

KANCELARIA PRAWNA
radca prawny Ewa Hofman

Biurowo Rady Miejskiej
w Gniewkowie

Wpł. dnia 22.01.2018
Znak sp. 19

Niniejsza opinia została sporządzona na zlecenie radnego Rady Miejskiej w Gniewkowie Pana Andrzeja Żmudzińskiego. Zgodnie z przekazanymi przez zlecającego informacjami i dokumentami na podstawie ogłoszenia nr 544732-N-2017 z dnia 2017-07-04 r. Gmina Gniewkowo przeprowadziła przetarg na przebudowę drogi gminnej w miejscowości Gąski gm. Gniewkowo. W wyniku tego postępowania wyłoniono wykonawcę, firmę „INODROG” sp. z o.o. W czasie realizacji robót przez wykonawcę, radni - członkowie Komisji Rozwoju Gospodarczego, Budownictwa, Gospodarki Komunalnej i Ochrony Środowiska przeprowadzili kontrolę, która wykazała, że ułożona już warstwa wiążąca asfaltu (AC16W) ma średnią grubość 4 cm podczas gdy w projekcie budowlanym zapisano, że przedmiotowa warstwa winna mieć 5 cm grubości. Pomimo tego Burmistrz Gminy Gniewkowo wraz z innymi przedstawicielami Zamawiającego dokonał odbioru robót nie zgłaszając w tej materii żadnych zastrzeżeń (Burmistrz stwierdził, że wykonawca wykonał roboty prawidłowo, gdyż w przedmiarze robót stanowiącym załącznik do SIWZ zapisano, że warstwa wiążąca asfaltu ma mieć grubość 4cm).

Mając na uwadze powyższe zaistniała konieczność odpowiedzi na następujące pytanie:

- czy w warunkach omawianego przetargu w odniesieniu do grubości warstwy wiążącej asfaltu (AC16W) wykonawca związany był zapisami zwanymi w projekcie budowlanym czy też mógł kierować się parametrami opisanymi w przedmiarze robót,

Opracowując odpowiedź na tak postawione pytanie korzystano z następujących aktów prawnych i dokumentów:

- 1) dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego na przebudowę drogi gminnej w miejscowości Gąski gm. Gniewkowo zamieszczonej w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Gniewkowo pod adresem: http://gniewkowo.bipgmina.pl/wiadomosci/3/wiadomosc/380810/przetarg_nieograniczony_przebudowa_drogi_gminnej_w_miejscowosci_;
- 2) umowy Nr RZp.272.4.2017, sprawozdania ze spotkania roboczego Komisji Rozwoju Gospodarczego, Budownictwa, Gospodarki Komunalnej i Ochrony Środowiska z dnia 9 listopada 2017 r., protokołu odbioru końcowego robót z dnia 10 listopada 2017 r.;
- 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) dalej w skrócie „p.z.p”.

Korzystano także z dorobku orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Najwyższego.

Analiza dokumentacji przetargowej dotyczącej zamówienia publicznego na przebudowę drogi gminnej w miejscowości Gąski gm. Gniewkowo wskazuje na to, że w projekcie budowlanym (konkretnie w części „Szczegóły konstrukcyjne”) stanowiącym załącznik nr 9 do Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia, dalej w skrócie „SIWZ” zapisano, iż warstwa wiążąca asfaltu (AC16W) ma mieć grubość 5 cm. Nie ma więc wątpliwości co do tego jaką grubość warstwy wiążącej asfaltu przewidywał projekt budowlany. Należy jednak zauważyć, że w stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ Przedmiarze robót określono, że warstwa wiążąca asfaltu (AC16W) ma mieć grubość 4 cm. W kontekście powyższego powstaje pytanie, który z dokumentów był wiążący dla wykonawcy, a więc czy powinien on kierować się zapisami projektu budowlanego czy też mógł opierać się na zapisach zawartych w przedmiarze robót.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 p.z.p., zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej i odbioru robót, natomiast zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 p.z.p.). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 grudnia 2011 r. Sygn. akt: KIO 2553/11 stwierdziła, iż *„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 z późn.zm.) projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany, natomiast przedmiar robót sporządza się na podstawie projektu wykonawczego (zgodnie z § 4 ust.3 ww. rozporządzenia oraz Rozporządzeniem 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. Nr 130 poz. 1389 z 2004 r.). Wynika stąd zasada nadrzędności projektu budowlanego w stosunku do projektu wykonawczego i przedmiaru robót oraz nadrzędności projektu wykonawczego w stosunku do przedmiaru robót. Tym samym należy stwierdzić, że nie może dojść do realizacji robót w sposób niezgodny z projektem budowlanym. Analogiczna relacja nadrzędności zachodzi między projektem wykonawczym a przedmiarem robót. Projekt wykonawczy stanowi podstawę opracowania przedmiaru. Przedmiar stanowi wyliczenie i zestawienie planowanych prac do wykonania na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. Podstawowym celem przedmiaru nie jest opisanie robót, lecz umożliwienie ich wyceny. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego. W przypadku jakiegokolwiek rozbieżności między dokumentacją projektową a przedmiarem robót czy specyfikacją techniczną, bezwzględnie pierwszeństwo należy przyznać projektowi budowlanemu i wykonawczemu. Ponadto projekt budowlany jest podstawą do wystąpienia o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę.”*

Tego rodzaju stanowisko prezentowane jest także przez Sąd Najwyższy, między innymi w wyroku z dnia 3 czerwca 2015 r. sygn. akt V CSK 551/14 w uzasadnieniu którego stwierdzono między innymi, że:

„Z nadrzędnej pozycji projektu budowlanego jako części dokumentacji projektowej wynika, że w razie nie objęcia przedmiarem wszystkich robót określonych w projekcie budowlanym, przedmiot zamówienia wyznacza projekt. W doktrynie podkreśla się, że przedmiar nie opisuje przedmiotu zamówienia a służy do jego wyceny, stąd nie można przyjąć, że roboty w nim nie ujęte są robotami zamiennymi lub dodatkowymi.”

Należy zauważyć, że w ust. 3 rozdziału XIII SIWZ zatytułowanego „Opis sposobu obliczenia ceny” wyraźnie stwierdzono, że „*Przedmiary robót, ze względu na formę wynagrodzenia ryczałtowego nie stanowią podstawy obliczenia ceny oferty. Przedmiary robót są dokumentem pomocniczym dla Wykonawcy*”. Ustęp 4 omawianego rozdziału SIWZ stwierdza między innymi, iż „*Cena oferty musi obejmować koszty wykonania robót bezpośrednio wynikających z dokumentacji projektowej, STWiORB i SIWZ oraz inne koszty konieczne do poniesienia celem terminowej i prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia [...]*”. Przytoczone zapisy SIWZ potwierdzają więc, że Zamawiający w sporządzonych przez siebie dokumentach prezentuje takie samo stanowisko na temat rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową, a przedmiarem robót jak to które wynika z zaprezentowanych powyżej orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Najwyższego.

Z dokumentów, które znajdują się na stronie BIP Gminy Gniewkowo nie wynika, aby Zamawiający wprowadził do SIWZ zmiany, które modyfikowałyby parametry opisane w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 9 do tego dokumentu. Tak samo brak jest dokumentów wskazujących na to, by wykonawca zgłaszał jakiegokolwiek zastrzeżenia do projektu budowlanego. Tym samym należy przyjąć, że w umowie Nr RZp.272.4.2017 firma „INODROG” sp. z o.o. zobowiązała się przebudowy drogi gminnej w miejscowości Gąski gm. Gniewkowo zgodnie z projektem budowlanym, w tym między innymi do tego aby warstwa wiążąca asfaltu (AC16W) wybudowanej drogi miała 5 cm grubości.

Biorąc pod uwagę powyższe, zapisy Protokołu Obioru Końcowego Robót z dnia 10 listopada 2017 r. gdzie w pkt.9 stwierdzono, że „*Roboty wykonano zgodnie z umową i dokumentacją projektową*” należy uznać co najmniej za zapisy nierzetelne. Jeśli bowiem warstwa wiążąca asfaltu (AC16W) miała grubość 4 cm to z całą stanowczością stwierdzić należy, iż było to niezgodne z dokumentacją projektową.

Podsumowanie:

- w warunkach omawianego przetargu w odniesieniu do grubości warstwy wiążącej asfaltu (AC16W) wykonawca związany był zapisami zawartymi w projekcie budowlanym, tak więc warstwa ta winna mieć grubość 5 cm,

radca prawny

Ewa Hofman
WA - 7754

