



## **Stanowisko Instytucji Zarządzającej RPO WK-P dotyczące robót zamiennych w prawie zamówień publicznych**

Instytucja Zarządzająca Regionalnym Programem Operacyjnym Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2007 – 2013 w wyniku konsultacji z Urzędem Zamówień Publicznych w odniesieniu do interpretacji przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wskazania jaka zmiana w zakresie przedmiotu zamówienia na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane może zostać uznana za nieistotną, nie wymagającą zachowania warunków, o których mowa w art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych poniżej wyjaśnia:

1. W zakresie dopuszczalności wprowadzenia robót zamiennych oraz uznawania takich zmian jako istotne w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy wskazać, iż brak jest w przepisach prawa ustawowej definicji robót zamiennych. Definicji takiej nie zawiera również ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.), chociaż jej przepisy nawiązują do możliwości zastosowania „rozwiązań zamiennych” w trakcie prac budowlanych. W art. 20 ust. 1 pkt. 4 lit. b ustawy Prawo budowlane mowa jest o obowiązku wprowadzenia przez projektanta rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego. W szczególności, sytuacja taka może mieć miejsce wówczas, jeżeli zmiany te są uzasadnione koniecznością zwiększenia bezpiecznej realizacji robót budowlanych lub usprawnienia procesu budowy (por. art. 23 ustawy Prawo budowlane), dostosowanie procesu budowlanego do zmienionej normy.

Można więc przyjąć, iż z robotami zamiennymi będziemy mieć do czynienia wówczas, gdy roboty ujęte w dokumentacji projektowej, przewidziane do wykonania np. w określonej technologii, z zastosowaniem określonych materiałów i urządzeń, będą za zgodą projektanta wykonywane przy użyciu innych materiałów, urządzeń lub innej technologii. Ponieważ roboty zamienne charakteryzują się tym, że wykonawca zamówienia podstawowego zobowiązuje się do jego wykonania w pewnym zakresie w sposób odmienny od określonego w umowie, w wyniku ich wykonania nie może dochodzić do rozszerzenia określonego w ofercie przedmiotu zamówienia, a roboty powinny być wykonywane w miejsce robót pierwotnie zakładanych. Tym samym, na skutek ich wykonania zamawiający nie powinien otrzymywać nic ponad to, co stanowiło przedmiot umowy (zostało opisane dokumentacją - projektem budowlanym). Wykonanie robót zamiennych z zasady ma służyć właściwej realizacji zamówienia, które aktualnie jest w toku poprzez zmianę sposobu spełnienia określonego świadczenia wywołaną czynnikami obiektywnymi związanymi z tą realizacją.

W pierwszej kolejności należy wskazać na funkcję jaką pełni kod CPV w przypadku udzielania zamówień na roboty budowlane na gruncie przepisów ustawy Pzp jak i ustawy Prawo budowlane oraz aktów wykonawczych wydanych do tych ustaw. Wspólny Słownik Zamówień (CPV), stanowiący załącznik do rozporządzenia Komisji Nr 213/2008 z 28 listopada 2007 r. zmieniającego rozporządzenie WE Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPN/) oraz dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu

Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych w zakresie zmiany CPV (Dz. U. UE z 15. 03. 2008 r. L 74/1), jest systemem kwalifikacji dostaw, usług i robót budowlanych stworzonym na potrzeby zamówień publicznych.

Przepisem o kluczowym znaczeniu odwołującym się do Wspólnego Słownika Zamówień jest art. 30 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. W kontekście zamówień na roboty budowlane należy również mieć na uwadze § 7 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz.U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), który dotyczy obligatoryjnej zawartości karty tytułowej przedmiaru robót, §11 pkt 3 ww. rozporządzenia odnoszący się do zawartości strony tytułowej dokumentacji projektowej, a także § 7 pkt 1a) rozporządzenia 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. Nr 130, poz. 1389 z późn. zm.) który stanowi, iż na stronie tytułowej kosztorysu inwestorskiego podaje się nazwę obiektu lub robót budowlanych z uwzględnieniem nazw i kodów Wspólnego Słownika Zamówień. Z kolei § 8 ust. 3 tegoż rozporządzenia stanowi, że składniki kosztów robót budowlanych ustala się z uwzględnieniem struktury systemu klasyfikacji Wspólnego Słownika Zamówień, stosując, w zależności od zakresu i rodzaju robót budowlanych objętych zamówieniem, odpowiednio grupy, klasy lub kategorie robót określonych Wspólnym Słownikiem Zamówień. Stosownie do treści § 8 ust. 4 ww. rozporządzenia, jeżeli zamówienie na roboty budowlane obejmuje budowę w rozumieniu art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2003 r. Nr 207, poz. 216 z późn. zm.), to składniki kosztów odpowiadają co najmniej grupom robót w rozumieniu Wspólnego Słownika Zamówień i obejmują: koszty robót przygotowania terenu; koszty robót budowy obiektów podstawowych, koszty robót instalacyjnych, koszty robót wykończeniowych i koszty robót związanych z zagospodarowaniem terenu i budową obiektów pomocniczych.

Z powyższych regulacji wynika, iż Wspólny Słownik Zamówień na gruncie przepisów ustawy Pzp ma na celu standaryzację pozycji stosowanych przez instytucje i podmioty zamawiające przy opisywaniu przedmiotów zamówień publicznych oraz służyć ma jednoznaczному określeniu przedmiotu zamówienia w sposób pozwalający wykonawcom, niezależnie od kraju z którego pochodzą i języka, którym się posługują, na identyfikację przedmiotu zamówienia. Natomiast w świetle przepisów przywołanych powyżej rozporządzeń, rola nazw i kodów ujętych we Wspólnym Słowniku Zamówień sprowadza się do uporządkowania i ukierunkowania zakresu robót wskazanych w dokumentacji projektowej oraz kosztorysie inwestorskim, stanowiącym podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane. Innymi słowy, nazwa i kod CPV stanowi jedynie element opisu przedmiotu zamówienia, nie zaś całość jego treści.

Konkludując powyższe, nie sposób przesądzić o kwalifikacji danego zamówienia w kontekście wdrażania robót zamiennych wyłącznie na podstawie nazwy i kodu wskazanego we Wspólnym Słowniku Zamówień. Kluczowe w tym zakresie jest bowiem określenie przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej, stosownie do regulacji przewidzianych w art. 31 ustawy Pzp.

Należy również podkreślić, że wykonanie robót zamiennych w ramach realizowanych zamówień publicznych łączyć się powinno zawsze z uprzednią zmianą umowy z zastosowaniem art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli wprowadzenie rozwiązań zamiennych w ramach robót budowlanych łączy się z zaistnieniem obiektywnej sytuacji, niezależnej od wykonawcy, związanej z koniecznością wprowadzenia zmian warunkujących realizację budowy zgodnie ze sztuką budowlaną oraz jeśli zmiana ta nie spowoduje rozszerzenia przedmiotu zamówienia określonego w dokumentacji projektowej ani wynagrodzenia wykonawcy, wdrożenie robót zamiennych może być rozważane w kontekście zmiany nieistotnej w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Natomiast w sytuacji, gdy rozwiązania zamienne w istotny sposób zmieniają sposób realizacji zamówienia, wprowadzenie zmian nie może nastąpić, o ile informacja o możliwości i warunkach ich wprowadzenia nie została przekazana wszystkim wykonawcom, którzy chcieliby ubiegać się o to zamówienie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednak podkreślić, iż na podstawie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp nie można dokonywać zmian, które prowadziłyby w rzeczywistości do udzielenia nowego zamówienia. Tym samym, nie jest możliwe rozszerzenie zakresu zamówienia bądź znaczna zmiana jego przedmiotu (określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) poza granice określone w zawartej umowie, gdyż skutkowałoby to udzieleniem w tym zakresie nowego zamówienia w stosunku do pierwotnie udzielonego (arg. z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp). Zamówienie takie może zostać uznane za zamówienie dodatkowe i udzielone w sytuacji, którą określa art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a dotyczyć może wyłącznie robót, które nie były przewidziane w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia. Udzielenie zamówienia na rozszerzony zakres powinno nastąpić, co do zasady, z zastosowaniem trybów otwartych na konkurencję, zgodnie z ustawą, jeżeli wartość nowego zamówienia przekracza równowartość kwoty 14 000 euro.

Na uwagę zasługuje tu Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 19 czerwca w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur, gdzie ETS wskazał, że *zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. (...) Podobnie zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia.*

2. W zakresie, w jakim dokonywane zmiany (wprowadzane roboty zamienne) przewidziane zostały w projekcie budowlanym natomiast nie zostały ujęte w przedmiarze lub w projekcie wykonawczym, mogą zostać uznane za zmiany nieistotne w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, których wprowadzenie nie wymaga spełnienia przesłanek, o których mowa w ww. przepisie ustawy i do wprowadzenia których nie jest wymagane zawarcie aneksu do umowy.

Zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz.U. z 2004 r. Nr 202 poz. 2072 z późn. zm.) projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Innymi słowy, projekt wykonawczy stanowi uszczegółowienie projektu budowlanego i stanowi podstawę opracowania przedmiaru robót. Zgodnie z zapisami § 5 ust.1 wymienionego wyżej rozporządzenia oraz w oparciu o treść rozporządzenia 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. Nr 130, poz. 1389) należy stwierdzić, że przedmiar robót sporządza się na podstawie projektu wykonawczego. Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego. Z powyższego wynika zasada

nadrzędności projektu budowlanego w stosunku do projektu wykonawczego i przedmiaru robót, albowiem to projekt budowlany jest dokumentem podstawowym w procesie budowlanym.

Oznacza to, że roboty opisane w projekcie budowlanym wchodzi w zakres zamówienia podstawowego, nawet jeżeli nie zostały ujęte w projekcie wykonawczym i przedmiarze robót. W konsekwencji wykonanie robót, które zostały przewidziane w projekcie budowlanym nie wymaga zawarcia z wykonawcą aneksu do umowy podstawowej. Mając powyższe na uwadze, za roboty zamiennie można uznać tylko takie roboty, które nie zostały przewidziane w projekcie budowlanym stanowiącym podstawę określenia przedmiotu zamówienia. Tym samym roboty pominięte w przedmiarze, a wynikające z projektu budowlanego, muszą być realizowane w ramach zamówienia podstawowego i nie są robotami dodatkowymi, za które w ramach dodatkowego zamówienia przysługiwałoby odrębne wynagrodzenie.

3. W zakresie dopuszczalności uznania za zmianę istotną w rozumieniu art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymagającą zawarcia aneksu do umowy jedynie takiej zmiany w zakresie przedmiotu zamówienia, która nie została ujęta przedmiarze, projekcie wykonawczym oraz projekcie budowlanym.

Istota robót zamiennych polega na tym, że roboty zamiennie powinny być wykonywane w miejsce robót pierwotnie zakładanych, ujętych w dokumentacji projektowej.

Biorąc pod uwagę opisaną ww. zasadę nadrzędności projektu budowlanego nad projektem wykonawczym i przedmiarem robót zasadne wydaje się zajęcie stanowiska, iż w przypadku gdy wprowadzane zmiany nie zostały ujęte w projekcie budowlanym opisującym przedmiot zamówienia, mamy do czynienia z udzielaniem nowego zamówienia, którego przesłanki udzielenia winny być rozpatrywane w świetle przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż roboty nieprzewidziane w projekcie budowlanym nie mogą być uznane za roboty objęte zamówieniem podstawowym.

4. W zakresie wprowadzenia robót zamiennych, mieszczących się w zakresie przewidzianym w projekcie budowlanym, których realizacja powoduje, iż zmianie (zwiększeniu/obniżeniu) uległo końcowe wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych (rozliczenie następuje kosztorysem powykonawczym) w stosunku do wynagrodzenia wskazanego w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego oraz wymogu zawarcia aneksu do umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia wykonawcy i uznania za zmianę niewymagającą dokonywania w tym zakresie zmian umowy z uwagi na to, iż z charakteru wynagrodzenia (wynagrodzenie kosztorysowe) oraz sposobu końcowego rozliczania, tj. rozliczanie kosztorysem powykonawczym zawierającym rzeczywisty zakres wykonanych prac i użytych materiałów wynika, iż wysokość wynagrodzenia wskazanego w ofercie może ulec zmianie.

W kwestii wprowadzenia robót zamiennych mieszczących się w zakresie przewidzianym w projekcie budowlanym, których realizacja powoduje, iż zmianie uległo końcowe wynagrodzenie kosztorysowe wykonawcy robót budowlanych, w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, należy wskazać, iż w przypadku zawarcia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisów określających zasady wyceny robót zamiennych, szczególnie jeżeli ich wykonanie nie powoduje istotnego zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy, nie zachodzi istotna zmiana w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością zawarcia aneksu do umowy w sprawie zamówienia publicznego podstawowego.