

WYROK

z dnia 21 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 maja 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2018 r. przez odwołującego: Skanska S.A., ul. Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:

1.1. wykreślenie postanowienia punktu 2 Rozdziału XIV pn. Opis sposobu obliczenia ceny SIWZ o treści „Cena ofertowa brutto za całość przedmiotu zamówienia (100%) winna zostać wyliczona w taki sposób, aby wartość prac dla danego zakresu tj. dla MPWiK wynosiła 22,67 % ceny całkowitej a dla prac ZMID 77,33% ceny całkowitej brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Niespełnienie w/w warunku stosunku procentowego do cen określonych w formularzu oferty, z zastrzeżeniem art.87 ust.2 ustawy, skutkować będzie odrzuceniem oferty ze względu na art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.” oraz wykreślenie w pozostałych dokumentach SIWZ postanowień o podziale wynagrodzenia dla MPWiK 22,67 % ceny całkowitej a dla prac ZMID 77,33% ceny całkowitej

1.2. modyfikację postanowienia punktu 1.5.2. pn. Dokumentacja projektowa STWiORB poprzez wskazanie znanej zamawiającemu lub możliwej do przewidzenia ilości/zakresu wykonania dodatkowej dokumentacji oraz szacowanej jej wartości albo wykreślenie wyżej wymienionego punktu 1.5.2. o treści „Jeżeli w trakcie wykonywania robót będzie konieczne wykonanie dodatkowej dokumentacji lub dokumentacji zamiennej lub projektów usunięcia kolizji (nie ujętych w projekcie wykonawczym), to Wykonawca wykona projekty, uzyska niezbędne uzgodnienia i pozwolenia. Koszt opracowania w/w projektów nie może przekroczyć 5% wartości robót dla których zostały one sporządzone” oraz modyfikację albo wykreślenie w pozostałych dokumentach SIWZ postanowień o treści jak w punkcie 1.5.2. pn. Dokumentacja projektowa STWiORB .

1.3. W pozostałym zakresie postępowanie umarza w związku z dokonaną przez zamawiającego w dniu 11 maja 2018 roku modyfikacją pkt 1.5.2.1. (zdanie drugie) STWiORB nadającą postanowieniu brzmienie: „Wykonawca dokona uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi, w zakresie wszelkich zdarzeń, przełączeń i innych czynności, które wiążą się z zakresem prowadzonych Robót oraz dokona aktualizacji uzgodnień, które utraciły ważność

w trakcie prowadzenia Robót lub utraciły ważność przed zawarciem Umowy, jeżeli inne zapisy Kontraktu tak przewidują” w związku ze skreśleniem słów „w terminie 7 dni od daty ich otrzymania.”

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Skanska S.A., ul. Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Skanska S.A., ul. Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa 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 (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych; Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie; PSG Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. Oddział w Warszawie w imieniu i na rzecz których działa Miasto Stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 00-950 Warszawa ul. Sokratesa 15, 01-909 Warszawa zwane dalej „zamawiającym”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na: „ Wykonanie robót budowlanych rozbudowy ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ronda z ul. Trakt Lubelski do połączenia z trasą ekspresową S2 w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ronda z ul. Trakt Lubelski do węzła z planowaną trasą ekspresową S2 oraz budowa magistrali wodociągowej DN 400 wraz z przewodami rozbiórczymi DN 150 i kanalizacji sanitarnej DN 600-160 w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński.”

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: Dz.U./S S75 168056-2018 PL w dniu 18.04.2018 roku

Odwołanie

Działając w imieniu odwołującego - Skanska S.A. w Warszawie zwany dalej „Odwołującym” lub „Skanska” na podstawie i w trybie art. 180 ust. 1, art. 182 ust.2 pkt 1) w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 roku, poz. 1579 tekst jednolity), zwaną dalej „ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „ Wykonanie robót budowlanych rozbudowy ul. Wał Miedzeszyński na odc. od ronda z ul. Trakt Lubelski do połączenia z trasą ekspresową S2 w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ul. Wał Miedzeszyński na odc. od ronda z ul. Trakt Lubelski do węzła z planowaną trasą ekspresową S2 oraz budowa magistrali wodociągowej DN 400 wraz z

przewodami rozbiórczymi DN 150 i kanalizacji sanitarnej DN 600-160 w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński.”

Termin na wniesienie odwołania

Stosownie do przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków 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.

W przedmiotowym stanie faktycznym ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.04.2018 roku, zatem termin na wniesienie odwołania zgodnie z wymogami ustawowymi został zachowany.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może stracić możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia, bowiem jeśli wskazane powyżej postanowienia specyfikacji zostaną zachowane to Odwołujący nie weźmie udziału w niniejszym postępowaniu. Tym samym straci szansę na uzyskanie zamówienia, a zatem Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy wskazanych w niniejszym odwołaniu.

Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający:

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1) Art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niewyczerpujący, naruszający uczciwą konkurencję, co uniemożliwia wykonawcy rzetelne sporządzenie i kalkulację oferty oraz przerzuca ryzyko związane z niniejszym zamówieniem na wykonawcę, w szczególności poprzez brak wskazania jaką dokumentację wykonawca ma wykonać oraz narzucenie sztucznego progu 5% wartości robót, co uniemożliwia kalkulację, w sytuacji braku informacji co do zakresu dokumentacji, a także naruszenie zasad współzycia społecznego poprzez przerzucenie ryzyka na wykonawcę dotyczącego uzgodnienia dokumentacji, w sytuacji uzależnienia od podmiotów zewnętrznych oraz wskazania bardzo krótkiego niemożliwego do dotrzymania terminu.

2) Naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp, art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ Kodeksu cywilnego poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a także przeczy naturze stosunku prawnego, poprzez wprowadzenie sztucznej, sztywnej proporcji rozliczenia ceny i wprowadzenia sztucznych wartości rozliczenia prac, co powoduje, że przedmiot zamówienia, w tym sposób obliczenia ceny został ukształtowany w sposób naruszający uczciwą konkurencję,

Wskazanie żądań Odwołującego:

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów prawa Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu

zmianę specyfikacji istotnych warunków przez:

1) Wykreślenie postanowienia dotyczącego sztucznego rozliczenia prac, to jest postanowienia w rozdziale XIV pkt 2 siwz,

Ewentualnie, jeśli takie postanowienie musiało by się ostać z różnych nieznanych wykonawcy powodów wprowadzenie wynagrodzenia ryczałtowego w niniejszym postępowaniu, a zatem zmianę pkt 8.1 2) warunków realizacji kontraktu poprzez jego wykreślenie i zastąpienie wynagrodzenia kosztorysowego wynagrodzeniem ryczałtowym.

2) Wykreślenie postanowienia w pkt 1.5.2.1 STWIORB : „ Wykonawca dokona wszelkich

uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi, w zakresie wszelkich zdarzeń, przełączeń i innych czynności, które wiążą się z zakresem prowadzonych Robót oraz dokona aktualizacji uzgodnień, które utraciły ważność w trakcie prowadzenia Robót lub utraciły ważność przed zawarciem Umowy, jeżeli inne zapisy Kontraktu tak przewidują w terminie 7 dni od daty ich otrzymania. ”,

Ewentualnie wprowadzenie terminu 30 dni od daty otrzymania, przy czym dodania postanowienia, iż „Wykonawca nie będzie odpowiedzialny za terminowość realizacji zadań dotyczących uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi.”

3) Modyfikację postanowienia 1.5.2. STWiORB poprzez wskazanie znanej zamawiającemu lub możliwej do przewidzenia ilości/ zakresu wykonania dodatkowej dokumentacji oraz szacowanej jej wartości

4) Ewentualnie modyfikację postanowienia poprzez jego całkowite wykreślenie.

W uzasadnieniu przedstawił odwołujący następującą argumentację formalną i prawną.

W rozdziale XIV SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” w pkt .2 zamawiający wskazał, iż cena ofertowa brutto za całość przedmiotu zamówienia (100%) winna zostać wyliczona w taki sposób, aby wartość prac dla danego zakresu tj. dla MPWiK wynosiła 22,67% ceny całkowitej a dla prac ZMID 77,33% ceny całkowitej brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Niespełnienie w/w warunku stosunku procentowego do cen określonych w formularzu oferty, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 ustawy, skutkować będzie odrzuceniem oferty ze względu na art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Ponadto należy wskazać, iż Zamawiający nie opisał, w jaki sposób wykonawcy mają osiągnąć wymaganą zależność procentową.

W pkt 10 ppkt c) Warunków Realizacji Kontraktu Zamawiający wskazał, iż „wszelkie ilości jakie mogą być ustalone w przedmiarze robót lub innym wykazie są ilościami szacunkowymi W pkt 8.1 pkt 2) Warunków Realizacji Kontraktu Zamawiający wskazał, iż „Rozliczenie przedmiotu umowy za roboty ujęte w kosztorysach złożonych wraz z Ofertą sporządzonych na podstawie przedmiaru Robót nastąpi wg zasad wynagrodzenia kosztorysowego(obmiarowego), na podstawie kosztorysu powykonawczego.

Podkreślić należy, że Wykonawca nie ma możliwości ingerencji w przedmiar. Nie może zmienić ilości przedmiarowych jak również nie może dodawać nowych pozycji, a to powoduje, że przy sztucznym podziale wprowadzonym przez zamawiającego wykonawca może jedynie manipulować ceną, a tym samym uniemożliwia mu to sporządzenie rzetelnej i prawidłowej oferty.

Jednocześnie Zamawiający wymaga złożenia oferty zawierającej Cenę Oferty, wyliczonej na podstawie Przedmiaru Robót załączonego do dokumentacji przetargowej. W opinii Odwołującego jest to sztucznie przyjęty podział procentowy i pociąga za sobą wiele ryzyk, przede wszystkim jednak kreuje pewną sztuczną inżynierię cenową. Odwołujący do niniejszego odwołania załącza tabelki, które mają zobrazować ową sztucznie stworzoną inżynierię cenową, jednocześnie w niniejszym odwołaniu chciałby opisać przykłady wskazane w tabelkach. Przede wszystkim należy wskazać, że w postępowaniu mamy do czynienia z różnymi przedmiarami, część przedmiarów jest dla zakresu MPWiK, część przedmiarów jest dla zakresu ZMID. W przedmiarach tych są powtarzające się pozycje, a także pozycje podobne. Dla przykładu można przyjąć pozycję „Wykopy”, dla MPWiK - Przedmiar 01PP Wal Miedzieszynskikanalizacja.ath, (ilość wynosi - 5026,26 m2) dla ZMID - Przedmiar budowa odwodnienia drogi (ilość wynosi- 373,80). Przy założeniu, że cena jednostkowa za pozycję wykopy dla obu zamawiających będzie wynosiła 23 zł, otrzymujemy następujące wartości:

Dla MPWiK- 115 603,98 zł, dla ZMID- 8597,40 zł, przy czym, co należy podkreślić z całą stanowczością są to faktyczne wartości robót według cen przyjętych przez oferenta. Łączna wartość tych robót będzie wynosiła 124 201,38 złotych. Dokonując podziału łącznej wartości robót na wartość robót dla każdego z Zamawiających (dla przykładu MPWiK: 115 603,98 zł /124 201,38 zł) faktyczny udział każdego z zamawiających wynosi odpowiednio: MPWiK 93,08% , a ZMID - 6,92%.

Przenosząc faktyczną wartość danych robót, w naszym przypadku wykopów na sztucznie

stworzony procentowy udział zgodnie z wymogami siwz (77,33% do 6,92%) zmienia się wartościowy udział zamawiających, w ten sposób, że wartość robót dla MPWIK wynosi 96 044, 93 zł (było 115 603,80 zł), a dla ZMID 28 156, 45 zł (było: 8597, 40 zł). Przedkładając teraz te sztucznie stworzone wartości na ceny jednostkowe wychodzi, iż wartość pozycji wykopy dla MPWIK wynosi 19,11 zł, a dla ZMID 75,32 zł. W tym miejscu należy dodać, że wykonawca swoją cenę za pozycję wykopy założył na poziomie 23 złotych za jeden metr sześcienny wykonania wykopu, przy czym cena ta jest podana jedynie na potrzeby przeprowadzenia symulacji i należy ją traktować jedynie jako przykładową i niezobowiązującą. Przenosząc teraz te sztucznie wytworzone ceny na grunt wynagrodzenia obmiarowego, a które zostało przyjęte w niniejszym postępowaniu podkreślić należy, że istotą tego wynagrodzenia jest jego zmienność w zależności od wykonanych ilości. I tak posługując się dalej naszym przykładem, gdzie przyjęto ilość wykopów na poziomie 5026, 26 dla MPWIK założmy, że zwiększamy tę ilość do 20 000, a dla ZMID pozostawiamy ilość pierwotną to jest 373, 80. Przy kalkulacji sztucznie stworzonych cen, a zatem dla MPWIK 19, 11 zł, a dla ZMID 75,32 zł ($20\,000 \times 19,11$, $373,08 \times 75,32$ zł) otrzymujemy wartość 382 172, 54 złote dla MPWIK oraz 28 156, 45 zł dla ZMID, co oznacza, że otrzymujemy różnicę dla ZMID na poziomie - 19 559, 05 złotych. Natomiast mnożąc te same wartości przez ceny przyjęte przez wykonawcę ($20\,000 \times 23$, $373,08 \times 23$) wychodzą wartości 460 000 zł oraz 8579, 40 złotych, co daje różnicę - 58 268, 41 złotych, co oznacza, że przy tak sztucznie stworzonym podziale wykonawca traci 58 268, 41 złotych. Jednakże przy takiej symulacji traci nie tylko wykonawca, ale także drugi z zamawiających, który przy przyjęciu faktycznie założonych cen za wartość tych robót zapłaciłby 8597, 40 złotych, natomiast przy przyjęciu sztywnego procentowego podziału zapłaci 28 156, 45 złotych, co daje różnicę - 19 559, 05 złotych. Taka symulacja miała na celu pokazanie jednego z możliwych scenariuszy, a zatem straty wykonawcy oraz jednego z zamawiających. Jednakże może być także inny scenariusz, który został wskazany w kolejnej tabeli, a zatem zysk wykonawcy. Założmy zatem tym razem, że zakres MPWIK wynosi 5206, 26 a zakres ZMID wynosi 700. Uwzględniając sztucznie przyjęte ceny wartość MPWIK wynosi $5206,26 \times 19,11$ zł = 99 491, 63 złote, a wartość ZMID - $700 \times 75,32$ złote = 52,724 złote, natomiast przy założeniu cen przyjętych przez wykonawcę (23 złote) wartość ta powinna wynosić 115603,98 złotych dla MPWIK oraz 16 100 złotych dla ZMID. Całkowita wartość tych robót wynosi zatem 148 772, 37 złotych przy sztucznie przyjętym podziale, a przy cenach wskazanych przez wykonawcę wynosi 131 703, 98 złotych, co oznacza, że przy takim ewentualnym zdarzeniu wykonawca kolokwialnie rzecz ujmując zarabia 17 068, 39 złotych.

Biorąc pod uwagę powyższe tabelki należy wskazać, iż utrzymanie „na sztywno” takiej proporcji kosztów będzie skutkowało znacznym zróżnicowaniem cen jednostkowych za taki sam, lub podobny asortyment robót, oraz będzie prowadziło do sztucznego zaniżania i zawyżania rzeczywistej wartości robót.

Nade wszystko powoduje to jednak znaczącą ingerencję w ceny jednostkowe oferowane przez wykonawców oraz dostosowywanie tych cen sztucznie, bowiem wykonawca zgodnie z postanowieniami siwz ma możliwość ingerencji tylko i wyłącznie w dwie pozycje, a zatem w wartość robót i cenę jednostkową. Takie postanowienia siwz skutkują narzucaniem cen jednostkowych w zależności od udziału procentowego ściśle narzuconego przez zamawiających. Natomiast wykonawca ma świadomość jakie są ceny jednostkowe i dokładnie wie ile będzie kosztowała dana robota, jednak poprzez sztuczne dopasowania cen zgodnie z proporcją Zamawiającego wskazaną w siwz wprowadza „przekłamania” które nie stanowią odzwierciedlania rynkowego.

Podkreślić należy także, iż postanowienia te są także niekorzystne dla Zamawiającego, bowiem mogą spowodować znaczny wzrost kosztów dla Zamawiającego, w przypadku wzrostu rzeczywistych ilości wykonanych robót, w stosunku do wskazanych w przedmiarze. W opinii Odwołującego tak ukształtowane postanowienia siwz przeczą przede wszystkim naturze zobowiązania, utrzymanie sztywnych relacji procentowych powoduje bowiem znaczącą ingerencję Zamawiającego w ceny jednostkowe, która dokonuje się mimowolnie, bowiem wynika ze wskazanych powyżej postanowień STWiORB. Ponadto wykonawca w chwili obecnej nie jest nawet w stanie przewidzieć, czy zarobi, czy też ile może stracić na tym kontrakcie, bowiem czynniki te są zależne od tego, ile i jakie pozycje wykona, czy zostaną one zwiększone, czy też zmniejszone, a następnie od sztucznej ingerencji

Zamawiającego w ceny jednostkowe. Należy podkreślić, iż to wykonawca jest podmiotem, który zgodnie z naturą tego zobowiązania powinien kształtować swoje ceny jednostkowe, a Zamawiający w żaden sposób, żadnymi mechanizmami, czy też działaniami arytmetycznymi nie powinien ingerować w owe ceny jednostkowe. Jest to bowiem sprzeczne nie tylko z naturą zobowiązania, ale także z zasadami współżycia społecznego.

W opinii Odwołującego zatem zamawiający winien usunąć postanowienia o niezmiennym procentowym podziale wartości robót ZMID i MPWiK, lub rozważyć zmianę sposobu wynagrodzenia na ryczałtowe, bo w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wskazane powyżej problemy dotyczące rozliczenia kontraktu nie będą występowały.

Odwołujący wskazuje także, iż zamawiający postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem przedmiot zamówienia jest

opisany w sposób nieprecyzyjny i uniemożliwia rzetelne skalkulowanie oferty. Zgodnie ze

specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych (pkt 1.5.2) - „jeśli w trakcie wykonywania robót będzie konieczne wykonanie dodatkowej dokumentacji lub dokumentacji zamiennej lub projektów usunięcia kolizji (nie ujętych w projekcie wykonawczym), to wykonawca wykona projekty, uzyska niezbędne uzgodnienia i pozwolenia. Koszt opracowania w/w projektów nie może przekroczyć 5% wartości robót dla których zostały one sporządzone. Należy podkreślić, że wykonawca nie jest w stanie przewidzieć jakiej dokumentacji będzie brakowało na etapie wykonywania robót, zatem nie jest w stanie prawidłowo oszacować kosztów tej oferty. Nawet gdyby przyjąć założenie 5% wartości robót, to może okazać się, że wartość ta będzie znacznie wyższa, co oznacza, że oferta wykonawcy będzie niedoszacowana z uwagi na sztuczne wskazanie przez Zamawiającego progu 5%. Zatem, formułując takie postanowienie umowne Zamawiający narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia. Powyższe naruszenie powoduje także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Trudno bowiem konkurować wykonawcom, poprzez cenę oferty, w sytuacji, kiedy zakres rzeczowy do skalkulowania tej ceny ofertowej nie jest jasny. Natomiast, gdyby przyjąć, że każdy z wykonawców winien w swojej ofercie założyć wskazane przez zamawiającego 5%, a okazałoby się, że wartość wykonania dokumentacji będzie wyższa to wykonawcy będą zmuszeni do pokrycia kosztów realizacji inwestycji, która będzie wynikała z błędów zamawiającego, a zatem z nieprecyzyjnego i nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający wskazał, że koszt takiej dokumentacji to do 5% wartości robót. Jak wykonawca ma określić taką cenę jednostkową już na etapie składania oferty, skoro nie wiem o jaką dokumentację może chodzić. Poza tym każda dokumentacja jest różna, różny jest jej zakres, różny jest nakład pracy potrzebny do jej wykonania, a co za tym idzie różna wartość. Nie jest możliwe zatem prawidłowe wycenienie oferty, jeśli weźmiemy pod uwagę te postanowienia STWiORB-u. Po pierwsze nie wiemy, jaka dokumentacja, ile tych dokumentacji należy wykonać, a także nie wiemy jaka jest wartość robót dotyczących tejże dokumentacji. To wszystko powoduje, że wykonawca nie jest w stanie prawidłowo oszacować przedmiotu zamówienia. Ponadto w pkt 1.5.2.1. STWiORB wskazane zostało, że „na żądanie Inżyniera lub Zamawiającego wykonawca wykona inną dokumentację nie wymienioną powyżej. A zatem, znowu zostaje narzucony obowiązek wykonania bliżej nieokreślonej dokumentacji na żądanie Zamawiającego lub Inżyniera, co powoduje, że nie jest możliwe prawidłowe skalkulowanie oferty, a zamawiający narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto w pkt 1.5.2.1 STWiORB Zamawiający wskazał, iż cyt: „Wykonawca dokona wszelkich uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi, w zakresie wszelkich zdarzeń, przełączeń i innych czynności, które wiążą się z zakresem prowadzonych Robót oraz dokona aktualizacji uzgodnień, które utraciły ważność w trakcie prowadzenia Robót lub utraciły ważność przed zawarciem Umowy, jeżeli inne zapisy Kontraktu tak przewidują w terminie 7 dni od daty ich otrzymania. W opinii Odwołującego wskazane powyżej postanowienia przerzucają w sposób nieuzasadniony ryzyko kontraktowe na wykonawcę. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż termin 7 dniowy na aktualizację uzgodnień to bardzo krótki termin, szczególnie jeśli weźmiemy pod uwagę fakt, iż wykonawca wskazanym powyżej postanowieniem zostaje zobligowany do załatwiania pewnych procedur administracyjnych. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż może nie być możliwe i przede wszystkim niezależne od wykonawcy uzyskanie pozwoleń, czy uzgodnień w terminie 7 dni. Ponadto wykonawca jest zobowiązany do dokonania wszelkich uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi w terminie 7 dni od daty ich otrzymania, co powoduje, iż na wykonawcę zostanie nałożony obowiązek na który może zupełnie nie mieć wpływu, bowiem aby dokonać uzgodnień w takim terminie należy mieć także wolę drugiego podmiotu. Jeśli drugi podmiot nie wyrazi takiej woli uzgodnienia w terminie 7 dni aktualizacji, czy też uzgodnień to siłą rzeczy wykonawca nie będzie miał na to wpływu.

Powyższe postanowienie narusza art. 29 ust.1 ustawy Pzp bowiem przerzucenie ryzyka na wykonawcę, w szczególności brak wskazania jakie to mają być uzgodnienia wskazuje na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia. Zresztą sama konstrukcja tego postanowienia ewidentnie wskazuje na nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, bowiem zamawiający w tym postanowieniu używa sformułowania, iż Wykonawca ma dokonać „wszelkich uzgodnień” w zakresie „wszelkich zdarzeń”, co sugeruje, że Zamawiający nie zna swojego przedmiotu zamówienia, nie wie ile tych uzgodnień może być, ale zabezpiecza swój nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia poprzez przerzucenie ryzyka na wykonawcę i obarczenie go odpowiedzialnością za wszelkie uzgodnienia, wszelkie zdarzenia i do tego z podmiotami zewnętrznymi, na które wykonawca nie ma wpływu oraz dodatkowo w bardzo krótkim terminie. Powyższe postanowienie godzi także w wyrażoną art. 353¹ Kodeksu cywilnego zasadę swobody umów. Zgodnie z powyżej przywołanym przepisem 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. Wskazane powyżej postanowienie z całą pewnością sprzeciwia się zasadom współżycia społecznego, bowiem jak wskazano powyżej niemożność precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający „próbując ukryć” przerzucając w tym zakresie ciężar na wykonawców. Brak wskazania, jakie dokładnie uzgodnienia mają być przedmiotem umowy, termin niemożliwy do dotrzymania w zakresie tych „wszelkich uzgodnień”, czy też odpowiedzialność za podmioty zewnętrzne w zakresie tak krótkiego terminu powoduje naruszenie zasad współżycia społecznego. Powyższy wniosek potwierdza tylko kolejne postanowienie STWiORB, cyt: „Uznaje się, że wszystkie koszty związane z wykonaniem w/w prac nie podlegają odrębnej opłacie i są ujęte w cenie oferty”, co biorąc pod uwagę fakt, iż mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym jest nie tylko niekorzystne dla wykonawców, ale także narusza zasady współżycia społecznego.

W świetle powyższego odwołanie, jako konieczne i zasadne, powinno zostać uwzględnione, o co niniejszym Odwołujący wnosi.

Odpowiedź na odwołanie

W dniu 11 maja 2018 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) - dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”, składa odpowiedź na odwołanie wniesione przez Skanska S. A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest rozbudowa ul. Wał Miedzeszyński na odc. od ronda z ul. Trakt Lubelski do połączenia z trasą ekspresową S2 w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ul. Wał Miedzeszyński na odc. od ronda z ul. Trakt Lubelski do węzła z planowaną trasą ekspresową S2 oraz budową magistrali wodociągowej DN 400 wraz z przewodami rozbiórczymi DN 150 i kanalizacji sanitarnej DN 160-600 w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński.

Odwołujący w treści przedmiotowego odwołania zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust.1 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, niewyczerpujący, naruszający uczciwą konkurencję, poprzez brak wskazania jaką dokumentację wykonawca ma wykonać oraz narzucenie sztucznego progu 5% wartości robót, co uniemożliwia kalkulację, w sytuacji braku informacji co do zakresu dokumentacji, a także naruszenie zasad współżycia społecznego poprzez przerzucenie ryzyka na wykonawcę dotyczącego uzgodnienia dokumentacji, w sytuacji uzależnienia od podmiotów zewnętrznych oraz wskazania bardzo krótkiego niemożliwego do dotrzymania terminu;
2. naruszenie art. 7 i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję poprzez wprowadzenie sztucznej sztywnej propozycji rozliczenia ceny i wprowadzenia sztucznych wartości rozliczenia prac, co powoduje, że przedmiot

zamówienia, w tym sposób obliczenia ceny został ukształtowany w sposób naruszający uczciwą konkurencję.

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wnosi o zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

1) wykreślenie postanowienia dotyczącego sztucznego rozliczenia prac, to jest postanowienia w rozdziale XIV pkt 2 siwz, ewentualnie wprowadzenie

wynagrodzenia ryczałtowego i zmianę pkt 8.1.2. Warunków Realizacji Kontraktu poprzez jego wykreślenie i zastąpienie wynagrodzenia kosztorysowego wynagrodzeniem ryczałtowym;

2) wykreślenie postanowienia w pkt 1.5.2.1 STWiORB, ewentualnie wprowadzenie terminu 30 dni od daty otrzymania oraz dodatnia postanowienia, iż „Wykonawca nie będzie odpowiedzialny za terminowość realizacji zadań dotyczących uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi.”;

3) modyfikację postanowienia 1.5.2 STWiORB poprzez wskazanie znanej Zamawiającemu lub możliwej do przewidzenia ilości/zakresu wykonania dodatkowej dokumentacji oraz szacowanej jej wartości, ewentualnie modyfikację postanowienia poprzez jego całkowite wykreślenie.

Zamawiający uwzględnia odwołanie w części dotyczącej żądania określonego w pkt 2 powyżej i w tym zakresie w dniu 11.05.2018 r. dokonał zmiany pkt 1.5.2.1. STWiORB, który w żądanym zakresie (zdanie drugie) otrzymał brzmienie:

„Wykonawca dokona uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi, w zakresie wszelkich zdarzeń, przełączeń i innych czynności, które wiążą się z zakresem prowadzonych Robót oraz dokona aktualizacji uzgodnień, które utraciły ważność w trakcie prowadzenia Robót lub utraciły ważność przed zawarciem Umowy, jeżeli inne zapisy Kontraktu tak przewidują.”.

W pozostałym zakresie Zamawiający nie uznaje odwołania i wnosi o jego oddalenie.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Zasada wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyraża się w treści dokumentacji projektowej i technicznej, zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp oraz rozporządzeniem 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 1129) - dalej: „rozporządzenie”. Przygotowana przez Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz dołączona do niej dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia, która została udostępniona wykonawcom na stronie internetowej, jest zgodna z ustawą Pzp oraz rozporządzeniem.

W udostępnionych materiałach Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej opracowanej przez:

- Mosty Katowice Sp. z o.o., ul. Rolna 12, 40-555 Katowice (roboty budowlane ZMD i PSG Sp. z o.o.),

- Przedsiębiorstwo Usługowo-Projektowe SOMEX Spółka jawna — J., Z., ul. Zgrupowania Żmija 1/54, 01-875 Warszawa (roboty budowlane MPWiK)

oraz sporządzonych na podstawie tej dokumentacji projektowej dokumentów wymaganych przez rozporządzenie, tj.: przedmiarów robót w zakresie, o którym mowa w § 6 rozporządzenia oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, spełniającej wymagania rozdziału 3 rozporządzenia.

Na podstawie otrzymanych materiałów: m.in. specyfikacji technicznych, przedmiarów oraz projektów wykonawczych Wykonawcy są w stanie prawidłowo oszacować oraz sporządzić

ofertę.

Zamawiający wskazuje, że w pkt 1.5.2.1. STWiORB DM.OO.OO.OO. zawarł znany mu zakres dokumentacji projektowej, którą Wykonawca ma wykonać w ramach umowy. Prócz tego w pkt 1.5.2. znajduje się zapis mówiący o dokumentacji, projektach, uzgodnieniach czy pozwoleniach niezbędnych do prawidłowego wykonania robót budowlanych. Fakt istnienia obowiązku sporządzenia projektów przez Wykonawcę w trakcie robót budowlanych jest powszechną praktyką, która doświadczonej firmie budującej drogi, w tym Odwołującemu, jest znana i nie powinna być nowością. Zamawiający oczekiwał, iż wyłoniony w niniejszym postępowaniu Wykonawca jest profesjonalistą, w odniesieniu do którego obowiązuje podwyższony próg należytej staranności. Zgodnie bowiem z art. 355 § 2 kc, który ma zastosowanie na mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się bowiem przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zgodnie z orzecznictwem, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (wyrok SA z dnia 8.03.2006, sygn. I ACa 1018/05).

W odniesieniu zatem do zarzutu dotyczącego narzucenia progu 5% wartości robót przy opracowywaniu dokumentacji projektowej Zamawiający wskazuje, że kwestionowane w odwołaniu zastrzeżenie zawarte w STWiORB, iż koszt opracowania projektów nie może przekroczyć 5% wartości robót, dla których zostały one sporządzone, znajduje oparcie w przepisach prawa. Metoda obliczenia oraz wskaźnik procentowy kosztów dokumentacji projektowej określony został w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r., poz. 1389). Zgodnie z § 10 ust. 1 powyższego rozporządzenia:

Planowane koszty prac projektowych oblicza się jako iloczyn wskaźnika procentowego i planowanych kosztów robót budowlanych, według wzoru:

$$W_{PP} = W\% \times W_{RB}$$

gdzie:

W_{PP} - planowane koszty prac projektowych; W_{RB} - planowane koszty robót budowlanych; $W\%$ - wskaźnik procentowy”.

Wskaźniki procentowe kosztów dokumentacji projektowej w kosztach robót budowlano-montażowych dla inwestycji liniowych zostały określone w Tabeli 2 załącznika do w/w rozporządzenia i kształtują się one następująco:

B. Wskaźniki dla budownictwa drogowego

Lp. Inwestycje drogowe Wskaźnik procentowy $W\%$

1 Autostrady, drogi ekspresowe 3,0-5,0%

2 Drogi klasy GP 2,5-4,5%

3 Drogi klasy G i niższych klas 2,5-4,0%

4 Ulice 2,5-5,0%

Droga, której dotyczy zamówienie jest klasy GP, zatem wskaźnik procentowy, jaki winien być zastosowany, zgodnie z powyższym rozporządzeniem Ministra Infrastruktury kształtuje się na poziomie 2,5—4,5%. Ulica Wał Miedzeszyński, poza tym, że jest drogą klasy GP, jest również ulicą (drogą na terenie zabudowy), dlatego z uwagi na poziom złożoności zamówienia Zamawiający zastosował próg maksymalny, tj. 5 %.

Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych (dalej „ŚZWPP”), które uzyskały

akceptację Ministerstwa Infrastruktury, jako materiał informacyjny i pomocniczy przy określaniu cen za prace projektowe, są także stosowanym przez Zamawiających sposobem wyceny prac projektowych. ŚZWPP są także uznawane przez sądy podstawą wyceny przy przeprowadzaniu postępowania dowodowego w sprawach spornych pomiędzy uczestnikami procesu inwestycyjnego. Jedną z metod opisanych w tym wydawnictwie jest właśnie metoda wskaźnikowa, bazująca na wskaźnikach procentowych kosztów dokumentacji projektowej w stosunku do kosztów robót budowlano-montażowych. W wydaniu ŚZWPP z 2016 roku w podrozdziale 1.9.4.2, Tabela D, znajdują się takie same wartości procentowe wskaźników dla budownictwa drogowego jak w Tabeli rozporządzenia Ministra Infrastruktury przywołanego powyżej. Jest to dowód na to, że założony przez Zamawiającego wskaźnik 5% jest działaniem prawidłowym.

Wobec powyższego zastosowana przez Zamawiającego metoda obliczania kosztów dokumentacji projektowej w odniesieniu do wartości robót której dotyczą oraz poziom

procentowy wskaźnika nie jest, jak zarzuca Odwołujący, ani sztucznym progiem, ani naruszeniem jakichkolwiek przepisów czy zasad, lecz powszechnie stosowaną praktyką

zgodną z prawem, dlatego Zamawiający nie uznaje odwołania w powyższym zakresie.

W odniesieniu do postawionego zarzutu dotyczącego wprowadzenia przez Zamawiającego propozycji rozliczenia ceny i rozliczenia prac wskazać należy, że postanowienia Rozdziału

XIV ust. 2 SIWZ wynikają z porozumienia zawartego przez Zamawiających: ZMID i MPWiK. Określono w nim, m. in. zasady współpracy i rozliczenia robót pomiędzy w/w Zamawiającymi, którzy, ze względu na aspekty natury technicznej, ekonomicznej i organizacyjnej, w oparciu o

art. 16 ustawy Pzp, uzgodnili wspólnie przeprowadzenie postępowania i udzielenie

zamówienia publicznego.

Wskazane w SIWZ proporcje na poziomie 77,33% - ZMID i 22,67% - MPWiK zostały ustalone w oparciu o wartości robót określonych w kosztorysie inwestorskim poszczególnych

Zamawiających. Celem powyższego działania jest zachowanie równowagi kosztów

ponoszonych przez MPWiK i ZMID w stosunku do poszczególnych zakresów prowadzonej

wspólnie inwestycji. Wymienione wyżej proporcje mają zastosowanie również w zapisach

dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy czy kar umownych, gdzie limity wysokości kwoty, do których MPWiK i ZMID mogą dochodzić roszczeń z tytułu np.

niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Z uwagi na to, że zapisy SIWZ są obowiązujące dla wszystkich potencjalnych Wykonawców,

Zamawiający uznał, że ma prawo dostosować swoje wymagania do własnych potrzeb. Jeśli wymagania nie naruszają zasady uczciwej konkurencji, to Zamawiający jest uprawniony do opisania ich według swojego uznania. Zamawiający ma prawo tak uregulować treść umowy,

aby możliwe było zrealizowanie zamówienia w zgodzie z jego oczekiwaniami oraz z przyjętymi przez niego założeniami. Artykuł 353¹ Kodeksu cywilnego konstytuuje zasadę swobody zawierania umów, która sprowadza się do wolności w kształtowaniu treści stosunku

prawnego i wyborze kontrahenta, czy formy zawarcia umowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 września 2017 r., sygn. akt KIO 1862/17).

Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp, a dotyczą one, m.in.:

- 1) zakresu swobodnego wyboru kontrahenta,
- 2) co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty,
- 3) wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy,

4) braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej: „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za sui generis umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09).

Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353¹ kc). Wykonawca może bowiem z uwagi na treść siwz i projektu umowy nie ubiegać się o dane zamówienie, a tym samym nie składać oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi np. na zwiększoną odpowiedzialność. Ponieważ wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Wobec powyższych argumentów zapisy ust. 2 Rozdziału XIV SIWZ pozostają w niezmienionej treści.

W odniesieniu do zarzutu odwołania dotyczącego określenia przez Zamawiającego w pkt 1.5.2.1. (zdanie drugie) STWiORB 7 dniowego terminu uzyskania aktualizacji uzgodnień, które utraciły ważność w trakcie prowadzenia Robót lub utraciły ważność przed zawarciem umowy, Zamawiający uznał, że termin ten może być zbyt krótki i dlatego dokonał zmiany pkt 1.5.2.1. STWiORB (zdanie drugie), który otrzymał brzmienie:
„Wykonawca dokona uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi, w zakresie wszelkich zdarzeń, przełączeń i innych czynności, które wiążą się z zakresem prowadzonych Robót oraz dokona aktualizacji uzgodnień, które utraciły ważność w trakcie prowadzenia Robót lub utraciły ważność przed zawarciem Umowy, jeżeli inne zapisy Kontraktu tak przewidują”.

W załączeniu: przywołany fragment

1) ŚZWPP - wydanie z 2016 roku podrozdział 1.9.4.2, Tabela D,

2) dowód potwierdzający dokonanie zmiany SIWZ, zgodnie z odpowiedzią na odwołanie - pismo z dnia 11.05.2018 r. znak ZMID-ZP.26.5.2018.MFE (15)

Strony po przeprowadzonej rozprawie przedstawiły stanowiska końcowe jak poniżej.

Stanowiska końcowe stron.

ZAŁĄCZNIK DO PROTOKOŁU Z ROZPRAWY Z DNIA 14 MAJA 2018 ROKU dotyczy postępowania KIO 822/18 - Odwołujący

Niniejszym pismem Odwołujący chciałby ustosunkować się do argumentów, które padły na rozprawie w dniu 14 maja 2018 roku o sygnaturze wskazanej powyżej.

W swoim odwołaniu Odwołujący bowiem zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust.2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie procentowego podziału pomiędzy dwóch zamawiających, co powoduje ingerencję Zamawiającego w ceny jednostkowe, a tym samym narusza istotę stosunku zobowiązaniowego.

W odniesieniu do argumentów Zamawiającego i przedstawionych na rozprawie dowodów w pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, iż żaden z przedstawionych dowodów tj.. Porozumienie nr 2/2017/P/MST i Porozumienie nr 3/2016/P/MST nie zawierają w swej treści informacji o procentowym sztywnym podziale, ale tylko i wyłącznie o finansowaniu budowy przez strony Porozumienia. Podkreślić należy, iż § 5 obu Porozumień, na który powoływał się Zamawiający podczas rozprawy nie wskazuje w żaden sposób na konieczność sztywnego podziału procentowego. Zatem, w opinii Odwołującego dowód ten winien zostać oddalony, bowiem nie potwierdza w żaden sposób argumentacji Zamawiającego i bynajmniej nie wskazuje na obowiązek sztywnego podziału procentowego. Abstrahując jednak zupełnie od treści samego Porozumienia to wskazać należy, że nawet jeśli Porozumienie zawierałoby postanowienie o sztywnym procentowym podziale — należałoby zadać pytanie na ile takie postanowienie jako dokument wewnętrzny jest wiążące w sytuacji, gdy narusza przepisy ustawy Pzp? Zdaniem Odwołującego bowiem Porozumienie takie nie ma pierwszeństwa przez przepisami ustawy Pzp i jako dokument wewnętrzny winno być zgodne z aktem wyższej rangi, a zatem ustawą. Co do kolejnych argumentów Zamawiającego przedstawionych na rozprawie to wskazujemy:

1. Zarzut dotyczący wprowadzenie sztucznej sztywnej propozycji ceny i wprowadzenia sztucznych wartości rozliczenia prac.

1. W odniesieniu do argumentu dotyczącego przewagi wynagrodzenia obmiarowego nad ryczałtowym, zaleceń Komisji Europejskiej w tym zakresie oraz faktu, iż co do zasady ZMID nie stosuje dla kontraktów Buduj rozliczenia w trybie ryczałtowym:

Odwołujący nie neguje co do zasady, ani w swoim odwołaniu, ani w odniesieniu do argumentacji wskazanej na rozprawie rozliczenia o charakterze obmiarowym. Nie wskazuje też, że żąda od Zamawiającego rozliczenia o charakterze ryczałtowym na niniejszym kontrakcie. Odwołujący neguje tylko i wyłącznie połączenie zastosowane w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem połączenie kosztorysu obmiarowego ze sztucznym narzuceniem podziału procentowego, (dalej także „procenty”). Rozwiązaniem wydaje się w tej sytuacji, albo połączenie wynagrodzenia ryczałtowego z procentami, albo wykreślenie samego postanowienia o procentach. Podział procentowy zmusza bowiem wykonawcę do kreowania nierzeczywistych cen jednostkowych i to jest główny zarzut Odwołującego, samo połączenie tego jest niefortunne, nie zaś kwestia tego, jakie wynagrodzenie stosować. Jeśli Zamawiający musiałby z jakiegoś powodu stosować te procenty to tylko wtedy Wykonawca wskazuje, że rozwiązaniem byłoby połączenie procentów z wynagrodzeniem ryczałtowym.

Wykonawca na rozprawie wskazywał jako argument fakt o jednym realizowanym kontrakcie w formule D&B realizowanym ryczałtowo. Wskazywał, że tam też była narzucona sztywna kwota podziału na poszczególnych zamawiających, jednak z uwagi na fakt rozliczenia ryczałtowego narzucony podział procentowy nie miał bezpośredniego przełożenia na ceny jednostkowe. W odniesieniu zaś do argumentu dotyczącego kontraktu przy ulicy Marynarskiej realizowanego w trybie ryczałtowym wskazujemy, że inni zarządcy dróg jak np. MZDW, GDDKiA realizują kontrakty drogowe w wynagrodzeniu ryczałtowym, ale rozbieżność na dwóch Zamawiających ustalają jako procent od kwoty ryczałtowej.

2 . W odniesieniu do argumentu dotyczącego wykonania dwóch kosztorysów inwestorskich:

Odwołujący wskazuje, że nie zgadza się ze stanowiskiem ZMID, iż wyliczony podział procentowy z dokładnością aż do dwóch miejsc po przecinku, na podstawie kosztorysów inwestorskich jest dobrym założeniem i że najważniejszy jest spójny termin wykonania tych kosztorysów. W opinii Odwołującego istotny jest bowiem fakt, co potwierdził Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie, iż kosztorysy zostały sporządzone przez dwie różne jednostki projektowe (strona 2 odpowiedzi), a zatem Mosty Katowice i Przedsiębiorstwo

Usługowo — Projektowe SOMEX. Zatem, kosztorysy projektowe wykonywane przez dwie różne jednostki projektowe mogą być różne w założeniach i mogą być wzajemnie nieporównywalne, bowiem mają inne podstawy wyceny, nakłady i ceny jednostkowe RMS, czy też wartości czynników co ma istotny wpływ na ustalenia podziału procentowego. Domniemyamy także, iż kosztorysy inwestorskie nie były wzajemnie weryfikowane, a bynajmniej obowiązek taki nie wynika z postanowień Porozumienia między stronami, co może spowodować rozbieżności w założeniach i ustalenia cen jednostkowych czy podstawy wyceny.

Jednakże, na słuszność naszej argumentacji wskazuje stanowisko pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie. Pełnomocnik bowiem wskazał na fakt różnych pozycji w

przedmiarach, argumentując, że roboty dla obu Zamawiających są przecież różne i ceny też powinny się różnić. Wskazywał, że poszczególne pozycje dla Zamawiających są różne, bo dotyczą różnych prac, mimo, iż noszą podobną nazwę. Jak zatem można różne pozycje w różnych kosztorysach zliczyć razem, a następnie potem zastosować do tego sztywny

procent podziałowy. Już na tym etapie widać przede wszystkim błąd w założeniach

Zamawiającego, błąd logiczny polegający na sumowaniu różnych nieporównywalnych pozycji z kosztorysów sporządzonych przez różne biura projektowe.

3. W odniesieniu do argumentacji dotyczącej „Tabeli symulacyjnej” przedstawionej w odwołaniu Skanska S.A.:

Odwołujący wskazuje, iż tytuł załącznika to tabela symulacyjna, a zatem założeniem

Odwołującego było pokazanie pewnego mechanizmu, jak owo sztuczne procentowe rozdzielanie wpływa na ceny. Na stronie 6 odwołania Odwołujący wskazuje przecież cyt: „ W tym miejscu należy dodać, że wykonawca swoją cenę za pozycję wykopy założył na poziomie 23 złotych za jeden metr sześcienny wykopania wykopu, przy czym cena ta jest podana jedynie na potrzeby przeprowadzenia symulacji i należy ją traktować jako przykładową i niezobowiązującą. ”. Owszem, jest to cena faktyczna i realna, ale przyjęta na podstawie pewnych założeń, a wykonawca na potrzeby tylko i wyłącznie symulacji nie dokonał szczegółowego obliczenia cen jednostkowych, chciał tylko zobrazować pewien mechanizm, a cena jednostkowa jaką przyjął miała być po prostu zbliżona do realiów rynkowych, bez szczegółowej jej analizy. Ponadto, wbrew przedstawionemu zarzutowi ze strony Zamawiającego, co do błędnego porównania różnych pozycji przedmiarowych wskazanych w odwołaniu, odwołujący informuje, że w swojej symulacji omówił pozycję przedmiarową która co do zakresu i technologii wykonania robót jest tożsama. W symulacji porównano wykopy realizowane dla ZMID wskazane przedmiarze ZMID dla wykonania kanalizacji sanitarnej i wykopy realizowane dla MPWIK wskazane w przedmiarze MPWIK również dla wykonania kanalizacji sanitarnej. Biorąc powyższe pod uwagę zarzut ZMID w tym zakresie jest nie trafiony. Tożsame roboty powinny mieć co do zasady porównywalną cenę jednostkową co zostało powyżej omówione.

Podobnie, rzecz się ma z zarzutem dotyczącym znacznego zwiększenia ilości w symulacji na pozycji wykopy. Należy jeszcze raz wyraźnie podkreślić, iż tabela nosi nazwę „Tabela symulacyjna” i miała na celu pokazanie pewnego schematu. Zwiększenie ilości kwestionowane przez Pełnomocnika Zamawiającego wynika wyłącznie z potrzeby wyraźnego uwidocznienia problemu związanego z wpływem ceny jednostkowej na koszty wykonywanych robót. Odwołujący chciał uwypuklić w tym zakresie swoją sytuację pokazując jaki mają wprowadzone przez Zamawiającego procenty na cenę jednostkową.

W odniesieniu do argumentu, że podział procentowy stanowiący warunki kontraktu należy stosować tylko dla sporządzenia formularza cenowego: Odwołujący wskazuje, że trudno zgodzić się z tym argumentem, biorąc pod uwagę postanowienia dotyczącego niniejszego kontraktu. Biorąc pod uwagę bowiem Rozdział XIV siwz Wykonawca nie może ingerować w przedmiar, a zatem tym samym nie może zmieniać ilości i dodawać nowych pozycji. Wyraźnie należy podkreślić wbrew temu, co wskazuje Zamawiający, iż w świetle jego własnych postanowień siwz — odwołujący jako Wykonawca może jedynie wstawić ceny jednostkowe i wyliczyć wartość dla każdej pozycji i kosztorysu. Podkreślamy, iż argumentacja Zamawiającego dotycząca tego, iż dostosowanie procentowe dotyczy tylko ceny ryczałtowej w formularzu cenowym oraz pozostawienie rzeczywistych cen jednostkowych będzie powodowała niezgodność sumy pozycji z przedmiaru kosztorysowego z sumą pozycji z formularza oferty co jest nie dopuszczalne. Wobec powyższego, nie ma możliwości dopasowania ceny ofertowej uwzględniającej podział procentowy bez zmian cen jednostkowych. Argumentacja Zamawiającego jest skrajnie niespójna, z jednej strony bowiem w zamówieniu mamy postępowanie kosztorysowe, a z drugiej strony mamy nagle zaoferować cenę ryczałtową i w odniesieniu do niej wyliczyć owe sztuczne procenty, a Zamawiający wskazuje, iż nie ma to w ogóle wpływu na ceny jednostkowe. Nie sposób się z tym zgodzić bowiem przecież cena ofertowa w niniejszym postępowaniu ma być wyliczona na podstawie przedmiarów, wynagrodzenie ma być kosztorysowe, a samo ujęcie ich w formularzu cenowym nie powoduje tego, iż mamy do czynienia z ceną ryczałtową. To jest ciągle ta sama cena, ale ujęta w formularzu cenowym inaczej jednakże wynika ona z łącznej wartości cen jednostkowych. Nie ma zatem możliwości, by cena w formularzu cenowym do której należy zastosować procenty nie oddziaływała poprzez zastosowanie tych procentów na ceny jednostkowe. Nie można nagle udawać, że w wynagrodzeniu kosztorysowym ceny jednostkowe nie mają znaczenia, tylko dlatego, że trzeba je wpisać jako łączne z poszczególnymi rozbiciami na ceny ryczałtowe.

Odwołujący jeszcze raz podkreśla, to co wskazywał na rozprawie, iż takie rozbieżności procentowe ma niebagatelny wpływ nie tylko na etap ofertowania, ale także na etap realizacji projektu- Odwołujący bowiem tych cen jednostkowych na późniejszym etapie nie będzie mógł zmienić i będzie musiał rozliczać się tymi cenami, chociażby przy ewentualnych późniejszych robotach uzupełniających czy dodatkowych. Ponadto w sytuacji sztucznego dostosowania cen jednostkowych Odwołujący nie będzie mógł bronić się w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, nie będzie też możliwości porównania ofert, bowiem Zamawiający będzie miał różne ceny jednostkowe na poszczególne pozycje, które wykonawcy będą sztucznie dostosowywać do procentów w różny sobie tylko wiadomy sposób. Podkreślić należy także, iż może to spowodować problemy z rozliczeniem podwykonawców, bowiem w sytuacji sztucznego dopasowania cen może okazać się, że przy podliczeniu zakresu podwykonawcy będzie on miał wyższą cenę za dany zakres niż wykonawca. Wykonawca bowiem nie będzie oferował cen realnych rzeczywistych, a sztucznie zmienione, a podwykonawca zaoferuje ceny rzeczywiste. To może spowodować problem z zaakceptowaniem podwykonawcy, w szczególności w kontekście uprawnień Inwestora wskazanych w przepisie art. 647 § 3 Kodeksu cywilnego.

5. Inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez tych samych Zamawiających:

Odwołujący wskazuje ponad to, że w lutym 2017 r. ten sam zamawiający ZMID i MPWiK wyznaczył termin otwarcia ofert na budowę ul. Czerniakowskiej bis. W siwz wyznaczył proporcje: budżet dla MPWiK wynosiła 11,67% ceny całkowitej, a dla prac ZMID 88,33% ceny całkowitej brutto. Na otwarciu ofert podał następujące kwoty budżetu Zamawiającego:

Całość 82 201 394,77 zł tj. 100,00 % w tym: MPWiK 13 600 000,00 zł tj. 16,54 0/0, ZMID 68 601 394,77 zł, tj 83,46 0/0. A zatem na otwarciu ofert nawet sam Zamawiający nie zachował proporcji jakie zastrzegł sobie w siwz. Podobna sytuacja miała miejsce w lipcu 2017 r. ten sam zamawiający ZMID i MPWiK wyznaczył termin otwarcia ofert na budowę ul. Głębockiej. W siwz wyznaczył proporcje: budżet dla MPWiK wynosił 5,51% ceny całkowitej a dla prac ZMID 94,49% ceny całkowitej brutto. Na otwarciu ofert podał kwoty budżetu Zamawiającego: Całość 35 050 227,93 zł tj. 100,00 % w tym: MPWiK 3 750 227,93 zł tj. 10,70 0/0, ZMID 31 300 000,00 zł, tj 89,30 %.

Podkreślić należy, iż w obu tych przetargach Skanska tak jak i każdy z uczestniczących wykonawców musiała przeprowadzić inżynierię ceny zaniżając zakresy MPWiK i zawyżając zakresy ZMID tylko i wyłącznie w celu zachowania proporcjonalności kwot wyznaczonych postanowieniami siwz. I to pomimo tego, że zamawiający nie zachował tej proporcjonalności podczas odczytywania własnego budżetu na realizację tych zadań. Odwołujący wskazuje, że również w tym postępowaniu spodziewa się takiej samej sytuacji ze strony Zamawiających.

Na zakończenie niniejszego pisma Odwołujący wskazuje, iż przygotowując ofertę cenową opiera się o globalną wycenę projektu, a w konsekwencji o własne "negocjowane ceny z dostawcami i podwykonawcami oraz o własne RMS i wskaźniki cenotwórcze — dla całości zadania. Wykonawca przygotowując ofertę ma prawo opierać się na analogicznej wycenie robót dla identycznego lub bardzo zbliżonego asortymentu robót, bez rozróżniania, czy to jest zakres ZMID czy MPWiK. Dlatego będąc zmuszonym do zachowania wymaganych przez siwz proporcji musi sztucznie korygować globalnie na poszczególnych zakresach ZMID i MPWiK ceny jednostkowe. Tym samym pozbawiając się na niektórych zakresach, kosztorysach lub pozycjach potencjalnego zysku.

Konkludując powyższe pismo, a także wniesione przez nas odwołanie oraz argumentację stron zawartą w odwołaniu wskazujemy, że w naszej opinii Zamawiający nie udowodnił, dlaczego sztywny rozdział procentowy jest dla niego istotny, nie wynika to także z przedstawionych dowodów (Porozumień). Odwołujący zaś nie kwestionuje, że obydwaj Zamawiający mają różne budżety, różne zakresy prac i powinni rozliczać się osobno co do swoich zakresów, natomiast kwestionuje fakt, co w jego opinii zostało udowodnione, iż rozliczenia pomiędzy Zamawiającymi mają odzwierciedlenie i wpływają na kalkulację cen jednostkowych dokonywanych przez wykonawcę poprzez zmuszenie wykonawcy do sztucznego podziału procentowego.

Jeszcze raz Wykonawca podkreśla, iż w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający bardzo ogólnie powołał się tylko na przepis dotyczący zasady swobody umów argumentując, iż jest gospodarzem postępowania, umowy w sprawie zamówień publicznych są umowami adhezyjnymi i wolno mu dostosować wymagania do swoich potrzeb.

Odwołujący nie zgadza się z takim stanowiskiem, iż wskazuje, że przepis art. 353 ¹ Kodeksu

cywilnego 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. Z powyższego przepisu ewidentnie wynika, iż zasada swobody umów doznaje ograniczenia, a ograniczeniem tym jest:

- właściwość i natura stosunku,
- ustawa,
- zasady współżycia społecznego.

Kwestionowanymi postanowieniami siwz zamawiający naruszył przede wszystkim właściwość i naturę stosunku zobowiązaniowego, jakim jest złożenie oferty, a następnie

zawarcie umowy, bowiem Zamawiający w sposób sztuczny ingeruje w ceny jednostkowe wykonawcy. Zamawiający naruszył także przepisy ustawy Pzp, bowiem kwestionowane

postanowienia dotyczące podziału procentowego naruszają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, to jest art.7 ust. 1 i art. 29 ust.2 ustawy Pzp, nie sposób bowiem złożyć oferty konkurując z innymi wykonawcami, jeśli nie można zaoferować „swoich” faktycznych cen oraz każdy z wykonawców może innym sposobem próbować osiągnąć

dostosowanie do sztucznych wymogów procentowych. W opinii Odwołującego zostały także naruszone zasady współżycia społecznego, bowiem wykonawca jest zmuszony do podawania nieprawdziwych informacji, do pewnego „przekłamywania cen” i do Inżynierii cenowej, ale w negatywnym tego słowa znaczeniu, bo sztucznej, kreowanej tylko na

potrzeby sztucznej rzeczywistości, którą należy uzyskać poprzez zastosowanie procentów.

W odniesieniu zaś do pisma Zamawiającego, a przekazanego Wykonawcy w dniu

dzisiejszym to jest 17- go maja 2018 roku na mail: m..l. @skanska.pl o wynikach kontroli prowadzonej przez CUPT- informujemy, iż w odpowiedzi na to pismo Pełnomocnik Skanska w dniu 17.05.2018 roku zadzwonił do CUPT-u z pytaniem o niniejszą kontrolę. Podczas rozmowy z Panem M. K., (który tą kontrolę przeprowadzał) o godzinie 11 : 30-11:32 pod numerem telefonu 22 26 20 510 uzyskał informację, iż kontroler nie miał wiedzy o złożonym odwołaniu, a zatem nie miał jak zweryfikować wskazanych przez wykonawcę zarzutów. Podkreślić należy jednakże, że zarzuty zawarte w odwołaniu są zarzutami, które mogą być dość trudne do zauważenia dla Kontrolującego. Natomiast dla pracowników wykonawcy — praktyków, którzy codziennie wyliczają i składają oferty jest to wiedza dość powszechna i wynikająca przede wszystkim z praktyki, stąd w ocenie Odwołującego złożone pismo nie ma większego znaczenia dowodowego, bowiem nie potwierdza, iż Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Powyższy wniosek o nie naruszeniu ustawy Pzp w kontekście przedstawionego przez Zamawiającego pisma byłby możliwy, gdyby Kontrolujący dysponował odwołaniem złożonym przez Skanska S.A.

II. Zarzut dotyczący braku wskazania przez zamawiającego, jaką dokumentację wykonawca ma wykonać oraz narzucenia sztucznego progu 5 % wartości robót.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Odwołujący wskazuje, iż jego zarzutem było cyt: „ narzucenie sztucznego progu 5% wartości robót, co uniemożliwia kalkulację, w sytuacji braku informacji, co do zakresu dokumentacji. ”. Wbrew temu, co twierdzi Zamawiający nie polemizujemy z samym faktem progu 5%, jako kosztem opracowania projektów w stosunku do wartości robót. Zarzutem Odwołującego jest fakt, iż brak informacji, co do zakresu jaką dokumentację należy sporządzić (zakresowo) oraz ilościowo powoduje nieprzewidywalność wyceny. Zastosowanie do tej niemożliwej do przewidzenia dokumentacji progu 5% powoduje fakt, iż oferty będą nieporównywalne. Nie można bowiem wycenić czegoś (dokumentacji projektowej), co do której nie mamy żadnej wiedzy. Wycena taka będzie bowiem „strzelaniem w ciemno”, a próg wartości 5% nie spowoduje, iż wykonawca będzie mógł dokonać prawidłowej wyceny. Aby próg 5% wartości spowodował porównywalność ofert każdy z wykonawców musiałby mieć taką samą wiedzę, co do tego jaką dokumentację należałoby sporządzić w niniejszym postępowaniu. Wobec braku tej informacji każdy z wykonawców przyjmie inny zakres, inną ilość potrzebnej do wykonania dokumentacji i obliczy jej wartość jako 5% wartości robót, ale wobec braku jasnych założeń co do wyliczenia tych 5% spowoduje to nieporównywalność ofert.

Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego wskazał, iż profesjonalny wykonawca powinien poradzić sobie z wykonaniem dodatkowych projektów. Wobec takiej argumentacji Odwołujący wskazuje, iż z uwagi na fakt że Odwołujący jest profesjonalnym wykonawcą nie może zgodzić się na postanowienia kontraktowe, w których to Zamawiający nie dookreślił przedmiotu zamówienia. Nie wskazał również o jakie stadium projektów chodzi i jakie projekty i z jakiej branży mogą być konieczne do wykonania. Zamawiający wskazał jedynie, że kwota tych projektów nie może przekroczyć 5% co do rzetelnego stworzenia oferty jest niewystarczające.

Warto jeszcze dodać że formuła kontraktu to BUDUJ, co do zasady opiera się na projektach dostarczonych przez Zamawiającego. Jeżeli na etapie realizacji inwestycji będzie konieczność wykonania dodatkowych opracowań projektowych to wg. opinii odwołującego ciężar przygotowania i uzgodnienia projektów powinien ciążyć na zamawiającym.

Natomiast, jeżeli Zamawiający już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma wiedzę, że będzie konieczność przygotowania dodatkowych projektów, to powinien w kontrakcie żądać od oferentów zabezpieczenia sztywnej pozycji procentowej na opracowania projektowe, którą powinni uwzględnić wszyscy "wykonawcy w celu umożliwienia porównania ofert".

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Stanowisko zamawiającego.

Załącznik do protokołu z rozprawy z dnia 14 maja 2018 r.

złożony przez pełnomocnika Zamawiającego

W uzupełnieniu stanowiska prezentowanego na rozprawie wskazuję, że niniejsze postępowanie objęte było kontrolą ex-ante prowadzoną przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych. W dniu 11 maja br. do Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Biura Funduszy Europejskich i Polityki Rozwoju wpłynęło pismo z jednostki kontrolującej o pozytywnym dla Zamawiającego wyniku kontroli. Pismo to wpłynęło do Zamawiającego po rozpoczęciu rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, dlatego Zamawiający nie mógł go okazać. Powyższe oznacza, że wbrew stanowisku Odwołującego, nie ma ryzyka związanego z zasadnością wydatkowania środków publicznych, w tym środków pomocowych, w związku z nieprawidłowościami (zdaniem Odwołującego) wskazanymi w odwołaniu. Przeciwnie - opis przedmiotu zamówienia został sporządzony z zachowaniem przepisów prawa, dobrych praktyk budowlanych, standardów unijnych w przedmiocie projektowania oraz zasad wiedzy technicznej. Zamawiający dostarczył Wykonawcom dokumentację o zawartości wystarczającej do rzetelnego sporządzenia oferty. Należy przy tym zauważyć, że Wykonawcy, w tym Odwołujący nie ponieśli zarzutu dotyczącego braków w dokumentacji projektowej lub błędów tej dokumentacji. Zamawiający w niniejszym postępowaniu, z uwagi na zamówienie w formule „wybuduj” określił cenę kosztorysową, która jest właściwa dla tego rodzaju kontraktów. Wykonawcy nie mogą narzucać Zamawiającemu sposobu określenia ceny, bowiem to Zamawiający jest nie tylko dysponentem budżetu zaplanowanego na realizację zamówienia, lecz odpowiada także za realizację zamówienia. Za przyjęciem obmiarowego sposobu rozliczania przemawiają względy ekonomiczne, ponieważ gwarantują zapłatę wyłącznie za faktycznie wykonane ilości przy zdefiniowanym zakresie robót. Należy przypomnieć, że Komisja Europejska w stosunku do projektów realizowanych w Polsce w ramach programów przedakcesyjnych (ISPA, Phare) zalecała stosowanie warunków kontraktowych FIDIC, które dla formuły „wybuduj” przewidują obmiarowy sposób rozliczania się inwestora z wykonawcą.

Wobec powyższego Zamawiający jest w pełni uprawniony do narzucenia sposobu określenia ceny za realizację zamówienia i dla zamówienia zamówienie w formule „wybuduj” określenia ceny kosztorysowej.

W zakresie wskazanych w SIWZ proporcji rozliczenia ceny na poziomie 77,33% - ZMID i 22,67% MPWiK, należy ponownie podkreślić, że jest to wynik porozumienia zawartego na podstawie art. 16 ust. 1 Pzp pomiędzy Zamawiającymi prowadzącymi wspólnie postępowanie, tj. ZMID oraz MPWiK, w szczególności postanowień § 5 ust. 1 pkt 3 wartości wynikających z dokumentacji projektowej i kosztorysów inwestorskich poszczególnych zamawiających oraz budżetów zaplanowanych w oparciu o dokumentację projektową. Celem powyższego działania jest zachowanie równowagi kosztów ponoszonych przez MPWiK i ZMID w stosunku do poszczególnych zakresów prowadzonej wspólnie inwestycji. Z uwagi na

obmiarowy sposób rozliczania Zamawiający przewidział możliwość zwiększenia wynagrodzenia na etapie realizacji inwestycji, wskazując w pkt 5.2) Projektu Umowy ZP/2/PN/2018 stanowiącego załącznik do SIWZ, że Wynagrodzenie Umowne nie przekroczy 120 % kwoty podanej ofercie.

Zamawiający wskazuje, że w pkt 1.5.2 STWiORB DM.OO.OO.OO. zawarł cały, znany mu zakres dokumentacji projektowej, którą Wykonawca ma wykonać w ramach umowy. Wykonawca nie może oczekiwać od Zamawiającego opisanie dokumentacji niemożliwej do przewidzenia na etapie przygotowywania inwestycji, a dotyczącej robót, które są niezbędne do wykonania w celu oddania obiektu.

Wobec powyższego Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie i wnosi o oddalenie odwołania. W załączeniu: pismo CUPT.DK.KK1.5201.47.2018.479.3.MW.MiK

Zastępca Dyrektora Biura Funduszy Europejskich i Polityki Rozwoju

Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Plac Defilad 1

00-901 Warszawa

Szanowna Pani Dyrektor,

w odpowiedzi na pismo o sygn. akt: FE-WPI.042.103.2018.DMA (data wpływu do CUPT: 26.04.2018r.) dotyczące kontroli ex-ante postępowania na Przebudowę ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ronda z ul. Trakt Lubelski do połączenia z trasą ekspresową S2 oraz budowa magistrali wodociągowej DN 400 wraz z przewodami rozbiórczymi DN 150 i kanalizacji sanitarnej DN 600-160 w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński w ramach projektu POIiŚ.03.01.OO-OO-030/16 oraz w związku z uwzględnieniem zaleceń CUPT w załączeniu przekazuję opinię o zmianie wyniku kontroli zawierającą ocenę bez zastrzeżeń. Prawa i obowiązki beneficjenta określa pouczenie zawarte w załączonej opinii o wyniku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są roboty budowlane na zadaniu pod nazwą „Wykonanie robót budowlanych rozbudowy ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ronda z ul. Trakt Lubelski do połączenia z trasą ekspresową S2 w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ronda z ul. Trakt Lubelski do węzła z planowaną trasą ekspresową S2 oraz budowa magistrali wodociągowej DN 400 wraz z przewodami rozbiórczymi DN 150 i kanalizacji sanitarnej DN 600-160 w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński. ”

Wartość szacunkowa tego zamówienia przekracza kwotę 5.548.000 euro.

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że inwestycja jest zlokalizowana w m. st. Warszawa, na terenie dzielnicy Wawer.

Z Opisu Przedmiotu Zamówienia ZMID (Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych) i MPWiK (Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji) stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ

(specyfikacja istotnych warunków zamówienia) wynika, że osobno sporządzony jest opis na roboty budowlane MPWiK i osobno na roboty budowlane ZMID.

W części opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane dla MPWiK przewiduje się dwa zadania: zadanie nr 1 Budowa sieci kanalizacji sanitarnej DN 160-600 mm w pasie ul.

Wał Miedzeszyński na odcinku Trakt Lubelski - ul. Dziecioła w Warszawie i zadanie nr 2

Budowa magistrali wodociągowej DN 400 oraz wodociągów DN 150-200 strona wschodnia i zachodnia w pasie ul. Wał Miedzeszyński na odcinku Trakt lubelski - ul. Rosiczki (granica POW) w Warszawie.

W części opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane dla ZMID przewiduje jak poniżej.

Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie następujących robót budowlanych: roboty budowlane Zarządu Miejskiego Inwestycji Drogowych (ZMID) w skład których wchodzi: roboty budowlane ZMID polegające na rozbudowie ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ronda z ul. Trakt Lubelski do węzła z trasą ekspresową S2. Na zakres tych robót budowlanych składają się następujące branże: roboty drogowe, stała organizacja ruchu, zieleni drogowa, odwodnienie drogi, przebudowa sieci wodociągowej, przebudowa sieci elektroenergetycznej, budowa oświetlenia, przebudowa sieci telekomunikacyjnej, sygnalizacja świetlna, przebudowa urządzeń wodnych przebudowa sieci gazowej (zakres ZMID i zakres PSG Sp. z o.o.) oraz wyżej już wymienione roboty budowlane Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji (MPWiK) polegające na wykonaniu: budowie magistrali wodociągowej DN 400 wraz z przewodami rozbiornymi DN 150-200 oraz budowie kanalizacji sanitarnej DN 160-600 w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński.

Dokładny zakres zamówienia określa dokumentacja projektowa robót budowlanych ZMID opracowana przez firmę Mosty Katowice Sp. z o.o. z s. w Katowicach oraz dokumentacja projektowa robót budowlanych MPWiK opracowana przez Przedsiębiorstwo Usługowo -

Projektowe SOMEX Spółka Jawna - J. , Z. z s. w Warszawie.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego potwierdził, że inwestycja realizowana jest przez Miasto Stołeczne Warszawa Plac Bankowy 3/5 ; 00-950 Warszawa w ramach którego działa Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych z s. przy ul. Sokrates 15; 01- 909 Warszawa (ZMID) wspólnie z Polską Spółką Gazownictwa sp. z o.o. z s. w Warszawie; 01-224 Warszawa ul. Marcina Kasprzaka 25 (PSG) i Miejskim Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji w

m.st. Warszawie; 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5 (MPWiK) na podstawie art.16 ust.1 ustawy pzp, którą to inwestycję prowadzi ZMID w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa, na rzecz również PSG (Porozumienie nr 2 /2017/P/MSŁ z

18.04.2017 roku) oraz MPWiK (Porozumienie nr 3 /2016/P/MSŁ z 30.12.2016 roku).

Wymienione powyżej Porozumienia pełnomocnik zamawiającego przekazał do akt sprawy jako dowód w sprawie na okoliczność współpracy i wzajemnych zobowiązań stron w związku z realizacją zamówienia przedmiotowej inwestycji a w szczególności na okoliczność obowiązującej partycypacji poszczególnych uczestników inwestycji w jej kosztach.

Przedmiotem Porozumień jest określenie zasad regulujących współdziałanie stron podczas realizacji inwestycji w zakresie opracowania dokumentacji projektowej i realizacji robót

budowlanych w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński zlokalizowanym w Warszawie w Dzielnicy Wawer.

Strony tych porozumień upoważniły Dyrektora Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie finansowania strony postanowiły, że wykonanie dokumentacji projektowej oraz budowy będzie finansowane wspólnie przez strony porozumienia. Przy czym każda ze stron będzie finansowała zadanie w zakresie projektowania i budowy jej dotyczącej.

Co do podziału kosztów inwestycji strony umowy pomiędzy ZMID a PSG (Porozumienie nr 2 /2017/P/MSŁ z 18.04.2017 roku) przewidziały następujące rozwiązania formalne i prawne. W postanowieniach wstępnych strony stwierdziły, że dla realizacji inwestycji dotyczącej przebudowy ul. Wał Miedzeszyński na odc. od ronda z ul. Trakt Lubelski do węzła z planowaną trasą ekspresową S2 niezbędne jest usunięcie kolizji z umiejscowionym w tym obszarze gazociągami. PSG stwierdziło, że usunięcie kolizji wiązać się będzie z ulepszeniem parametrów urządzenia gazowego (§ 1 postanowienia wstępne). Jako przedmiot Porozumienia strony ustaliły określenie zasad regulujących współdziałanie oraz wzajemne rozliczenie stron podczas opracowania dokumentacji projektowej i realizacji robót

budowlanych (§ 2 przedmiot porozumienia). Ustalono, że do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego jest upoważniony Dyrektor ZMID (§ 4 postępowania o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych i zawarcie umowy). Wysokość kosztów wykonania dokumentacji projektowej budowy PSG zostanie określona po wyłonieniu Wykonawcy robót budowlanych na podstawie formularza ofertowego (§ 5 ust.4). Rozliczenie kosztów realizacji Budowy PSG pomiędzy stronami będzie dokonywane w ramach kolejnych należnych Wykonawcy robót budowlanych płatności, na podstawie wystawianych każdorazowo przez ZMID faktur obciążających PSG (§ 5 ust.1 pkt 3,4,5 porozumienia). ZMID zamieści w umowie na wykonanie robót budowlanych zastrzeżenie, że PSG będzie realizować płatności do wysokości ceny (wynagrodzenia umownego) za wykonanie budowy PSG, a ZMID do wysokości ceny (wynagrodzenia umownego) za wykonanie budowy ZMID (§ 5 ust.8 porozumienia).

Z kolei w porozumieniu pomiędzy MPWiK a ZMID co do zasad współpracy przy realizacji inwestycji oraz co do rozliczenia kosztów inwestycji strony postanowiły następująco.

Strony co do zasady zamierzają wspólnie wykonać roboty budowlane w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński zlokalizowanym w Warszawie w Dzielnicy Wawer na które składać się będą roboty budowlane realizowane przez ZMID polegające na wykonaniu przebudowy ulicy Wał Miedzeszyński na odc. od ronda z ul. Trakt Lubelski do węzła z planowaną trasą ekspresową S2 zwane dalej „budową ZMID”. Z kolei roboty budowlane realizowane przez MPWiK polegają na wybudowaniu magistrali wodociągowej DN 400-600 mm oraz budowa kanałów ściekowych DN 0,60m Lca 960 m wraz z odcinkami sieci - od kanału głównego do granic nieruchomości prywatnych, budowa przewodu wodociągowego DN 150 mm Lca 450 m (§ 1 ust.1 pkt 2 porozumienia). Aspekty natury technicznej, ekonomicznej i organizacyjnej wskazują, że najefektywniejszym modelem wykonania budowy ZMID i Budowy MPWiK będzie ich wykonanie równocześnie w ramach jednego procesu budowlanego (§ 1 ust.2 porozumienia).

W zakresie finansowania to postanowiono, że wykonanie budowy będzie finansowane wspólnie przez obie strony porozumienia. Przy czym każda ze stron zobowiązuje się pokryć wydatki związane z wykonaniem umowy na jej rzecz to jest ZMID pokryje wydatki związane z wykonaniem budowy ZMID a MPWiK zobowiązuje się pokryć wydatki związane z wykonaniem budowy MPWiK. Strony przewidziały również, że ustalenie podziału kosztów budowy ZMID i Budowy MPWiK nastąpi po opracowaniu dokumentacji projektowej. Przedmiotem porozumienia jest określenie zasad współpracy podczas realizacji Budowy w zakresie między innymi: wspólne przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art.2 pkt 7a oraz art.16 ust.1 ustawy Pzp zgromadzenia dokumentacji niezbędnej do rozpoczęcia Budowy, zawarcie umowy na wykonanie Budowy (§ 2 umowy). Każda ze stron zobowiązała się do przygotowania dokumentacji niezbędnej do rozpoczęcia budowy obejmującej: przedmiary robót, formularze kosztorysu, kosztorysy inwestorskie, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, opis przedmiotu zamówienia. Projekt budowlany, projekty wykonawcze oraz ostateczne decyzje właściwych organów administracji architektoniczno -budowlanej zezwalające na wykonanie

Budowy MPWiK zostaną niezwłocznie przekazane po ich uzyskaniu do ZMID (§ 3 dokumentacja).

ZMID został zobowiązany do przygotowania projektu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z projektem umowy na jej wykonanie (§ 4 postępowanie o udzielenie zamówienia i zawarcie umowy). Wśród założeń do jej wykonania znalazły się między innymi postanowienia o tym, że SIWZ będzie określał procentowy podział wg wartości robót (brutto) dla Budowy ZMID i Budowy MPWiK oraz będzie zawierał informację dla Wykonawców, iż ich ceny ofertowe brutto nie będą mogły przekroczyć ww. stosunku procentowego ani też naruszyć proporcji cenowych określonych dla Budowy ZMID i Budowy MPWiK (§ 4 ust.2 pkt 6).

W zakresie faktycznego rozliczania kosztów strony przewidziały w § 5 umowy, że wykonawca będzie wystawiał faktury w ramach kolejnych należnych płatności. W tym celu wykonawca będzie obciążać ZMID wystawiając faktury VAT za realizację budowy ZMID i obciążać MPWiK wystawiając faktury VAT za realizację budowy MPWiK. Również strony postanowiły, że w umowie znajdzie się zastrzeżenie, iż MPWiK będzie realizować płatności do wysokości ceny za wykonanie Budowy MPWiK, a ZMID do wysokości ceny za wykonanie Budowy ZMID. W szczególności znalazł się również zapis, że „ procentowy udział stron w kosztach realizacji Budowy zostanie określony po opracowaniu wszystkich dokumentacji dotyczących Budowy, określonych w § 3 (dokumentacja - przedmiary robót, formularz kosztorysu do oferty, kosztorysy inwestorskie, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru

robót, opis przedmiotu zamówienia, projekt budowlany, projekty wykonawcze).

Formularz oferty zawiera między innymi następujące postanowienia.

Wykonawca (pkt 2 formularza) podaje cenę łączną netto i brutto z podziałem w ppkt a) dla robót MPWiK (suma pozycji 15-17 Formularza cenowego) i ppkt b) dla robót ZMID (suma pozycji 1-14 formularza ofertowego). Przy czym w ppkt a zamieszczono adnotację o treści: Cena brutto robót MPWiK stanowi 22,67% ceny całkowitej a w ppkt b zamieszczono adnotację o treści: Cena brutto robót MPWiK stanowi 77,33 % ceny całkowitej. Załącznikiem do SIWZ jest również Formularz Cenowy gdzie dla prac ZMID przewidziano 15 pozycji robót a dla MPWiK przewidziano 3 pozycje robót. Dla każdej z wymienionych robót przewidziano rubrykę w której należy podać cenę, dalej podsumowanie osobno dla robót drogowych i wodociągowych.

Podział procentowy udziału kosztu robót drogowych i wodociągowych znalazł również odzwierciedlenie w zabezpieczeniu należytego wykonania umowy co znalazło odzwierciedlenie w pkt 9 umowy gdzie również przewidziano 77,33% i 22,6 %.

W punkcie 10: MPWiK odpowiada względem Wykonawcy za zobowiązania wynikające z niniejszej umowy, w tym płatności na rzecz Wykonawcy w części dotyczącej zakresu MPWiK, a ZMID odpowiada względem Wykonawcy za zobowiązania wynikające z niniejszej umowy, w tym płatności na rzecz Wykonawcy w części dotyczącej zakresu ZMID. Rozliczenie kosztów realizacji zakresu PSG nastąpi na podstawie wystawionych każdorazowo przez ZMID faktur obciążających PSG Sp. z o.o. Oddział w Warszawie. PSG będzie realizować płatności do wysokości Wynagrodzenia umownego za wykonanie zakresu PSG.

W samym SIWZ w rozdziale XIX Opis sposobu obliczenia ceny w pkt 1 Cena oferty powinna

zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac i robót przedstawiony w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Dokumentacji Projektowej oraz w formularzu kosztorysu do oferty stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ. Wszystkie wartości , w tym ceny jednostkowe powinny być wyliczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W punkcie 2 Cena ofertowa brutto za całość przedmiotu zamówienia (100%) winna zostać wyliczona w taki sposób , aby wartości prac dla danego zakresu tj. dla MPWiK wynosiła 22,67 % ceny całkowitej a dla prac ZMID 77,33 % ceny całkowitej brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Niespełnienie w/w warunku stosunku procentowego do cen określonych w formularzu ofert, z zastrzeżeniem art.87 ust.2 ustawy, skutkować będzie odrzuceniem oferty ze względu na 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Warunki Realizacji Kontraktu ZMID w pkt 1.5.2. Dokumentacja projektowa przewiduje:

Dokumentacja projektowa składa się z:

- Dokumentacji Projektowej Zamawiającego,
- Dokumentacji Projektowej sporządzonej przez Wykonawcę.

Dokumentacja Projektowa Zamawiającego zawiera:

1. Projekt Budowlany,
2. Projekt Wykonawczy,
3. Projekt stałej organizacji ruchu,
4. Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robot Budowlanych,
5. Przedmiar robót
6. Wersje elektroniczną Projektu Budowlanego Wykonawczego
7. Dokumentację Geologiczną- Inżynierską
8. Projekt zagospodarowania terenu.

Jeśli w trakcie wykonywania robót będzie konieczne wykonanie dodatkowej dokumentacji lub dokumentacji zamiennej lub projektów usunięcia kolizji (nie ujętych w projekcie

wykonawczym), to Wykonawca wykona projekty, uzyska niezbędne uzgodnienia i pozwolenia. Koszt opracowania w/w projektów nie może przekroczyć 5% wartości robót dla których zostały one sporządzone.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba po dokonaniu oceny stanu faktycznego i prawnego w sprawie złożonego odwołania, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego opisanego powyżej w ustaleniach, uwzględniła odwołanie.

Przedmiotem zawisłego sporu pomiędzy odwołującym i zamawiającym są postanowienia

SIWZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia), które ustalają zasadę decydowania

przez zamawiającego podziału procentowego kosztu poszczególnych robót budowlanych (drogowych, wodno-kanalizacyjnych, gazowych) w łącznej cenie oferty o charakterze wynagrodzenia kosztorysowego na podstawie obmiaru robót.

Powyższe warunki zamawiającego, ustalające już w postanowieniach siwz procentowy udział w cenie całkowitej poszczególnych rodzajów robót budowlanych a co charakterystyczne dotyczy to wynagrodzenia kosztorysowego, zostały zaskarżone w rozpatrywanym odwołaniu.

W związku z powyższym rozważania Izby co do tak postawionych warunków SIWZ, od których ustalenia zamawiający nie zamierza odstąpić (stanowisko zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie), odnoszą się do potencjalnego wynagrodzenia kosztorysowego wykonawcy, przedstawionego w ofercie na podstawie dokumentacji zamawiającego.

Jak powyżej Izba opisała przedmiotowa inwestycja drogowa, w ramach której będą realizowane nie tylko roboty bezpośrednio czy pośrednio związane z robotami drogowymi, ma w swoim zakresie również roboty wodno-kanalizacyjne oraz gazowe w związku z towarzyszącą czy też wręcz kolidującą infrastrukturą komunalną w pasie drogowym objętym planem inwestycyjnym.

Podmioty zarządzające infrastrukturą drogową, wodno - kanalizacyjną oraz gazową na terenie M.St. Warszawy postanowiły zrealizować inwestycje będące w ich zasięgu kompetencyjnym razem, korzystając w tym celu z instytucji wspólnego prowadzenia przedsięwzięcia inwestycyjnego przewidzianego w art.16 ust. Ustawy Pzp. Podmiotami tymi są zamawiający (Miejski Zarząd Inwestycji Drogowych reprezentujący Miasto Stołeczne

Warszawa), Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. z s. w Warszawie (MPWiK) oraz Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z s. w Warszawie.

W tym celu zainteresowane wyżej wymienione podmioty to jest MZID, MPWiK S.A. i PSG Sp. z o.o. zawarły kolejno dwa porozumienia, przywołane powyżej w ustaleniach, które określają zasady współpracy i kompetencji w związku z przygotowaniem, uruchomieniem i realizacją oraz rozliczeniem inwestycji.

Tak jak celowość realizacji inwestycji w ramach porozumienia MZID, MPWiK S.A. i PSG Sp. z o.o. nie może budzić żadnych zastrzeżeń ze względu na dbałość o koszty inwestycji tak połączonych, ich ekonomię, organizację czy też logistykę prowadzenia inwestycji to rozwiązanie objęte przedmiotem sporu budzi uzasadnione zastrzeżenia.

Faktycznie już z podpisanych porozumień wynika, że każda ze stron ponosić będzie koszty robót budowlanych będących w jej zasięgu kompetencyjnym to jest MZID koszty robót drogowych (rozbudowa drogi) , PSG Sp. z o.o. koszty robót gazowych (inwestycja sieci gazowej), a MPWiK S.A. koszty robót wodno-kanalizacyjnych (magistrala i sieć wodociągowa oraz kanalizacja sanitarna).

Zakres tak połączonych zamierzeń inwestycyjnych to przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest „rozbudowa ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ronda z ul. Trakt Lubelski do połączenia z trasą ekspresową S2 w ramach zadania inwestycyjnego pn. Przebudowa ul. Wał Miedzeszyński na odcinku od ronda z ul. Trakt Lubelski do węzła z planowaną trasą ekspresową S2 oraz budowa magistrali wodociągowej DN 400 wraz z przewodami rozbiórczymi DN 150 i kanalizacji sanitarnej DN 600-160 w pasie drogowym ul. Wał Miedzeszyński”.

Każda ze stron porozumień zobowiązała się do przygotowania niezbędnej dokumentacji technicznej do uruchomienia inwestycji. Przy czym w efekcie zaciągniętej współpracy zakres robót dla zadań MPWiK został określony w załączonej do SIWZ dokumentacji projektowej opracowanej przez firmę Przedsiębiorstwo usługowo-projektowe „SOMEX” oraz w decyzjach administracyjnych uzyskanych staraniem inwestora tych robót czyli MPWiK. Natomiast dokładny zakres robót budowlanych ZMID opracowano przez Mosty Katowice Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. W efekcie wykonanych prac sporządzona została dokumentacja techniczna obejmująca kompletną dokumentację (projekt budowlany, wykonawczy, dokumentacja przetargowa obejmująca siwz, kosztorys inwestorski - przedmiar robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót wraz z decyzjami administracyjnymi zezwalającymi na rozpoczęcie inwestycji).

Podsumowując skoro z dokonanych ustaleń wynika, że inwestycja będzie prowadzona w systemie buduj na podstawie dokumentacji technicznej przekazanej przez zamawiającego to zamawiający odpowiada za kompletność, zgodność z przepisami prawa tejże dokumentacji.

Akceptowalnym stanowiskiem zamawiającego jest, że w sytuacji udziału w inwestycji trzech inwestorów odpowiedzialnych za poszczególne branże, każdy z nich ma ponosić koszty, które dotyczą jego zadań. I tak MPWiK powinien zapłacić wykonawcy za roboty wodno - kanalizacyjne, PSG za roboty gazownicze a ZMID za roboty drogowe. Kolejnym oczywistym faktem jest, że to wykonawca składając ofertę ustala należne jemu wynagrodzenie za poszczególne roboty budowlane (drogowe, gazownicze, wodno - kanalizacyjne) na podstawie przedstawionego kosztorysu kalkulacyjnego.

W związku z powyższym narzucenie w SIWZ procentowego udziału poszczególnych robót budowlanych w całkowitym wynagrodzeniu wykonawcy stanowi sztuczny i nierzeczywisty udział poszczególnych robót w koszcie całkowitym tychże robót. Wykonawca sporządzając kalkulację kosztów wylicza najpierw wartość poszczególnych robót budowlanych, których wartości sumuje i otrzymuje końcowy łączny koszt całkowity wszystkich robót budowlanych w oparciu o który sporządza cenę czyli jego wynagrodzenie. Natomiast zamawiający do ustalonej kwoty wynagrodzenia przez wykonawcę narzuca odgórnie sposób podziału kwoty wynagrodzenia na poszczególne części dzieląc je na roboty drogowe i roboty wodno - kanalizacyjne według ustalonego z góry podziału procentowego (77,33% - roboty MZID; 22,67%- roboty MPW i K) . Proponowany podział zamawiający wywodzi ze sporządzonych na jego rzecz kosztorysów inwestorskich i uzyskanych w tych kosztorysach procentowych udziałów poszczególnych robót budowlanych.

W ocenie Izby takie rozwiązanie co do udziału procentowego w kosztach inwestycji mogłoby obowiązywać gdyby wykonawcę również obowiązywał kosztorys inwestorski a nie kosztorys wykonawcy.

W związku z powyższym brak jakiegokolwiek uzasadnienia do odebrania wykonawcy prawa ustalenia proporcji poszczególnych kosztów inwestycji według podziału na poszczególne rodzaje robót budowlanych, skoro to wykonawca odpowiada za sporządzenie kosztorysu ofertowego. Oczekiwanie zamawiającego aby wykonawca uwzględnił udział procentowy poszczególnych robót w całkowitym koszcie robót według kosztorysu inwestorskiego a nie według kosztorysu wykonawczego jest więc zabiegiem nie tylko sztucznym ale również nieuprawnionym. Bowiem ustalenie wysokości wynagrodzenia jest uprawnieniem suwerennym wykonawcy.

W związku z powyższym Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie postanowienia punktu 2 Rozdziału XIV pn. Opis sposobu obliczenia ceny SIWZ o treści „Cena ofertowa brutto za całość przedmiotu zamówienia (100%) winna zostać wyliczona w taki sposób, aby wartość prac dla danego zakresu tj. dla MPWiK wynosiła 22,67 % ceny całkowitej a dla prac ZMID 77,33% ceny całkowitej brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Niespełnienie w/w warunku stosunku procentowego do cen określonych w formularzu oferty, z zastrzeżeniem art.87 ust.2 ustawy, skutkować będzie odrzuceniem oferty ze względu na art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.” oraz wykreślenie w pozostałych dokumentach SIWZ postanowień o podziale wynagrodzenia dla MPWiK 22,67 % ceny całkowitej a dla prac ZMID 77,33% ceny całkowitej

Co do oczekiwania zamawiającego ustalenia przez wykonawcę kosztów niezbędnej dokumentacji w trakcie realizacji inwestycji (do 5 % wartości robót) to z racji, iż zamawiający przyjął system realizacji inwestycji jako „buduj”, żądanie sporządzenia takiej dokumentacji na etapie realizacji inwestycji przekształca niejako ten system w „zaprojektuj i wybuduj”.

Konsekwencją przyjęcia przez zamawiającego systemu zaprojektuj i wybuduj jest sporządzenie dokumentacji kompletnej, wyczerpującej i zgodnej z prawem w tym również jej ewentualne uzupełnienie w trakcie realizacji inwestycji zwłaszcza w przypadku interwencji wykonawcy robót budowlanych. Zamawiający oczekując uzupełnienia dokumentacji w trakcie realizacji inwestycji przez wykonawcę sformułował ten wymóg następująco: Jeśli w trakcie wykonywania robót będzie konieczne wykonanie dodatkowej dokumentacji zamiennej lub projektów usunięcia kolizji (nie ujętych w projekcie wykonawczym), to Wykonawca wykona projekty, uzyska niezbędne uzgodnienia i pozwolenia . Koszt opracowania w/w projektów nie może przekroczyć 5% wartości robót dla których zostały one sporządzone”. Przy czym należy nadmienić, że odrębnie jest uregulowana kwestia dokumentacji, którą wykonawca opracuje i wykona we własnym zakresie w ramach ceny oferty (pkt 1.5.2.1).

W ocenie Izby wykonawca odwołujący słusznie żądał wskazania znanej zamawiającemu lub możliwej do przewidzenia ilości/zakresu wykonania dodatkowej dokumentacji oraz szacowanej jej wartości. Żądanie to jest uprawnione w kontekście opracowania dokumentacji projektowej w postaci dokumentacji budowlanej jak i wykonawczej wraz z uzyskaniem

decyzji administracyjnych zezwalających na uruchomienie procesu inwestycji przez inwestora czyli zamawiającego. Skoro zamawiający sporządza dokumentację to jedynie on ma wiedzę co do braku lub zdezaktualizowania dokumentacji na etapie przystąpienia do realizacji inwestycji. Żądanie takiej wiedzy od wykonawcy na etapie składania oferty nie jest uprawnione, chociażby na czas jaki posiada wykonawca na przygotowanie oferty w stosunku do czasu jaki zamawiający przeznaczył na przygotowanie inwestycji. W związku z powyższym Izba nakazała modyfikację postanowienia punktu 1.5.2. pn. Dokumentacja projektowa STWiORB poprzez wskazanie znanej zamawiającemu lub możliwej do przewidzenia ilości/zakresu wykonania dodatkowej dokumentacji oraz szacowanej jej wartości albo wykreślenie wyżej wymienionego punktu 1.5.2. o treści „Jeżeli w trakcie wykonywania robót będzie konieczne wykonanie dodatkowej dokumentacji lub dokumentacji zamiennej lub projektów usunięcia kolizji (nie ujętych w projekcie wykonawczym), to Wykonawca wykona projekty, uzyska niezbędne uzgodnienia i pozwolenia. Koszt opracowania w/w projektów nie może przekroczyć 5% wartości robót dla których zostały one sporządzone” oraz modyfikację albo wykreślenie w pozostałych dokumentach SMWZ postanowień o treści jak w punkcie 1.5.2. pn. Dokumentacja projektowa STWiORB .

W pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze Izba umorzyła w związku z dokonaną przez zamawiającego w dniu 11 maja 2018 roku modyfikacją pkt 1.5.2.1. (zdanie drugie) STWiORB nadającą postanowieniu brzmienie: „Wykonawca dokona uzgodnień z podmiotami i instytucjami zewnętrznymi, w zakresie wszelkich zdarzeń, przełączeń i innych czynności, które wiążą się z zakresem prowadzonych Robót oraz dokona aktualizacji uzgodnień, które utraciły ważność w trakcie prowadzenia Robót lub utraciły ważność przed zawarciem Umowy, jeżeli inne zapisy Kontraktu tak przewidują” w związku ze skreśleniem słów „w terminie 7 dni od daty ich otrzymania.”

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego i opłaty uiszczony od pełnomocnictwa. Przy czym pełnomocnik nie złożył kosztów zastępstwa procesowego.

Przewodniczący: