rodzaju wynagrodzenia obowiązującego w postępowaniu, zaś obowiązujące przepisy nie tylko pozwalają dokonać opisu przedmiotu zamówienia łącznie za pomocą wszystkich dokumentów o których traktuje art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej), ale wręcz wymagają takiego opisu. Stąd domaganie się przyznania przedmiarom robót takiego znaczenia, jak wnioskował Odwołujący, w tym wyraźne postanowienie, że *w przypadku pominięcia którejkolwiek z pozycji robót, będzie ona podstawą do domagania się przez Wykonawcę odpowiedniego podwyższenia wynagrodzenia*, pozostaje w sprzeczności z tymi przepisami. Tak wyartykułowany wniosek Odwołującego zdaje się zmierzać do wyłączenia z zakresu przedmiotu zamówienia, za które wykonawcy należy się wynagrodzenie wynikające ze złożonej oferty, tych elementów, które wprawdzie znalazłyby się w dokumentacji postępowania, ale nie zostały wyraźnie ujęte w przedmiarach. Co więcej, tak postawiony wniosek nakładałby na Zamawiającego obowiązek zapłaty wynagrodzenia za nieujęte w przedmiarze (niewycenione przez wykonawcę) elementy, według bliżej nieokreślonych cen. Tego rodzaju praktyka byłaby nieakceptowalną, w świetle brzmienia art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stąd nie sposób podzielić argumentacji, jakoby kwestionowane brzmienie SIWZ (w tym jej modyfikacja dokonana przez Zamawiającego) naruszało zasady współżycia społecznego czy stanowiło wyraz czynienia ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycie społecznego, albo kształtowania warunków umowy w sposób, który wskazuje iż jej treść lub cel sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego oraz zasadom współżycia społecznego. Aktualne brzmienie SIWZ nie dostarcza podstaw do formułowania tego rodzaju wniosku, zaś dokonana w ramach modyfikacji SIWZ zmiana sposobu rozliczenia umowy mieści się w wyłącznym uprawnieniu Zamawiającego do takiego lub innego kształtowania charakteru postępowania.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, że Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania z 15 marca 2013 r. prawidłowo dokonał korekty SIWZ, a z całą pewnością oddał pożądaną cel, który miał być osiągnięty po modyfikacji SIWZ.

Odwołujący postawił również zarzuty wobec wymagania złożenia oświadczenia o przeprowadzeniu wizji lokalnej, kwestionując postanowienie § 3 ust. 3 projektu umowy: „*Zamawiający potwierdza, że przedmiary robót są kompletne poprzez potwierdzenie, że „wysokość Wynagrodzenia ustalono w oparciu o złożoną Ofertę, stanowiącą załącznik nr 1*

do Umowy. Wykonawca oświadcza, że uzyskał wszelkie konieczne informacje odnośnie zagrożeń, nieprzewidzianych wydatków oraz innych okoliczności, jakie mogą wpływać na Przedmiot Umowy i sposób jego realizacji. Będzie się uważało, że Wykonawca obejrzał i sprawdził plac budowy, jego otoczenie, dokumentację projektową i specyfikację techniczne wykonania i odbioru robót (Załącznik nr 4) i inne dostępne informacje oraz, że przed złożeniem Oferty, uznał je za wystarczające jeżeli chodzi o wszystkie odnośne sprawy obejmujące: (1) kształt i charakter placu budowy, włącznie z warunkami podpowierzchniowymi; (2) warunki geologiczne, hydrologiczne i klimatyczne, (3) zakres i charakter pracy, materiałów, sprzętu i urządzeń, koniecznych do realizacji i ukończenia Przedmiotu Umowy; (4) obowiązujące procedury administracyjne związane z realizacją Przedmiotu Umowy; (5) zapotrzebowanie Wykonawcy dotyczące dostępu, zakwaterowania, urządzeń, personelu, energii, transportu, wody i innych usług". Jednakże, w zmodyfikowanym ust. 4 tego paragrafu Zamawiający wskazuje że przedmiary robót jednak nie są kompletne, poprzez odesłanie do Załącznika nr 2 do Umowy: „wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie Przedmiotu Umowy stanowić będzie sumę iloczyn ilości jednostek obmiarowych robót odebranych i cen jednostkowych wskazanych w Wycenionym przedmiarze robót oraz pozycji zryczałtowanych, o których mowa w ust. 17.3 IDW SIWA i zostanie ustalane zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 2 do Umowy". Natomiast, w przedmiotowym Załączniku nr 2 Zamawiający wskazał, że „przedmiot Umowy objęty ofertą Wykonawcy obejmuje wszelkie elementy i czynności zmierzające do realizacji przedmiotu zamówienia, a wynikające w sposób pośredni lub bezpośredni z dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych". To postanowienie znajdowało się w SIWZ od początku, nie uległo zmianie w ramach modyfikacji SIWZ dokonanej 12 kwietnia 2013 r. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Nie przywraca terminu do kwestionowania spornego postanowienia SIWZ okoliczność, że Zamawiający do formularza ofertowego dopisał dodatkowe oświadczenie wykonawcy w tym przedmiocie, skoro postanowienie o spornej treści w niezmienionym kształcie istniało w już w pierwotnym brzmieniu SIWZ. Tym samym, zarzut skierowany wobec tego postanowienia SIWZ nie podlegał rozpatrzeniu (choć nie sposób w tym miejscu pominąć ogólnej uwagi, że wniosek Zamawiającego wyartykułowany

w odpowiedzi na odwołanie o odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zasługuje na uwzględnienie – ustawa nie zna odrzucenia części odwołania; zarzuty postawione z przekroczeniem terminu nie podlegają w takim wypadku rozpatrzeniu).

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się podniesione w odwołaniu zarzuty.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2) *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).

Uwzględniono uzasadnione koszty poniesione przez Zamawiającego, to jest w wysokości 3.600,00 zł, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości wynikającej ze złożonego rachunku, to jest 3.600,00 zł (§ 3 pkt 2 ppkt b) rozporządzenia). Nie uwzględniono wniosku o zasądzenie kosztów postępowania, w części obejmującej koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na posiedzenie i rozprawę (bilety lotnicze) w wysokości 971,24 zł. Uwzględniono w powyższym zakresie okoliczność, że przepisy *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*, w § 3 pkt 2 wymieniają uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (a także przystępującego, który złożył sprzeciw w razie uwzględnienia odwołania), wśród których, w sposób przykładowy, wyszczególniono jako koszty strony (ewentualnie przystępującego): koszty związane z dojazdem na rozprawę, względnie posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz wynagrodzenie pełnomocników, nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Powyższe oznacza, że ustawodawca nie przewidział, by kosztem postępowania miał być koszt własny ponoszony przez pełnomocnika w związku ze sprawowaniem przez niego zastępstwa prawnego, jak przykładowo koszt jego noclegu lub dojazdu na posiedzenie lub rozprawę, przyjmując że wyłącznie wynagrodzenie tego pełnomocnika ponoszone przez stronę w związku z jej zastępstwem stanowi koszt strony lub odpowiednio przystępującego, który złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania (tak też: uzasadnienia wyroków, w części stanowiącej postanowienia o kosztach postępowania,

z dnia 6 września 2012 r. w spr. KIO 1801/12, 13 września 2012 r. w spr. KIO 1840/12, z dnia 27 grudnia 2012 r. w spr. KIO 2664/12).

Przewodniczący: