

Sygn. akt: KIO 2735/11

**WYROK**  
**z dnia 5 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o., ul. Kartuska 201, 80-122 Gdańsk**,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie z treści § 9 ust. 5 wzoru umowy (stanowiącego załącznik do SIWZ) zdania: „Jeżeli oferty uzyskane przez Zamawiającego dla materiałów lub usług będących podstawą wyceny robót Wykonawcy będą niższe od ofert lub faktur załączonych do wyceny Wykonawcy, Wykonawca będzie zobligowany do przyjęcia cen zawartych w ofertach uzyskanych przez Zamawiającego”**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gdańską Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjną Sp. z o.o., ul. Kartuska 201, 80-122 Gdańsk**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Sp. z o.o., ul. Kartuska 201, 80-122 Gdańsk** na rzecz wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Gdańska Infrastruktura Wodociągowo- Kanalizacyjna Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: „Zadanie 103 - Budowa Kolektora Sanitarnego WM-1 „Nowa Wałowa” od Węzła Kliniczna do PS Ołowianka” realizowanego w ramach Gdańskiego Projektu Wodno-ściekowego etap II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2011/S 238-384086.

Odwołujący - Hydrobudowa Gdańsk SA wniósł Odwołanie na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamieszczonej na stronie Zamawiającego w dniu 12 grudnia 2011 r.

Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do: „1. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy w zakresie §3 ust. 19 poprzez wykreślenie w całości zdania drugiego tegoż postanowienia. 2. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy w zakresie §9 ust. 4, poprzez ustalenie nowego brzmienia jn.: „4. Wynagrodzenie za zamówienia dodatkowe, uzupełniające i roboty zamienne ustalone będzie w drodze negocjacji na podstawie kosztorysu szczegółowego sporządzonego przez Wykonawcę. 5. Szczegółowe kosztorysy dotyczące zamówień dodatkowych, uzupełniających i/lub zamiennych sporządzone przez Wykonawcę na własny koszt podlegają sprawdzeniu przez Zamawiającego.” 3. dokonania modyfikacji SIWZ - Wzoru Umowy poprzez wykreślenie zapisów zobowiązujących Wykonawcę do dokonania w imieniu Zamawiającego czynności ewentualnego zgłoszenia obiektu do użytkowania wraz z ponoszeniem odpowiedzialności finansowej i kontraktowej za uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, tj.: - §3 ust. 2aaa) Wzoru Umowy (Część II SIWZ) w całości; - części §6 ust. 7 Wzoru Umowy (Część II SIWZ) w treści (do wykreślenia): „Protokół Odbioru Końcowego Robót Etapu I podpisany zostanie po otrzymaniu (data wpływu pisma do Zamawiającego) postanowienia o braku sprzeciwu od odpowiednich organów nadzoru budowlanego odnośnie przystąpienia do użytkowania Etapu I robót ( zadania I, II, III zgodnie z zakresem określonym w dokumentacji projektowej) łącznie lub po spełnieniu warunków art. 54 Ustawy Prawo Budowlane”; - części §6 ust. 8 Wzoru Umowy (Część II SIWZ) w treści (do wykreślenia): „Protokół Odbioru Końcowego Robót Etapu I podpisany zostanie po otrzymaniu (data wpływu pisma do Zamawiającego) postanowienia o braku sprzeciwu od odpowiednich organów nadzoru budowlanego odnośnie przystąpienia do użytkowania Etapu II robót ( zadanie IV zgodnie z zakresem określonym w dokumentami projektowej) łącznie lub po

spełnieniu warunków art. 54 Ustawy Prawo Budowlane oraz po spełnieniu warunku wymienionego w ust.7"; - części §15 ust. 1d Wzoru Umowy Część II SIWZ) w treści (do wykreślenia): „Wykonawca zobowiązany jest do zgłoszenia, na podstawie wydanego przez Zamawiającego pełnomocnictwa, do odpowiedniego organu nadzoru budowlanego zawiadomienia o zakończeniu budowy wraz z kompletem wymaganych dokumentów niezwłocznie po podpisaniu Protokołu Odbioru Technicznego Etapu I, a następnie Etapu II. Wniosek przed złożeniem w odpowiednim organie nadzoru budowlanego musi być uprzednio zweryfikowany przez Zamawiającego; alternatywnie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7) PZP w związku z art. 146 ust. 6 PZP, wobec zaistnienia wady prawnej postępowania prowadzącej do niemożliwości zawarcia ważnej umowy.”

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 112 ustawy, art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót

Zgodnie z § 3 ust. 19 Wzoru Umowy: „Wykonawca robót zobowiązany jest do oszacowania na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, STWiORB, dokumentacji geotechnicznej oraz własnego doświadczenia, całościowych kosztów odwodnienia wykopów i uwzględnienia ich w przedstawionej Zamawiającemu ofercie przetargowej. Wykonawca winien przewidzieć możliwość zmiany poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne dokumentacja projektowa nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych i wycenić koszt odwodnienia wykopu uwzględniając to ryzyko. Wyceniając, należy także uwzględnić wahania okresowe poziomu wody gruntowej w zależności od pory roku i intensywności opadów”.

W ocenie Odwołującego, takie sformułowanie SIWZ jest niezgodne z prawem: tj. narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, dyspozycję art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ustawy Pzp - poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przepisy Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego, jak również art. 647 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp., zgodnie z którym obowiązek przekazania prawidłowo sporządzonej dokumentacji projektowej w ramach wykonania robót budowlanych przez Wykonawcę spoczywa na Zamawiającym.

Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu, obejmującym wykonanie robót budowlanych zaprojektowanych przez Zamawiającego, Zamawiający obciążył Wykonawcę konsekwencjami finansowymi wynikającymi z ewentualnych zmian poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacja projektowa nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych, co wobec odpowiedzialności Zamawiającego za opis przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej) winno stanowić jego wyłączne ryzyko. Odwołujący argumentował, iż Zamawiający, zlecając osobie pełniącej funkcję projektanta wykonanie dokumentacji projektowej, ponosi odpowiedzialność, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z ustawy Prawo budowlane, za prawidłowe jej wykonanie, w szczególności więc również za sporządzenie dokumentacji wskazującej w sposób nie budzący wątpliwości parametrów z zakresu ewentualnie mogących wystąpić zmian poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wskazania informacji o mogących wystąpić wodach gruntowych w miejscach, w których Wykonawca będzie prowadził prace. Nieuprawniony, zdaniem Odwołującego, oraz niedopuszczalny jest fakt „przełożenia” na Wykonawcę chociażby części odpowiedzialności finansowej Zamawiającego (projektanta) za ewentualnie mogące wystąpić zmiany w zwierciadle wód gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacja projektowa ich nie wykazała.

Brak właściwego opisu przedmiotu zamówienia zgodnego z przepisami ustawy uniemożliwia złożenie ofert, które mogłyby być porównywalne, ponieważ wykonawcy z powodu niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, mogą podejmować różne decyzje np. co do zakresu zakwalifikowania i wyceny tych robót. Odwołujący wskazywał, iż wobec powszechnie obowiązujących zasad odpowiedzialności Projektanta, wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym dotyczącym wyłącznie wykonania robót budowlanych nie może ponosić odpowiedzialności finansowej za braki występujące w udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, jak również za niewłaściwe sporządzenie dokumentacji geotechnicznej. To Projektant, bowiem ponosi pełną odpowiedzialność za stworzone przez siebie dzieło, tak w zakresie odpowiedzialności administracyjno- prawnej, jak i karnej, zawodowej oraz cywilnoprawnej. Projektant, a także sprawdzający, ma obowiązek dołączyć do projektu budowlanego oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Sporządzenie dokumentacji projektowej nie zawierającej wszelkich wymaganych danych nie może obciążać wykonawcy robót. Zdaniem Odwołującego, wskazane postanowienie SIWZ stanowi przerzucenie odpowiedzialności finansowej za mogące wystąpić zdarzenia na Wykonawcę. Zamawiający zwalnia się od odpowiedzialności finansowej, przerzucając w tym przypadku ciężar tej odpowiedzialności na Wykonawcę, który jest zobowiązany do wykonania robót budowlanych. W konsekwencji oznacza to, że w przypadku wad lub braków

dokumentacji projektowej dotyczących mogących wystąpić zmian poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wystąpienia wód gruntowych w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacja projektowa nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych. Wykonawca, aby wywiązać się ze swoich obowiązków umownych będzie zmuszony pokryć koszt usunięcia wad dokumentacji, przeprowadzić specjalistyczne badania oraz pokryć dodatkowy koszt odwodnienia wykopu, którego nie jest w stanie obecnie określić. Odwołujący uznał zatem, że uchylanie się przez Zamawiającego od odpowiedzialności finansowej za wady i braki dokumentacji projektowej oraz badań geotechnicznych, w przypadku, gdy z Umowy Stron wynika, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek dostarczenia dokumentacji projektowej, jest sprzeczny z naturą stosunku prawnego łączącego Strony Umowy o roboty budowlane i jako taki jest nieważny na podstawie art. 353<sup>1</sup> w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego. Ponadto stosowanie do art. 473 § 1 Kodeksu cywilnego "Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi." Dłużnik nie może jednak przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela. Wprowadzenie przez Zamawiającego do wzoru umowy postanowienia, zgodnie z którym nie ponosi on odpowiedzialności finansowej za mogące wystąpić zdarzenia tj. zmiany poziomu zwierciadła wody wód gruntowych lub wystąpienia wód gruntowych w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacja projektowa ich nie wykazała, stanowi de facto obciążenie Wykonawcy odpowiedzialnością finansową za nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z umowy przez Zamawiającego i jako takie jest sprzeczne z art. 473 § 1 K.c. Odwołujący podkreślał, iż Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia zobowiązany jest przedłożyć Wykonawcom pełną dokumentację projektową, zawierającą wszelkie dokumenty niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. W przypadku określenia przedmiotu zamówienia jako wykonanie robót budowlanych Zamawiający winien dokonać opisu przedmiotu zamówienia w oparciu prawidłowo sporządzoną dokumentację projektową umożliwiającą uzyskanie zakładanych przez Zamawiającego parametrów pracy przedmiotu zamówienia, co bezpośrednio wynika z przepisu art. 31 ust. 1 PZP.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp., oraz zasad dotyczących udzielenia zamówień dodatkowych oraz uzupełniających zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt S i 6 ustawy Pzp. oraz obowiązku prowadzenia z Wykonawcami negocjacji w ramach zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wynikającego z art. 66 ust. 1, a także obowiązku ustalenia umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych na zasadzie równości podmiotów zgodnie z art. 647 k.c. w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na art. 72 § 1 k.c, który nakazuje uznawać umowę za zawartą dopiero z chwilą, z którą strony dojdą do porozumienia co do wszystkich postanowień umowy, które były przedmiotem negocjacji. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający bezprawnie zobowiązał Wykonawcę do przyjęcia cen o niższej wartości w przypadku wystąpienia konieczności robót dodatkowych, uzupełniających lub zamiennych (art. 67 Pzp), a w szczególności do przyjęcia cen wynikających z oferty na przedmiotowe zamówienie (oferta na zamówienie podstawowe) lub ustalonych sztywno stawek i czynników cenotwórczych lub faktur zakupowych faktycznie poniesionych kosztów realizacji przedmiotowych robót dodatkowych, zamiennych lub uzupełniających. Ponadto bezprawnie zobowiązał do bezwarunkowego przyjęcia przez Wykonawców wynagrodzenia ustalonego przez Zamawiającego na podstawie kontrofert uzyskanych od innych podmiotów dla materiałów lub usług - niższych od ofert na wykonanie zamówień dodatkowych lub uzupełniających, albo zamiennych przedłożonych przez Wykonawcę. Powyższe zdaniem Odwołującego nie posiada znamion negocjacji oraz w rażący sposób narusza obowiązek prowadzenia z Wykonawcą negocjacji w ramach zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wynikającego z powyżej przytaczanego art. 66 ust. 1 PZP.

Odwołujący zwrócił także uwagę, iż wielkość cen proponowanych przez Wykonawców uzależniona jest nie tylko od zakładanego przez nich zysku, ale także od możliwości przerobowych, posiadanego sprzętu, czy też kosztów prowadzonego przedsiębiorstwa, w związku z czym Zamawiający nie może obligować Wykonawców do przyjęcia cen o niższej wartości niż jest to opłacalne dla danego wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 56 w związku z art. 55 ustawy Prawo budowlane oraz art. 33 ustawy kodeks postępowanie administracyjnego i art. 647 ustawy kodeks cywilny, a także art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający, w treści wzoru umowy zawarł zapisy w sposób nieuprawniony przenoszące na Wykonawcę, będącego osobą prawną, zobowiązanie do uzyskania w jego imieniu pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia publicznego, a także odpowiedzialność finansową (w zakresie zagrożenia nieuzyskaniem pełnej wartości należnego wynagrodzenia umownego) oraz kontraktową (w zakresie zagrożenia odstąpieniem od Umowy przez Zamawiającego) z tytułu wniesienia przez uprawnione organy sprzeciwu wobec wydania pozwolenia na użytkowanie zgłoszonego obiektu. Podkreślił, iż zgodnie z dyspozycją art. 56 Prawa budowlanego to Inwestorzy, zobligowani na mocy art. 55 Prawa budowlanego do uzyskania pozwolenia na użytkowanie, mają obowiązek zawiadomić właściwe organy administracji o

zakończeniu budowy obiektu budowlanego i zamiarze przystąpienia do jego użytkowania. Indywidualny charakter sprawy oznacza, że dotyczy ona imiennie określonego podmiotu oraz konkretnych jego praw lub obowiązków. Jeżeli celem postępowania administracyjnego jest rozstrzygnięcie o prawach i obowiązkach konkretnego podmiotu, rozstrzygnięcie to następuje w drodze decyzji administracyjnej. O tym, kto jest stroną w postępowaniu administracyjnym, a więc także przedmiotowym postępowaniu administracyjnym w sprawach budowlanych, należy zawsze rozstrzygać na podstawie art. 28 kpa, zgodnie z którym stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie, albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek.

O uznaniu więc danego podmiotu za stronę rozstrzyga przepis prawa materialnego, zaś organ daje temu wyraz zawiadamiając podmioty, których interesów prawnych lub obowiązków dotyczy postępowanie, o istotnych czynnościach procesowych, zapewnia im czynny udział, doręcza rozstrzygnięcia informujące o przysługujących środkach odwoławczych. Odwołujący argumentował, iż o tym, czy jest się stroną danego postępowania administracyjnego nie decyduje sama wola czy subiektywne przekonanie danej osoby, bądź dopuszczenie jej przez organ do udziału w nim, ale okoliczność, czy istnieje przepis prawa materialnego pozwalający zakwalifikować interes danej osoby jako interes prawny. Zgodnie więc z treścią powszechnie obowiązujących przepisów prawa budowlanego Inwestor, w stosunku do którego nałożono obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego, jako podmiot posiadający interes prawny w sprawie, jest jedyną stroną postępowania administracyjnego.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z treścią §3 ust. 2aaa wzoru umowy (Część II SIWZ) Wykonawca, podmiot działający jako osoba prawna, został zobowiązany do działania w imieniu Zamawiającego (w domniemaniu na podstawie udzielonego pełnomocnictwa). Przedmiotowe umocowanie nie będzie wywierało założonych przez Zamawiającego skutków prawnych. W postępowaniu administracyjnym bowiem obowiązuje zasada, iż pełnomocnikiem strony może być tylko osoba fizyczna posiadająca zdolność do czynności prawnych (art. 33§1 kodeksu postępowania administracyjnego). Umocowanie więc osoby prawnej do podjęcia czynności w imieniu podmiotu występującego jako Strona postępowania administracyjnego, jest bezskuteczne.

Odnosząc się do treści sformułowanego przez Zamawiającego §6 ust. 7 i 8 Wzoru Umowy, Odwołujący zwrócił uwagę na wprowadzony przez Zamawiającego wymóg uzyskania przez Wykonawcę „postanowienia o braku sprzeciwu od odpowiednich organów nadzoru budowlanego odnośnie przystąpienia do użytkowania”. Powyższe, zdaniem Odwołującego, ma znaczenie nie tylko w odniesieniu do zapisów §6 ust. 7 i 8 Wzoru Umowy, ale także w zakresie treści §19 ust. 1 i 2 wzoru umowy uprawniającego Zamawiającego do odstąpienia



od Umowy w przypadku opóźnienia się przez Wykonawcę umownego terminu wyznaczonego na dokonanie Odbioru Końcowego Robót I i II etapu- ponad 14, w przypadku niezyskania w tym terminie od właściwych organów nadzoru budowlanego, „postanowienia o braku sprzeciwu odnośnie przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego”.

Odwołujący odniósł powyższy zapis bezpośrednio do treści art. 56 ust. 2 Prawa budowlanego, w którym została wprowadzona instytucja tzw. „milczącej zgody” organów wyszczególnionych w art. 56 ust. 1 Prawa budowlanego, które to są właściwe do zajęcia stanowiska, zgodnie z ich właściwością, w sprawie możliwości przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego. Milczenie organu w postaci niezajęcia stanowiska w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia uznaje się za niezgłoszenie sprzeciwu lub uwag. Jest to prawnie dopuszczalna forma wyrażenia stanowiska. Jak podnosił Odwołujący, Zamawiający zobowiązał Wykonawców do uzyskania od organów nadzoru budowlanego ściśle określonej formy wyrażenia stanowiska (w formie postanowienia) nie mającej odzwierciedlenia w przepisach prawa, co w rezultacie może prowadzić do wymogu spełnienia przez Wykonawcę świadczenia niemożliwego. Nie istnieje bowiem prawne narzędzie umożliwiające nie tylko Wykonawcy, ale i jakiegokolwiek innemu podmiotowi żądania od właściwych organów nadzoru budowlanego zajęcia stanowiska w formie „postanowienia” w przedmiocie sprawy, wobec braku wymogu działania tego organu w określonej formie prawnej, a także wobec ustawowo uregulowanej instytucji tzw. milczącej zgody. Zamawiający uzależnił uprawnienie do odstąpienia od Umowy w trybie §19 ust. 1 i 2 Wzoru Umowy, a więc najbardziej rygorystycznego środka prawnego możliwego do zastosowania wobec Wykonawcy, od zgłoszenia przez właściwe organy uwag lub sprzeciwu, mającego charakter jedynie dokumentu wyrażającego opinię lub konsultację specjalistyczną, nie wiążącego organów nadzoru budowlanego przy wydaniu decyzji pozwolenia na użytkowanie. Ustawa nie stwierdza wprost, jakie są konsekwencje wniesienia sprzeciwu lub uwag ze strony przedmiotowych organów.

Zamawiający w ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego zlecił wykonanie robót budowlanych polegających na budowie kolektora sanitarnego WM- 1 Nowa Wałowa, co potwierdzają przytoczone przez Zamawiającego w treści SIWZ kody CPV. Zgodnie z najnowszym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej definicja ustawowa robót budowlanych ukształtowana na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ogranicza się wyłącznie do tego rodzaju prac, które objęte są regulacją ustawy Prawo budowlane. Z ustawy Prawo budowlane, wprost nie wynika zobowiązanie Wykonawcy do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Zatem Zamawiający w ramach zlecenia wykonania robót budowlanych nie jest uprawniony do obligowania Wykonawcy do dokonania czynności ustawowo zastrzeżonych dla Inwestora (Zamawiającego), jako czynności nieobjętych zakresem definicji robót budowlanych.

Na gruncie powszechnie obowiązujących przepisów prawa pojęcie robót budowlanych nie obejmuje czynności wykonywanych w ramach postępowania administracyjnego w zakresie uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych; jest wykonawcą, który jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, jest także zainteresowany wprowadzeniem takich zapisów w SIWZ, które umożliwią mu złożenie oferty i uzyskanie zamówienia.

Izba uznała, że wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ przewiduje procedurę negocjacyjną. Procedura negocjacji w zakresie robót dodatkowych i uzupełniających jest przewidziana w ustawie Pzp. Zamawiający chcąc uporządkować tę procedurę, przewidział ją także we wzorze umowy i wskazał porządek procedowania. W zakresie prowadzenia negocjacji dotyczących robót dodatkowych wzór umowy nie narusza więc przepisów ustawy Pzp. Także § 9 ust. 4 wzoru umowy nie narusza w żaden sposób uregulowań ustawy Pzp. § 9 ust. 4 wzoru umowy przewiduje bowiem, iż w toku negocjacji mają być brane pod uwagę wartości ustalone m.in. w sporządzonych w kosztorysach. Nie oznacza to jednak zaprzeczenia zasady negocjowania wynagrodzenia wykonawcy. Zapisy wzoru umowy wskazują, że wartości wynikające z kosztorysów mają zostać uwzględnione w toku prowadzonych negocjacji, stanowić punkt wyjścia w negocjacjach. Świadczy o tym zapis § 9 ust. 4 wzoru umowy, który stanowi, iż „wynagrodzenie (...) ustalone będzie w drodze negocjacji n podstawie (...). Nie oznacza to, iż wartości wymienione np. w kosztorysie ofertowym nie podlegają negocjacjom i wartości określone w kosztorysach mają określać jedyną możliwą wysokość wynagrodzenia wykonawcy (ceny).

Izba zatem nie dopatrzyła się w powyższych zapisach wzoru umowy, naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jednakże § 9 ust. 5 zdanie trzecie wzoru umowy w ocenie Izby narusza art. 66 w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 72 ust. 1 kodeksu cywilnego. Art. 66 ustawy Pzp wprowadza zasadę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki po przeprowadzeniu negocjacji. Oznacza to, że negocjacjom podlegają wszystkie przedmiotowo istotne elementy umowy,

która ma zostać zawarta w wyniku udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zgodnie z kolei z art. 72 ust. 1 kodeksu cywilnego (mającego zastosowanie do umów zawartych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego na zasadzie określonej w art. 14 ustawy Pzp), jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji.

Cena należy do elementów przedmiotowo istotnych umowy i zgodnie z jednoznacznym brzmieniem postanowień wzoru umowy, ustalenie wysokości tej ceny następuje w wyniku negocjacji prowadzonych między Zamawiającym a wykonawcą. Negocjowanie warunków umowy oznacza z jednej strony, iż strony przyszłej umowy wspólnie, w wyniku kompromisu, określają treść postanowień przyszłej umowy. Z drugiej strony niedojście przez strony do porozumienia odnośnie zapisów przyszłej umowy stanowi podstawę do odmowy zawarcia umowy.

Przewidziane we wzorze umowy (§ 9 ust. 5) zobligowanie wykonawcy do przyjęcia cen zawartych w ofertach uzyskanych przez Zamawiającego oznacza naruszenie zasady negocjacyjnego trybu zawarcia umowy. Wykonawca w takim przypadku zobowiązany jest ceny te przyjąć. Oznacza to, że element przedmiotowo istotny w postaci ceny, ustalany jest ostatecznie nie w wyniku negocjacji pomiędzy stronami, a w wyniku jednostronnej czynności Zamawiającego, polegającej na przedstawieniu wykonawcy ceny określonej przez Zamawiającego wraz z ofertami podmiotów trzecich, które wysokość tej ceny mają potwierdzić. Taki sposób ustalania ceny nie tylko oznacza, że cenę określa Zamawiający, a wykonawca zmuszony jest tę cenę zaakceptować, ale także, że Wykonawca nie może odmówić podpisania umowy, w której cena została w taki sposób określona. Ten sposób ustalenia ceny sprzeczny jest z zasadą negocjowania postanowień umowy i powołanymi przepisami ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego.

Wbrew twierdzeniom zawartym w odpowiedzi na odwołanie użyte przez Zamawiającego w treści § 9 ust. 5 wzoru umowy sformułowanie „wykonawca będzie zobligowany do przyjęcia cen zawartych w ofertach uzyskanych przez Zamawiającego” oznacza, że wykonawca związany jest ceną ustaloną przez Zamawiającego. Ze sformułowania tego nie wynika, aby wykonawca mógł niezgodzić się na wykonanie robót dodatkowych za w ten sposób ustaloną cenę.

Z tego też względu Izba uznała, iż Zamawiający winien zmodyfikować treść SIWZ (a co za tym idzie ogłoszenia o zamówieniu) i usunąć z treści § 9 ust. 5 wzoru umowy (stanowiącego załącznik do SIWZ) zdanie: „Jeżeli oferty uzyskane przez Zamawiającego dla materiałów lub usług będących podstawą wyceny robót Wykonawcy będą niższe od ofert lub faktur załączonych do wyceny Wykonawcy, Wykonawca będzie zobligowany do przyjęcia cen zawartych w ofertach uzyskanych przez Zamawiającego”.

Odwołujący kwestionował skuteczność zapisu nakładającego na wykonawcę obowiązek uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w ramach wykonania przedmiotu umowy. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Odwołujący nie wykazał, dlaczego czynność uzyskania pozwolenia na użytkowanie nie może stanowić przedmiotu zamówienia. Żądanie dokonania takiej czynności nie narusza żadnego z artykułów ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie stoi także w sprzeczności z innymi bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Stosowanie do treści art. 59 ust. 7 ustawy Prawo Budowlane stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie jest wyłącznie Inwestor. Należy jednak podkreślić, iż postępowanie w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie jest postępowaniem administracyjnym, do którego w pełnym zakresie mają zastosowanie przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Zgodnie z art. 32 KPA w postępowaniu administracyjnym strona może działać osobiście lub za pośrednictwem ustanowionego pełnomocnika. Charakter czynności związanych z uzyskiwaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie nie wyłącza tej zasady w odniesieniu do postępowania w sprawie pozwolenia na użytkowanie. Tym samym w postępowaniu tym Zamawiający może działać przez pełnomocnika będącego osobą fizyczną posiadającą pełną zdolność do czynności prawnej (art. 32 i 33 §1 KPA). W celu umożliwienia wykonawcy wykonania określonego w SIWZ obowiązku uzyskania w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie wystarczające jest udzielenie przez Zamawiającego pełnomocnictwa do występowania w tym postępowaniu osobie wskazanej przez wykonawcę. W ramach postępowania w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie przeprowadzana jest przez organy nadzoru budowlanego obowiązkowa kontrola budowy w celu stwierdzenia prowadzenia jej zgodnie z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę. Tym samym decyzja o pozwoleniu na użytkowanie może być jednym z elementów potwierdzających należyte wykonanie umowy przez wykonawcę wykonującego roboty budowlane.

Zgodnie z art. 33 § 1 KPA pełnomocnikiem strony może być osoba fizyczna. Zapisy we wzorze umowy nie uniemożliwiają ustanowienia takiego pełnomocnika w celu umożliwienia wykonawcy prawidłowego wykonania umowy. Zapisy wzoru umowy nie stoją zatem w sprzeczności z art. 33 KPA. W przypadku gdyby Zamawiający nie udzielił pełnomocnictwa wskazanej przez Wykonawcę osobie fizycznej, uniemożliwiając tym samym uzyskanie przez wykonawcę dla Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, naraziłby się na zarzut, iż niewykonanie przez wykonawcę umowy w tym zakresie nastąpiło z wyłącznej winy Zamawiającego.

Nieuzasadniony jest zarzut Odwołującego jakoby Zamawiający w ramach zlecenia wykonania robót budowlanych nie był uprawniony do zobligowania wykonawcy do dokonania

czynności objętych zakresem definicji robót budowlanych. Formułując ten zarzut Odwołujący pominął treść artykułu 6 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wprost dopuszcza udzielanie zamówień o charakterze mieszanym, tj. obejmującym roboty budowlane i usługi. Do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczącego tego zamówienia, którego udział w danym zamówieniu jest największy. Na marginesie jedynie Izba zwraca uwagę, że brak podania przez Zamawiającego kodu CPV co do jednego z zadań w ramach przedmiotu umowy nie wpływa na zmniejszenie zakresu przedmiotu umowy.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego co do zarzutu przerwania na Wykonawców odpowiedzialności finansowej i kontraktowej w związku z obowiązkiem Wykonawcy do uzyskania w razie konieczności pozwolenia na użytkowanie. W § 17 wzoru umowy Zamawiający, zgodnie z art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, przewidział katalog okoliczności pozwalający na dokonanie zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, który uwzględnia również możliwość zmiany terminów realizacji przedmiotu zamówienia, w przypadku opóźnień spowodowanych opieszałością organów administracji wydających decyzje administracyjne. Oznacza to, że ryzyko ewentualnych opóźnień związanych z uzyskaniem pozwoleń administracyjnych nie obciąża Wykonawcy.

W zakresie zaś niezgodności postanowienia § 6 ust. 7 i 8 wzoru umowy co do możliwości podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Robót odpowiednio Etapu I lub II po otrzymaniu przez Zamawiającego postanowienia o braku sprzeciwu od odpowiednich organów nadzoru budowlanego odnośnie przystąpienia do użytkowania Etapu I lub II robót należy wskazać, iż Zamawiający rozróżnił sytuację uzyskania postanowienia o braku sprzeciwu organów odnośnie uzyskania pozwolenia na użytkowanie od sytuacji przewidzianej w art. 54 Prawa budowlanego, a więc sytuacji braku zgłoszenia przez organ sprzeciwu w drodze decyzji. W świetle zapisów wzoru umowy protokół odbioru zostanie podpisany po otrzymaniu przez Zamawiającego postanowienia o braku sprzeciwu odpowiednich organów nadzoru budowlanego lub po spełnieniu warunków art. 54 ustawy prawo budowlane. Oznacza to zatem, iż w sytuacji, gdy prawo przewiduje milczące wyrażenie zgody przez organy nadzoru budowlanego na przystąpienie do użytkowania Zamawiający nie nakazuje dostarczenia przez wykonawcę postanowienia tych organów, ale zgodnie z przytoczonymi zapisami wzoru umowy, dokona odbioru przedmiotu umowy. Tym samym nie jest prawdziwy zarzut o konieczności dostarczenia pisemnego postanowienia organów administracji w sytuacji, gdy wydanie tego postanowienia nie jest przewidziane prawem.

Izba uznała, iż nie znalazł potwierdzenia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 112 ustawy, art. 31 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Rozporządzenia Ministra

Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót

Zmiana poziomu zwierciadła może zostać spowodowana różnymi okolicznościami i strony (Zamawiający lub wykonawca) nie mają na tę okoliczność wpływu. W związku z tym nie jest uzasadniony zarzut Odwołującego, iż zapisy wzoru umowy prowadzą do przyjęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności dotyczące Zamawiającego. Poziom zwierciadła wody jest okolicznością, na którą nie ma wpływu ani Zamawiający ani wykonawca. Tym samym stosownie do treści art. 473 § 1 kodeksu cywilnego wykonawca może na siebie przyjąć odpowiedzialność o charakterze ryzyka związaną z ewentualną zmianą poziomu zwierciadła wód gruntowych. Odwołujący wprost przyznał, iż nie kwestionuje poprawności dokumentacji projektowej, stanowiącej część SIWZ. Nie zakwestionował tym samym także, aby przedstawiona dokumentacja projektowa uniemożliwiła wykonawcom przygotowanie oferty. W związku z tym Odwołujący nie wykazał naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych. Żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie zakazuje przerzucania części ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia na wykonawcę. Przyjęcie takiego ryzyka przez wykonawcę mieści się także w wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego zasadzie swobody umów i nie narusza innych niż ustawa Prawo zamówień publicznych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Odwołujący nie wykazał także przesłanek, podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania (o co wnosił alternatywnie).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....