

ZP/UR/77/2014

Rzeszów, dnia 20.06.2014r.

ODPOWIEDZI NA PYTANIA

Dotyczy: WYKONANIE ROBÓT REMONTOWYCH NA PARTERZE BUDYNKU A3 – ZAKRES „A i B”

Pytanie nr 1

W związku z przygotowaniem oferty w w/w postępowaniu przetargowym wnosimy o zmianę zapisów w § 2 pkt 2 wzoru umowy. Zapis umowy przenoszący na Wykonawcę odpowiedzialność finansową za błędy i wady w dokumentacji projektowej stanowi rażące naruszenie obowiązującego prawa tj. art.29.31, i 140 Prawa Zamówień Publicznych.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokonuje żadnych zmian w § 2 ust. 2 projektu umowy.

Uzasadnienie:

Definicję wynagrodzenia ryczałtowego określa art. 632. § 1 K.C.

Stanowi on: *„Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.*

§ 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.”

Mamy więc pierwszą formę ustalania wynagrodzenia - **wynagrodzenie ryczałtowe, które z zasady jest niezmienne.**

Zgadzając się na ten rodzaj zamówienia wykonawca musi sobie zdawać sprawę, że nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. W odniesieniu do robót budowlanych „rozmiar prac” określa dokumentacja projektowa. Wynika więc z tego przepisu, że jeżeli dokumentacja została wadliwie wykonana, a więc nie przewidywała pewnych prac, które są niezbędne do zakończenia przedmiotu umowy to wykonawca musi je wykonać za kwotę, którą zaoferował w swojej ofercie. Przez „koszty prac” należałoby rozumieć, np. wzrost cen materiałów budowlanych, paliw itp.

Jedynym wyjątkiem, który może zmienić ryczałt jest taka zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć, a wykonanie zamówienia groziłoby wykonawcy rażącą stratą. W takich sytuacjach jedynie sąd, a nie strony umowy, może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

O zaistnieniu rażącej straty można mówić, gdy konieczność poniesienia dodatkowych kosztów wykonania spowodowałaby negatywne konsekwencje dla finansowej stabilności wykonawcy, nie wykluczając zagrożenia dla jego gospodarczej egzystencji. Ponieważ ustawodawca nie rozwinął

pojęcia „rażącej straty”, w każdym przypadku sąd dokonywał będzie indywidualnej oceny sytuacji wykonawcy, spowodowanej nieprzewidzianą zmianą stosunków.

Brak zapisu zakwestionowanego przez Wykonawcę lub podobnego powoduje, że w trakcie realizacji umowy dochodzi do sporu na tle odpowiedzi na pytanie: „co zawiera cena oferty”. Wykonawcy twierdzą, że „ryczałt” tak, ale tylko ściśle za prace (roboty) wprost występujące w dokumentacji projektowej, a niektórzy nawet twierdzą, że za prace ujęte w przedmiarze robót. Należy stwierdzić, że brak takiego zapisu powoduje nierówne traktowanie wykonawców. Polega to na tym, że jedni wykonawcy rozumiejąc co oznacza pojęcie „wynagrodzenie ryczałtowe” wliczają do ceny ofertowej ryzyko wystąpienia prac (robót), które nie występują wprost w dokumentacji projektowej, ponieważ wynika to z ich doświadczenia zawodowego. Drudzy wyliczają cenę poprzez wypełnienie przedmiaru robót nie wnikając nawet w dokumentację projektową. Oczywiście ich cena jest niższa i zwykle wygrywają przetarg. W trakcie realizacji umowy wchodzi w spór z zamawiającym twierdząc, że w taki właśnie sposób zrozumieli pojęcie „wynagrodzenie ryczałtowe”. Gdy zamawiający nie zgadza się sprawę kierują do sądu.

Dla poparcia stanowiska Zamawiającego przytaczamy **Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn. akt XII Ga 314/11 z dnia 14 lipca 2011 r.**

W przedmiotowym zamówieniu obowiązującym wynagrodzeniem było wynagrodzenie ryczałtowe. Przedmiotem odwołania jednego z wykonawców były następujące zapisy zamieszczone w siwz:

- *„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową, Terenem Budowy i zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność Dokumentacji Projektowej dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy. Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiegokolwiek roszczenia i zrzeka się wyraźnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku do Ceny Umownej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej” oraz*

Krajowa Izba Odwoławcza Wyrokiem z dnia 27.04.2011 r. (sygn. akt KIO 806/11) uwzględniła odwołanie, nakazując usunięcie powyższego zapisu z siwz i uzasadniając stwierdziła, że „*zrzeczenie się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu „pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej” wykracza daleko poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej i narusza art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zobowiązuje wykonawcę do wliczenia w cenę ofertową kosztów ryzyka, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty. Tym samym kwestionowane postanowienie może naruszać również art. 140 Prawa zamówień publicznych, bowiem może się okazać w trakcie wykonywania robót, że zakres zobowiązania umownego nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.*”

Zamawiający złożył skargę, którą Sąd uwzględnił stwierdzając, że wyrok KIO narusza treść art. 29, 31 w związku z art. 140 ustawy Pzp. W uzasadnieniu stwierdził, między innymi:

- *podniesiony w odwołaniu zarzut wykonawcy dotyczący naruszenia art. 29 i 31 Pzp nie dotyczył w swej istocie poprawności opisu przedmiotu zamówienia rozumianej jako zgodność opisu z normą art. 29 i 31, gdyż kwestionowane postanowienia Warunków Umownych w ogóle nie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego zgodnie z 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. Nr 202, poz. 2072), a wyłącznie określają wymagany przez Zamawiającego podział ryzyk odpowiedzialności stron;*
- *w analizowanym postępowaniu przedmiot zamówienia określony został jasno i precyzyjnie w dokumentacji projektowej, a wpływu na ocenę faktu nie mają kwestie związane z rozkładem ryzyka pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym ani też sposób rozłożenia odpowiedzialności;*

- *kwestionowane postanowienie nie nakłada na Wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których jest zobowiązany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Postanowienie to nie ma wpływu zatem na zakres świadczenia wynikającego z umowy, a usunięcie go nie wpłynie na prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia;*
- *podkreślić należy, że warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę;*
- *Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają;*
- *Zgodnie z art. 353 1 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, a ni zmusza Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy.*
- *Kwestionowany zapis wbrew twierdzeniom Wykonawcy zawartym w odwołaniu, a które Izba powieliła w zaskarżonym wyroku, nie modyfikuje zakresu odpowiedzialności projektanta za prawidłowość dokumentacji projektowej;*
- *Sąd Okręgowy w Gdańsku podziela przy tym przywołany przez skarżącego pogląd Sądu okręgowego we Wrocławiu wyrażony w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14.04.2008 r. (sygn.akt X Ga 677/08), w którym stwierdzono, iż niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Ważnym jest by takie działanie nastąpiło poprzez zamieszczenie odpowiednich postanowień w specyfikacji w sposób jawny dla wszystkich wykonawców i przed upływem terminu składania ofert;*

Należy stwierdzić, że powyższy Wyrok przywraca „normalność” w stosowaniu Prawa zamówień publicznych i powinien być wykładnią w zakresie interpretacji pojęcia „wynagrodzenie ryczałtowe”. Poprzez oddalenie skargi Sąd potwierdza, że cena ryczałtowa zawiera nie tylko wykonie robót wprost w dokumentacji projektowej opisanych, ale także wszelkie koszty wynikające z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności, braków lub innych wad dokumentacji projektowej, a stosowanie w siwz zapisów jednoznacznie to określających jest zgodne z Pzp. Wskazuje także, że należy rozróżnić element SIWZ jakim jest opis przedmiotu zamówienia, który podlega rygorom artykułów nr 29 do 31 Pzp oraz w odniesieniu do robót budowlanych Rozporządzeniu „o dokumentacji projektowej” (art. 36 ust. 1 pkt Pzp) od „sposobu obliczenia ceny oferty (art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp). Pomimo tego, że dokumentacja projektowa jest prawidłowo wykonana, tj. przy dołożeniu jak największej staranności, mogą wystąpić w niej wady polegające na omyłkach, brakach, rozbieżnościach, niezgodnościach z obowiązującymi zasadami wiedzy technicznej itp., które wchodzą w zakres wynagrodzenia ryczałtowego ponieważ ten rodzaj wynagrodzenia obejmuje także te prace (roboty), których nie można przewidzieć w czasie zawarcia umowy, a więc nie występujące wprost w dokumentacji projektowej, ale bez których nie można wykonać przedmiotu zamówienia (określenia przedmiotu zamówienia) określonego w SIWZ.

Inne przykłady:

Wyrok SN z 20.11.1998 r. sygn. akt: II CKN 913/97: (lex nr 138655) - „Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagał zapłaty wynagrodzenia wyższego”

Wyrok SN z 06.05.2004 r. sygn. akt: II CK 315/03: „Nie ma podstaw do żądania przez wykonawcę umowy o roboty budowlane podwyższenia wynagrodzenia ustalonego w niej z inwestorem ryczałtowo”.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16.03.2010 r, sygn. akt I Aca67/10: „ryczałt wyłącza też możliwość domagania się wynagrodzenia nawet na innej podstawie prawnej (bezpodstawne wzbogacenie), „formułowanie w związku ze zwiększeniem zakresu robót budowlanych roszczenia o zapłatę w nawiązaniu do przepisów o nienależnym świadczeniu (art. 410 kc) jest niedopuszczalne w związku z treścią art. 632 § 1 i 2 kc”.

Powyższa odpowiedź stanowi integralną część SIWZ.

Z up. Rektora UR
ZC-KIEROWNIK
Działu Zamówień Publicznych
mgr Dariusz Wakuła

.....
*Kierownik Zamawiającego
lub osoba upoważniona*