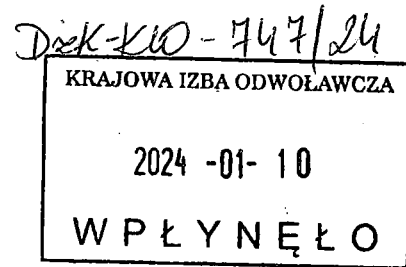


Sąd Okręgowy w Warszawie  
XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy  
i Zamówień Publicznych  
ul. Czerniakowska 100  
00-897 Warszawa



Sygn. akt I inst: KIO 1375/23  
Sygn. akt II inst: XXIII Zs 72/23



Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie  
ul. Postępu 17 A  
02-676 Warszawa

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych zwraca akta pomocnicze po rozpoznaniu skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 2/06/2023 roku sygn. akt KIO 1375/23 oraz przesyła odpis wyroku z dnia 28/09/2023 roku wraz z uzasadnieniem.

Rozstrzygnięcie: oddala skargę.

Warszawa, dnia

**Przewodniczący**

Sędzią  
Sądu Okręgowo w Warszawie

*Renata Pichalska*

**Załączniki:**

- 1 skoroszyt - dok. uzupełniająca.

projekt przygotował: sekr.sądowy Anna Majewska

| Biuro Obsługi Interesantów

| Godziny urzędowania:

| Pn 7:30 - 18:00

| Wt - Pt 7:30 - 14:30

| Tel: 22 440 07 27 / 22 440 07 28

| Faks: 22 440 07 24

| Email: boi.gosp@warszawa.so.gov.pl

| Czytelnia akt

| Godziny przyjęć interesantów:

| Pn 7:30 - 17:30 (wydawanie akt do godz. 17:00)

| Wt-Pt 7:30 - 14.30 (wydawanie akt do godz. 14:00)

| Tel: 22 440 07 27 / 22 440 07 28

| Faks: 22 440 07 24

| Email: boi.gosp@warszawa.so.gov.pl

| Biuro Podawcze

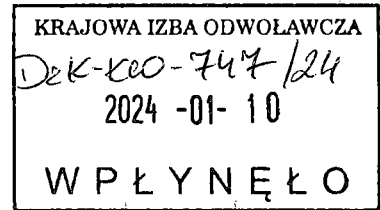
| Godziny urzędowania:

| Pn 7:30 - 18:00

| Wt - Pt 7:30 - 14:30

Sygn. akt XXIII Zs 72/23

**ODPIS**



**WYROK**

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 28 września 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: SSO Renata Puchalska

Protokolant: sekr. sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 13 września 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego

ze skargi Gminy [REDAKTED]

z udziałem przeciwnika skargi [REDAKTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED]

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 2 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1375/23

1. oddala skargę,
2. zasądza od Gminy [REDAKTED] na rzecz [REDAKTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTED] 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

SSO Renata Puchalska



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY  
za zgodność  
Sekretarz Sądowy  
Sądu Okręgowego w Warszawie

Anna Majewska

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina [REDAKTOWANE] prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: ustawa PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] o numerze referencyjnym: [REDAKTOWANE] Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 maja 2023 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Roboty budowlane – [REDAKTOWANE]

Wykonawca [REDAKTOWANE] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTOWANE] w dniu 16 maja 2023 roku wniósł odwołanie zarzucając:

1. naruszenie art. 239 ust. 2 ustawy PZP, art. 240 ust. 1 ustawy PZP, art. 241 ust. 1, 2, 3 ustawy PZP, art. 242 ustawy PZP poprzez wprowadzenie jako kryterium jakościowego oceny ofert kryterium opisanego jako przejęcie przez wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R) o wadze 15% i zdefiniowanego, w rozdz. XVIII pkt 3 SWZ, jako dotyczące „RYZYK jakie przejmie Wykonawca w trakcie realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia w następującym zakresie:
  - 1) w przypadku zobowiązania zawartego w ofercie do przejęcia przez Wykonawcę RYZYK (w tym finansowych i terminowych) związanych z możliwością wystąpienia odmiennych, jak wskazane w dokumentacji projektowej, warunków fizycznych w zakresie:
    - a) odmiennych warunków gruntowych,
    - b) obiektów i sieci niezainwentaryzowanych lub odstępstw od inwentaryzacji oraz konieczności rozbioru elementów niezainwentaryzowanych,
    - c) kolizji projektów branżowych nie przewidzianych w dokumentacji projektowej i konieczności zapewnienia koordynacji międzybranżowej,
    - d) czynności związanych z dostosowaniem do wymogów i decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w przypadku wycinki drzew i krzewów w okresie legowym ptaków,
    - e) aktualizacji warunków technicznych i opinii zawartych w dokumentacji oraz spełnienia warunków w nich określonych w zakresie sporządzenia zmian w dokumentacji, uzyskania

*niezbędnych uzgodnień, jak również wykonania robót na podstawie uzgodnionej dokumentacji,*

- 2) w przypadku zadeklarowania w ofercie zobowiązania do przejęcia przez Wykonawcę w/w RYZYK w ramach kryterium oceny ofert pn. „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót”, Wykonawca zrzeknie się również roszczenia o koszty ogólne budowy w razie przedłużenia okresu realizacji (bez względu na przyczynę) do 6ciu miesięcy. Jeżeli okres realizacji przedłuży się ponad 6 miesięcy, Wykonawcy będzie przysługiwało uzasadnione roszczenie wyłącznie za okres przekraczający 6 miesięcy,*
- 3) przez ryzyko finansowe rozumie się zwiększony koszt realizacji robót w związku z wystąpieniem okoliczności objętej jakimkolwiek ryzykiem określonym w pkt 1),*
- 4) przez ryzyko terminowe rozumie się konieczność realizacji umowy w wydłużonym okresie w stosunku do założonego w harmonogramie rzeczowo - finansowym.*
- 5) Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania wszelkich czynności, w tym ewentualnego opracowania na własny koszt zamienniej dokumentacji projektowej, uzyskania uzgodnień, pozwoleń, itp. niezbędnych do usunięcia dodatkowych kolizji lub wprowadzenia zmian wynikających z odmienności w stosunku do dokumentacji projektowej.*
- 6) Zamawiający ustala, że w ramach przejęcia ryzyka dodatkowego wynagrodzenia określonego w kryterium oceny ofert pn. „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót” (R), Wykonawca zrzeknie się roszczenia o dodatkową zapłatę lub o przedłużenie terminu realizacji z powodu okoliczności opisanych, bądź pozostających w związku ze wskazanymi w pkt 1) -5) powyżej’*

to jest określenie ww. kryterium pozacenowego w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nie pozwalający na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

To samo kryterium, bez opisu, zamieszczone zostało w pkt II.2.5 Ogłoszenia o zamówieniu oraz powtórzone w § 20 projektu Umowy.

2. naruszenie art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 632 k.c., 473 § 2 oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ustawy PZP, art. 431 ustawy PZP, art. 433 pkt 3 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego poprzez przeniesie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, zwolnienie się z obowiązku zapłaty mimo odpłatnego charakteru umowy o zamówienie publiczne jak i obowiązku zapłaty odszkodowania pomimo, że podmiotem odpowiedzialnym na zasadzie winy umyślnej za powstanie szkody jest Zamawiający w

wyniku wprowadzenia jako kryterium oceny ofert kryterium przejęcia przez Wykonawcę ryzyka (w tym terminowego i finansowego) związanego z wystąpieniem odmiennych od przewidzianych w dokumentacji projektowej tzw. warunków fizycznych i zrzeczenia się w tym zakresie roszczeń finansowych wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego jaką jest odpłatny charakter umowy o zamówienie publiczne, w sposób stanowiący nadużycie prawa,

3. art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP, art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez wprowadzenie § 17 ust 1 pkt 3 i 5 projektu Umowy kar umownych za opóźnienie w usunięciu wad i opóźnienie w zapłacie podwykonawcy podczas gdy w przywołanym przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych wyłączona została możliwość ustalenia w umowie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie a jednocześnie Zamawiający nie wskazał, że ustalenie w/w kar umownych za opóźnienie jest uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
4. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności wobec niezgodnego z ustawą dokonania ustalenia pozacenowego kryterium oceny i ukształtowania treści umowy.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) dokonania zmiany w pkt 3 rozdz. XVIII SWZ poprzez usunięcie kryterium „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R): - waga: 15 % = 15 pkt.”, a wobec określenia wymagań i standardów jakościowych co do istotnych cech przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót (STWiOR) wprowadzenie jako jedynego kryterium oceny oferty ceny z wagą 100%;
- b) zmiany w pkt II.2.5 Ogłoszenia o zamówieniu poprzez pozostawienie jako jedynego kryterium ceny z wagą 100%;
- c) zmiany w projekcie umowy i usunięcia § 20 Umowy;
- d) zmiany w § 17 ust 1 pkt 3) i 5) projektu Umowy i zastąpienie przewidzianych tam kar za opóźnienie karami za zwłokę.

W dniu 30 maja 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według rachunków, które przedłożył na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 2 czerwca 2023 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1375/23 po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 31 maja 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2023 roku przez Odwołującego ██████████ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w ██████████, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę ██████████

w punkcie pierwszym uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu:

dokonanie zmiany w SWZ Rozdz. XVIII Opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny ofert przez usunięcie kryterium b) „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R): - waga: 15 % = 15 pkt.” i związanych z tym kryterium dalszych postanowień SWZ opisujących to kryterium oraz wobec określenia wymagań i standardów jakościowych co do istotnych cech przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót (STWiOR) wprowadzenie jako jedynego kryterium oceny oferty ceny z wagą 100% (ppk 1.1),

dokonanie zmiany Ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia, przez pozostawienie jako jedynego kryterium ceny z wagą 100% (ppkt 1.2),

dokonanie zmiany w projekcie Umowy przez usunięcie § 20 Postanowienia szczególne związane z kryteriami oceny ofert (ppkt 1.3),

dokonanie zmiany w § 17 ust 1 pkt 3) i 5) projektu Umowy i zastąpienie przewidzianych tam kar za opóźnienie karami za zwłokę (ppkt 1.4);

w punkcie drugim orzekła o kosztach postępowania.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny zarzutu co do nieuprawnionego w myśl obowiązującego prawa ustanowienia kryterium jakości w przypadku przejęcia ryzyka finansowego i terminowego przez wykonawcę, w związku z okolicznościami wymuszającymi ewentualne roboty dodatkowe czy zamiennie, wynikające z braku możliwości jednoznacznego ustalenia infrastruktury podziemnej oraz innych okoliczności tam zawartych (w rozdz. XVIII pkt 3 SWZ oraz powtórzone w § 20 projektu Umowy pt. Postanowienia szczególne

związane z kryteriami oceny ofert). Izba przede wszystkim rozważyła charakter, celowość i skuteczność tak skonstruowanego kryterium jakościowego. Ustawa w przywołanych w odwołaniu przepisach (art. 239 ust. 2 ustawy PZP, art. 240 ust. 1 ustawy PZP, art. 241 ust. 1, 2, 3 ustawy PZP, art. 242 ustawy PZP), stanowiących podstawę rozpoznawanego zarzutu, przede wszystkim narzuca zamawiającemu, aby w ramach swobody postanowień co do jakościowych kryteriów oceny ofert, przestrzegał zasady wynikającej z treści art. 239 ust. 2 ustawy PZP. Zgodnie z zasadą ukształtowaną powyższym przepisem najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu przedmiotu zamówienia. Zamawiający tym samym powinien mieć na uwadze, aby wyłoniona oferta jako najkorzystniejsza, jeżeli jej wybór nie ogranicza się tylko do ceny, czy też kosztu, powinna gwarantować zamawiającemu odpowiednią jakość w stosunku do ceny lub kosztu. Co w niniejszym postępowaniu zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej należy zmierzyć przez stosunek ceny/kosztu do ryzyka terminowego i finansowego z tytułu nie ujętych w dokumentacji projektowej sytuacji, które powodują przedłużenie terminu wykonania robót, jak i zwiększają nakłady rzeczowo-finansowo-organizacyjne. W opinii Izby, powyższe okoliczności na etapie składania ofert są nieokreślone, nieznanne, nieprzewidziane, a wykonawca przyjmuje je na zasadzie ryzyka, stosownie według własnego uznania je wyceniając co do rozmiaru i koniecznego przedłużenia czasu realizacji robót. Przy czym Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że Zamawiający nie przybliżył nawet stopnia, zakresu, wielkości przedziału ryzyka i obarcza przewidywaniem ryzyka oraz jego oceną wykonawcę, który za ich przejście uzyskuje 15 punktów więcej w ocenie jego oferty, niż za cenę maksymalnie do 85 punktów. Zamawiający pozbywa się w ten sposób problemu i to bez ponoszenia kosztów (przejmuje jedynie koszty ogólne powyżej 6 miesięcy przedłużenia czasu realizacji robót), ale jednocześnie nie ma żadnych gwarancji, ani zabezpieczeń w stosunku do wykonawcy, na wypadek niedoszacowania, jak i przeszacowania przez wykonawcę ryzyka zdarzeń nieopisanych w dokumentacji projektowej. W efekcie tak stworzonego kryterium jakościowego, Zamawiający może spotkać się zarówno z niepodołaniem wykonania zamówienia przez wykonawcę, który swoje możliwości finansowe – techniczne – organizacyjne przeszacował, ale również Zamawiający dodając 15 punktów do oferty może zmierzyć się z sytuacją nie wystąpienia zdarzeń. W tej ostatniej sytuacji Zamawiający wybierze nie najtańszą ofertę, to jest w sytuacji gdy pozostali wykonawcy nie przejęli ryzyka terminowego i finansowego od Zamawiającego pomimo, że zaoferowali tańsze wykonanie niż wykonanie droższe/zwycięskie, ponieważ premiowano 15 punktami za przejście ryzyka. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej tak określone kryterium jakościowe nie spełnia uzyskania najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny/kosztu przedmiotu zamówienia, jakim w niniejszej sprawie są roboty budowlane, a który to stosunek wymagany jest postanowieniem art. 239 ust. 2 ustawy PZP. Powyższe stwierdzenie

doprowadziło Krajową Izbę Odwoławczą do konkluzji, że jeżeli kryterium „przejęcie ryzyka” nie jest i nie może być jednoznacznie określone co do jego rodzaju, wielkości, wartości, zakresu to nie gwarantuje, że Zamawiający uzyska najkorzystniejszą cenę czyli najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu.

Krytykowany przez Odwołującego opis kryterium jakościowego co do przejęcia ryzyka terminowego i finansowego nie opisanych w dokumentacji projektowej okoliczności np. niezainwentaryzowanych sieci, obiektów, w opinii Izby nie spełnia również wymogu ustawowego zawartego w art. 240 ust.1 PZP, zgodnie z którym kryteria oceny ofert powinny być opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Opis kryterium jakościowego zawarty w Rozdz. XVIII pkt 3 SWZ i § 20 projektu Umowy pn. Postanowienia szczególne związane z kryteriami oceny ofert, nie spełnia wymogu „jednoznaczności”. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przez jednoznaczny opis kryterium w tym wypadku jakościowego należy rozumieć, że wykonawca jest w stanie ocenić czy w jego kompetencji leży jego spełnienie oraz jaki koszt z wykonaniem elementu roboty budowlanej jest konieczny w kalkulacji kosztów, co w efekcie ma wpływ na termin wykonania oraz na cenę/ koszt wykonania zamówienia. Izba wywodziła, że dopóki nie wiadomo co wchodzi w zakres kryterium jakościowego, a tutaj nawet nie wiadomo czy zdarzenie wystąpi w trakcie robót, to jak je skalkulować, w sytuacji gdy ma to wpływ na konkurencyjność oferty (85 punktów cena a 15 punktów przejęcia ryzyka terminowego i finansowego nie ujętych zadań rzeczowych i organizacyjnych w dokumentacji projektowej). Zamawiający w kryterium jakościowym wymienia szereg zdarzeń ewentualnych nie przybliżając w jakim procencie mogą wystąpić w stosunku do całości zadań oraz do jakiej wartości w stosunku do wartości zamówienia mogą mieć udział. Poza tym deklaracja wykonawcy co do spełnienia kryterium oceny ofert też ma prawo być sprawdzana przez zamawiającego jak i konkurentów, co do kompetencji i możliwości jej wykonania przez oferenta. W przypadku takiej iluzoryczności opisu kryterium jakościowego brak jest możliwości ze strony zamawiającego jak i konkurentów na sprawdzenie wiarygodności oświadczenia co do kompetencji przejęcia ryzyka terminowego i finansowego potencjalnie brakujących elementów opisu przedmiotu zamówienia. Podsumowując Izba zwróciła uwagę, że tak opisane kryterium jakościowe oceny ofert (ryzyko terminowe i finansowe) żaden wykonawca nie jest w stanie ocenić, a w konsekwencji wycenić co ma wpływ na cenę/koszt składanej oferty, którą wykonawca wycenia jednorazowo na etapie składania ofert, a nie na etapie jej realizacji. W rezultacie zdaniem Izby zarzut naruszenia art. 240 ust.1 ustawy PZP co do braku jednoznaczności opisanego kryterium jakościowego przejęcia ryzyka terminowego i finansowego zadania, w związku z potencjalnymi brakami w dokumentacji projektowej potwierdził się, a co skutkowało brakiem możliwości jego wyceny i uwzględnienia w cenie/kosście oferty.



Izba również potwierdziła zarzut co do naruszenia art. 241 ust. 1 ustawy PZP, w związku z kryterium jakościowym przejęcia ryzyka terminowego i finansowego, związany z brakiem związku kryterium z przedmiotem zamówienia. Powyższe Krajowa Izba Odwoławcza wywodziła z faktu, że podstawa tego kryterium jest opisana hipotetycznie, a nie rzeczywiście, nawet bez wskazania jakie jest ryzyko jego wystąpienia oraz jaki może mieć to wpływ na termin wykonania i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Uznano, że tak opisane kryterium oceny ofert nie odnosi się do rzeczywistego opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności przedstawionego w dokumentacji projektowej, którą dostarcza Zamawiający. Natomiast zgodnie z poglądem Izby to kryterium oceny ofert odnosi się do ewentualnego przedmiotu zamówienia, którego rozmiary i rodzaje nie są znane, a mogą ewentualnie wystąpić i w nie znanym rodzaju i rozmiarze dopiero na etapie robót budowlanych. W związku z powyższym sporne kryterium jakościowe oceny ofert Izba uznała jako nie związane z przedmiotem zamówienia, który opisany jest w dokumentacji projektowej. W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła przekonanie, że tak opisane kryterium jakościowe bardziej można przypisać do właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia, ponieważ o spełnieniu tego rodzaju kryterium oceny ofert może decydować potencjał ekonomiczny, techniczny, finansowy wykonawcy, tym bardziej w sytuacji braku bliżej sprecyzowanego ryzyka terminowego i finansowego zadania w związku z dostarczoną przez Zamawiającego dokumentacją projektową. Tym samym w opinii Izby potwierdził się również zarzut odwołania co do naruszenia art. 241 ust. 3 ustawy PZP.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła, że zasadnym było żądanie odwołania co do dokonania zmiany w pkt 3 Rozdz. XVIII SWZ przez usunięcie kryterium „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R): - waga: 15 % = 15 pkt.” a wobec określenia wymagań i standardów jakościowych co do istotnych cech przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót (STWiOR) wprowadzenie jako jedyne kryterium oceny oferty ceny z wagą 100%; zmiany w pkt II.2.5 Ogłoszenia o zamówieniu przez pozostawienie jako jedyne kryterium ceny z wagą 100%; zmiany w projekcie umowy i usunięcia § 20 Umowy.

Kolejno Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do zarzutu naruszenia art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 632 k.c., 473 § 2 oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ustawy PZP, art. 431 ustawy PZP, art. 433 pkt 3 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP, wskazując, że zarzut ten związany jest z zarzutem ocenionym przez Izbę powyżej. Zdaniem Izby Odwołujący słusznie wskazał na naruszenie art. 433 pkt 3 ustawy PZP zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi

Zamawiający. Za powyższym przemawia również regulacja zawarta w § 9 Roboty dodatkowe i zamienne. Roboty zaniechane.

Krajowa Izba Odwoławcza doszła do konkluzji, że powyższe naruszenie wyczerpuje się przez nakazanie Zamawiającemu dokonania zamian jak wskazane powyżej – z zakresie SWZ, Ogłoszenia i projektu Umowy.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza poczyniła rozważania w zakresie zarzutu naruszenia art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP, art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c., uwzględniając go oraz dzieląc argumentację Odwołującego i uznając ją za własną.

Izba zważyła, iż Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie wskazał na okoliczności, jak i zakres zamówienia, które w jego ocenie wymuszałyby naruszenie zasady PZP w niniejszym postępowaniu to jest, że odpowiedzialność wykonawcy może być za opóźnienie, a nie za zwłokę. Argumentacja Zamawiającego o karach umownych na zasadzie opóźnienia w przypadku zapłaty podwykonawcom z powoływaniem się na art. 481 k.c. jako opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego jest nie do uwzględnienia. Paragraf 17 ust. 1 pkt 5 projektu umowy opisuje stosunek między zamawiającym a wykonawcą, a nie stosunek między wykonawcą a podwykonawcą. Z tytułu stosunku między zamawiającym a wykonawcą dopuszczalne są kary umowne dla zamawiającego od wykonawcy, ale pod warunkiem przestrzegania art. 433 pkt 1 ustawy PZP (zwłoka). Z kolei art. 481 k.c. mówi o odsetkach w związku z opóźnieniem.

Co do § 17 ust 1 pkt 3) projektu umowy Izba zwróciła uwagę, że wywody Zamawiającego prowadzą się do przywoływania regulacji Kodeksu cywilnego, z którą można byłoby podjąć merytoryczną dyskusję gdyby nie art. 433 pkt 3 ustawy PZP i brak wskazania przez Zamawiającego jaki konkretnie zakres zamówienia czy okoliczności zamówienia skłoniły Zamawiającego do regulacji wbrew powyżej przywołanemu przepisowi Prawa zamówień publicznych.

Reasumując powyższy zarzut odwołania Izba uwzględniła.

Dalej Krajowa Izba Odwoławcza poczyniła rozważania co do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP uwzględniając go, ponieważ stanowił o przywołaniu zasad prawnych Prawa zamówień publicznych, które zostały naruszone działaniem Zamawiającego w związku z wskazanymi naruszeniami przepisów Prawa zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego.

Izba odmówiła przyjęcia w poczet materiału dowodowego postanowień Specyfikacji i innych dokumentów z postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których Zamawiający stosuje zaskarżone przez Odwołującego postanowienia SWZ, jako nie przydatnych do

rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów odwołania. Fakt, że Zamawiający w innych postępowaniach stosuje zaskarżone postanowienia, nie oznacza, że nie mogą one być przedmiotem zarzutów odwołania jak i rozstrzygnięcia ich przez Izbę.

Reasumując Izba podała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, w myśl art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, ponieważ stwierdzone naruszenie przepisów przywołanych w zarzutach odwołania może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 roku (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art. 557 i art. 574 ustawy PZP.

**Zrelacjonowany powyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 czerwca 2023 roku wydany w sprawie zarejestrowanej pod sygn. akt KIO 1375/23 zaskarżył w całości Zamawiający, podnosząc zarzuty naruszenia przepisów postępowania, mających wpływ na wynik sprawy tj.:**

1. art. 534 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 542 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na uznaniu, że Przeciwnik Skargi udowodnił swoje twierdzenia o braku możliwości oszacowania wystąpienia okoliczności (ryzyk) opisanych w rozdziale XVIII pkt 3.1) SWZ, podczas gdy twierdzenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami, jak również nie zostały w żaden sposób skonkretyzowane;
2. art. 531 ustawy PZP w zw. z art. 541 ustawy PZP poprzez odmowę przyjęcia w poczet materiału dowodowego, zawnioskowanych przez Skarżącego dowodów z dokumentów, stanowiących załącznik do odpowiedzi na odwołanie, jako nieprzydatnych do rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów odwołania, podczas gdy dowody te miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem wynikało z nich wprost, że możliwe jest oszacowanie wystąpienia okoliczności opisanych w rozdziale XVIII pkt 3.1) SWZ i Zamawiający przy analogicznie sformułowanych kryteriach oceny ofert pozyskiwał konkurencyjne oferty, a co za tym idzie twierdzenia Przeciwnika Skargi są nieprawdziwe;
3. art. 542 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie błędnej i nielogicznej oceny dowodów w postaci Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projektowanych postanowień Umowy,

co doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego, wyrażającego się w ustaleniu, że:

- a. wykonawca nie jest w stanie ocenić, czy w jego kompetencji leży spełnienie kryterium jakościowego oceny ofert oraz jaki koszt z wykonaniem elementu roboty budowlanej jest konieczny w kalkulacji kosztów;
- b. żaden wykonawca nie jest w stanie ocenić oraz wycenić kryterium jakościowego oceny ofert;
- c. projektowane postanowienia umowy przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- d. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie wskazał na okoliczności, jak i zakres zamówienia, które w jego ocenie wymuszałyby naruszenie zasady PZP, że: „odpowiedzialność może być za opóźnienie, a nie za zwłokę”,

co spowodowało błędne uznanie, że Zamawiający naruszył opisane w skardze przepisy prawa materialnego, a w konsekwencji uwzględnienie odwołania i nakazanie zmian SWZ, Ogłoszenia o zamówieniu oraz projektowanych postanowień Umowy;

4. art. 554 ust. 3 pkt 1 lit a oraz c ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1. ustawy PZP w zw. z 246 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie i nakazanie Zamawiającemu zastosowania jako jedyne kryterium oceny ofert, kryterium ceny z wagą 100%, podczas gdy to Zamawiający jako gospodarz postępowania uprawniony jest do decyzji jakie kryteria pozwolą na wybór najkorzystniejszej oferty, a stosowanie kryterium cenowego, jako jedyne kryterium, stanowi wyjątek od zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco;
5. art. 559 ust. 2 PZP poprzez wadliwe sporządzenie uzasadnienia wyroku:
  - a. w zakresie odnoszącym się do zarzutów dotyczących wprowadzenia przez Zamawiającego kar umownych za opóźnienie, w przypadkach wskazanych w § 17 ust. 1 pkt 3) i 5) projektu Umowy, polegające na zaniechaniu odniesienia się do merytorycznych argumentów Zamawiającego, za pomocą, których wykazano, że zarówno zakres jak i okoliczności zamówienia, zezwalają na wprowadzenie kar umownych za opóźnienie, co w konsekwencji uniemożliwiło poznanie przyczyn uznania przez Izbę, że Zamawiający nie wskazał w toku postępowania odwoławczego na okoliczności, jak i zakres zamówienia, które w jego ocenie przemawiały za zastosowaniem kar umownych za opóźnienie, podczas gdy w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił spójną i logiczną argumentację w tym zakresie;

- b. w zakresie odnoszącym się do uznania za zasadny zarzutu naruszenia przepisów art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 632 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ustawy PZP, art. 431 ustawy PZP, art. 433 pkt 3 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP, poprzez brak odniesienia się do argumentacji Zamawiającego, dotyczącej zarzutów, jakoby projektowane postanowienia Umowy oraz SWZ przewidywały odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;
6. art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a oraz c ustawy PZP, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie i nakazanie Zamawiającemu: dokonanie zmiany SWZ Rozdz. XVIII Opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny ofert przez usunięcie kryterium b) „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R) - waga: 15% =15 pkt” oraz związanych z tym kryterium dalszych postanowień SWZ opisujących to kryterium oraz wprowadzenie jako jedynego kryterium oceny oferty ceny z wagą 100%; dokonanie zmiany Ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji II: Przedmiot pkt II 2.5) Kryteria udzielenia zamówienia, przez pozostawienie jako jedynego kryterium ceny z wagą 100%; dokonanie zmiany w projekcie Umowy przez usunięcie § 20 Postanowienia szczególnie związane z kryteriami oceny ofert; dokonanie zmiany w § 17 ust. 1 pkt 3) i 5) projektu Umowy i zastąpienie przewidzianych tam kar za opóźnienie karami za zwłokę, podczas gdy:
- a. kwestionowane przez Przeciwnika Skargi kryterium oceny ofert jest jednoznaczne, zrozumiałe, odnosi się do przedmiotu zamówienia, pozwala na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz umożliwia porównanie ofert;
- b. Zamawiający wykazał w toku postępowania odwoławczego istnienie przesłanek warunkujących możliwość wprowadzenia w § 17 ust. 1 pkt 3) i 5) projektu Umowy kar za opóźnienie;
7. art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uwzględnieniem odwołania w całości, podczas gdy postawione w odwołaniu zarzuty były bezzasadne, a Zamawiający nie dopuścił się opisanych w odwołaniu naruszenia przepisów, zatem odwołanie powinno zostać oddalone.

Ponadto Skarżący zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego w zakresie kryteriów oceny ofert:

1. naruszenie przepisu art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że zastosowane przez Zamawiającego kryterium opisane jako „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R) - waga 15% - 15 pkt”, nie mieści się w granicach swobody Zamawiającego wyboru i opisu

kryteriów oceny ofert, pomimo, że co do zasady kryterium oceny ofert oparte na przejęciu przez wykonawcę części ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia jest dopuszczalne i prawidłowe,

2. naruszenie przepisu art. 239 ust. 2 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że przyjęte przez Zamawiającego kryterium oceny ofert opisane jako „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R) - waga 15% - 15 pkt”, nie jest i nie może być jednoznacznie określone co do jego rodzaju, wielkości wartości, zakresu, a co za tym idzie nie gwarantuje, że Zamawiający uzyska najkorzystniejszą cenę, czyli najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu;
3. naruszenie przepisu art. 240 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że:
  - a. kryterium oceny ofert opisane jako „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R) - waga 15% - 15 pkt”, jest niejednoznaczne (wykonawca nie jest w stanie ocenić, czy w jego kompetencji leży jego spełnienie oraz jaki koszt z wykonaniem elementu roboty budowlanej jest konieczny w kalkulacji kosztów);
  - b. żaden wykonawca nie jest w stanie ocenić w/w kryterium jakościowego oceny ofert, a w konsekwencji wycenić co ma wpływ na cenę/koszt składanej oferty;
4. naruszenie przepisu art. 241 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że zastosowanie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, opisane jako „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R) - waga 15% - 15 pkt”, nie ma związku z przedmiotem zamówienia, który jest opisany w dokumentacji projektowej oraz kryterium to odnosi się do właściwości wykonawcy, ponieważ o jego spełnieniu może decydować potencjał ekonomiczny, techniczny, finansowy wykonawcy;
5. naruszenie przepisów prawa materialnego art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 632 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ustawy PZP, art. 431 ustawy PZP, art. 433 pkt 3 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że poprzez wprowadzone kryterium przejęcia ryzyka oraz postanowienia projektu Umowy, Zamawiający naruszył zasadę odpłatności stosunków prawnych w ramach zamówień publicznych, zasadę równego traktowania wykonawców, a projektowane postanowienia Umowy przewidują odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;

6. naruszenie przepisu art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że Zamawiający naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności wobec niezgodnego z ustawą dokonania ustalenia pozacenowego kryterium oceny ofert i ukształtowania treści Umowy

Dalej Skarżący podnosił zarzuty naruszenia prawa materialnego w zakresie kar umownych za opóźnienie:

7. nierozpoznanie istoty sprawy w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 433 pkt 1 ustawy PZP poprzez wprowadzenie w § 17 ust. 1 pkt 3 i 5 projektu Umowy kar umownych za opóźnienie, polegające na zaniechaniu odniesienia się do merytorycznych argumentów Zamawiającego, przemawiających za prawidłowością wprowadzonych kar umownych;
8. naruszenie art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP, art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że Zamawiający nie wskazał na okoliczności i zakres zamówienia, które w jego ocenie wymuszałyby naruszenie zasady PZP w niniejszym postępowaniu, to jest odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie a nie za zwłokę.

Wobec tak postawionych zarzutów Skarżący wystosował wnioski o:

- I. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego w całości Odwołującego oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania przed Izba;
- II. zasądzenie od Przeciwnika Skargi na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Przeciwnik Skargi na rozprawie dnia 13 września 2023 roku wnosił o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów.

#### **Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych zważył, co następuje:**

W ocenie Sądu Okręgowego skarga Zamawiającego – Gminy ██████████ nie była zasadna.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2<sup>1</sup> k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych znajduje

odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiące podstawę uwzględnienia odwołania złożonego przez Wykonawcę [REDAKTOWANE] spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTOWANE], jak i wywody prawne zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi Zamawiającego sprowadzają się do prezentowania przez Skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny wyjaśniła podstawy oddalenia odwołania w niniejszej sprawie. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Przechodząc do szczegółowej analizy skargi podkreślić w tym miejscu należy, że żaden z podniesionych przez Zamawiającego zarzutów, zarówno naruszenia przepisów postępowania jak i naruszenia prawa materialnego nie okazał się w ocenie Sądu Okręgowego trafny.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Sąd Okręgowy nie stwierdził naruszenia przepisów postępowania, które mogły mieć wpływ na wynik sprawy.

Postępowanie dowodowe w postępowaniu odwoławczym służy zgromadzeniu dowodów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Skład orzekający ocenia wiarygodność oraz moc każdego z dowodów odrębnie według własnego uznania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy PZP). Należy wskazać, iż Krajowa Izba Odwoławcza ma swobodę w ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, natomiast zarzut naruszenia tego uprawnienia może być usprawiedliwiony tylko wówczas, gdyby Izba zaprezentowała rozumowanie sprzeczne z regułami logiki bądź doświadczeniem życiowym. Dlatego też dla skuteczności tego zarzutu nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujących się do stanu faktycznego, który w przekonaniu Skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest zatem wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie w tym zakresie. Dlatego też należy wskazać jakie kryteria oceny zostały naruszone przy ocenie konkretnych dowodów uznając brak wiarygodności i mocy dowodowej. Natomiast nie



jest wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjęła Izba doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena Krajowej Izby Odwoławczej.

Wbrew twierdzeniom Skarżącego zaprezentowana przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia ocena dowodów była prawidłowa, nie kolidowała z zasadami doświadczenia życiowego i regułami logicznego rozumowania. Dokonana przez Izbę ocena materiału dowodowego zebranego w sprawie nie była sprzeczna z zasadą swobodnej oceny dowodów.

Aktywność dowodową winien wykazać przede wszystkim Skarżący, którego rola nie może sprowadzać się jedynie do formułowania własnych twierdzeń, co jednak miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Skarżący nie sprostął wymogom stawianym zarzutom naruszenia swobodnej oceny dowodów, o których mowa powyżej. W konsekwencji zarzuty naruszenia art. 534 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 542 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 542 ust. 1 ustawy PZP były bezzasadne.

Sąd Okręgowy nie tracił z pola widzenia, że faktycznie Zamawiający jako gospodarz postępowania uprawniony jest do własnej decyzji, jakie kryteria oceny ofert pozwolą mu na wybór najkorzystniejszej oferty, niemniej jednak ta swoboda Zamawiającego w kształtowaniu kryteriów oceny ofert nie ma charakteru absolutnego. Przygotowana przez Zamawiającego dokumentacja zamówienia począwszy od Specyfikacji Warunków Zamówienia, projektowanych postanowień Umowy powinna być tak skonstruowana, aby wykonawcy mogli rzetelnie przygotować ofertę, a cenę obliczyć uwzględniając wszystkie czynniki w tym oczywiście ryzyka jakie mogą na nią wpłynąć, o ile te ryzyka są do oszacowania, czyli są weryfikowalne.

Powyższe czyni niezasadnym zarzut naruszenia art. 554 ust. 3 pkt 1 lit a oraz c ustawy PZP w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z 246 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Przy czym nie ma racji Skarżący, że w sprawie niniejszej doszło do naruszenia zasady rozkładu ciężaru dowodu, a w istocie, że Izba dokonała ustaleń na podstawie twierdzeń tylko i wyłącznie Odwołującego zaprzeczonych przez Zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że fakt, iż w innych postępowaniach nie doszło do zakwestionowania poprzez zaskarżenie tego typu kryteriów, co więcej, że takie kryteria zostały zastosowane w innych inwestycjach, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tegoż sporu. Sąd Okręgowy bada bowiem czy w tej konkretnej sprawie zostały naruszone zasady Prawa zamówień publicznych. Przedmiotem tego postępowania było ustalenie czy treść Specyfikacji Warunków Zamówienia i innych dokumentów zamówienia narusza

przedmiotowe zasady. Tutaj inicjatywa dowodowa w zakresie wskazywanym przez Skarżącego, co do zasady nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Na marginesie można jedynie dodać za Krajową Izbą Odwoławczą, która słusznie wskazała, że przeprowadzanie dowodów zainicjowanych przez Skarżącego w toku postępowania odwoławczego nie było zasadne również z tego powodu, że kryteria zastosowane przez Zamawiającego w innym obiekcie nie były porównywalne z przedmiotową inwestycją.

Zarzut naruszenia art. 531 ustawy PZP w zw. z art. 541 ustawy PZP był zatem chybiony.

Następnie Sąd Okręgowy pochylił się nad zarzutami prawa materialnego odnoszącymi się do ustanowionego kryterium oceny ofert, a mianowicie naruszenia art. 239 ust. 2 ustawy PZP, art. 240 ust. 1 ustawy PZP, art. 241 ust. 1, 2, 3 ustawy PZP i art. 242 ustawy PZP.

Stosownie do treści art. 239 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1). Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały (art. 240 ust. 1 ustawy PZP).

Zgodnie z treścią przepisu art. 241 ustawy PZP kryteria oceny ofert muszą być bezwzględnie związane z przedmiotem zamówienia (ust. 1). Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia (ust. 2). Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (ust. 3).

Jak stanowi art. 242 ustawy PZP najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu (ust. 1).

Z kolei ust. 1 wskazanego przepisu przewiduje, że kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Istotą kryteriów, co podkreśla się w motywie 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, jest umożliwienie oceny porównawczej poziomu wykonania zaoferowanego w każdej z ofert przedmiotu zamówienia. Mając także na względzie założenie, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie (por. motyw 90 preambuły dyrektywy 2014/24/UE), wszystkie zasady, które zamawiający zamierza zastosować do oceny ofert (tj. kryteria, wagi oraz sposób oceny w oparciu o kryteria), muszą zostać określone w dokumentach zamówienia w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Opis kryteriów oceny i zasad dokonywania oceny ofert powinien zatem pozwolić wykonawcom na uzyskanie pełnej wiedzy, w jaki sposób oraz w oparciu o jakie informacje będą oceniane ich oferty, tak aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert.

Podkreślenia wymaga, że Sąd Okręgowy zgadza się z merytorycznym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że zastosowanie przez Zamawiającego spornego kryterium oceny ofert przyjęcia ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia narusza określone normy Prawa zamówień publicznych. Nade wszystko należy stwierdzić, iż w efekcie tak sprecyzowanego spornego kryterium jakościowego, cel postępowania mógłby nie zostać osiągnięty. Przypomnieć należy, że celem nadrzędnym każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty takiej, która zagwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia. Ma to na celu efektywne i racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Tymczasem, jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, przy tak skonstruowanym kryterium jakościowym, bez przybliżenia stopnia zakresu

wielkości tego ryzyka, Zamawiający mógł się spotkać z niepodołaniem wykonaniu zamówienia przez wykonawcę, który swoje możliwości techniczne, organizacyjne i finansowe mógł przeszacować.

Należy zgodzić się ze Skarżącym, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma zakazu, aby tego rodzaju przedmiotu zamówienia nie móc wpisać w tryb przetargu nieograniczonego. Niemniej jednak Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że Zamawiający mógł i powinien rozważyć zastosowanie innego trybu postępowania w tej konkretnej sprawie, który mógł zagwarantować w największym stopniu prawidłowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia.

Zasadnie Izba uznała, że przy sporządzaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia zostały przez Zamawiającego naruszone normy Prawa zamówień publicznych tj. art. 239 ust. 2 ustawy PZP, art. 240 ust. 1 ustawy PZP, art. 241 ust. 1, 2, 3 ustawy PZP i art. 242 ustawy PZP. Wobec powyższego zarzuty dotyczące naruszenia tych przepisów przez Krajową Izbę Odwoławczą nie okazały się zasadne. W tym zakresie Izba poczyniła dość szczegółowe rozważania prawne zaprezentowane w uzasadnieniu swojego wyroku. Nie ma w tym miejscu potrzeby powielania tejże argumentacji jak najbardziej uzasadnionej, a przytoczonej powyżej.

Przed wszystkim wskazać należy, że kryteria oceny ofert muszą być związane ściśle z przedmiotem zamówienia. Zasadniczo kryteria odnoszą się takich aspektów jak: cena, inne kryteria kosztowe, kryteria jakościowe, kryteria kontraktowe, oraz kryteria odnoszące się do osób, personelu. Natomiast kwestionowane kryterium nie zawiera się we wskazany zbiorze kryteriów. Zaś przedmiot zamówienia to fizyczne cechy świadczenia. Zastrzeżonym kryterium Zamawiający chciał punktować roboty nieobjęte przedmiotem zamówienia, których konieczność zrealizowania mogła wystąpić lub nie. Podstawa spornego kryterium jest opisana hipotetycznie, a nie faktycznie, bez wskazania jakie jest ryzyko wystąpienia określonych zdarzeń, oraz jaki może mieć to wpływ na termin i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Rację ma Izba, iż kryterium to bardziej można przypisać właściwości wykonawcy, a nie przedmiotu zamówienia, ponieważ o spełnieniu tego rodzaju kryterium oceny ofert może decydować potencjał ekonomiczny, techniczny i finansowy wykonawcy.

Sporne kryterium to nie jest też typowy warunek handlowy jak wywodził Skarżący. Ponadto kryteria oceny ofert powinny być weryfikowalne. W przypadku robót budowlanych realizowanych przede wszystkim na podstawie dokumentacji projektowej, optymalizacja rozwiązań projektowych powinna następować na etapie projektowania, a nie wykonywania zadania.

Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Skarżącego, że sporne kryterium było możliwe do wycenienia dla wykonawców. W tym aspekcie nie przedstawiono argumentów merytorycznych uzasadniających możliwość dokonania wyceny przedmiotowego kryterium jakościowego. Żaden z wykonawców nie jest zatem w stanie ocenić, a w konsekwencji wycenić, co ma wpływ na cenę/ koszt składanej oferty. Skarżący nawet hipotetycznie nie wskazał, podstaw do ewentualnego oszacowania wyceny dodatkowych prac przez wykonawców.

Sąd Okręgowy ma świadomość, że wykonawca wręcz ma obowiązek uwzględniać wszelkie ryzyka. Co więcej wykonawca powinien rozszerzać zakres tych ryzyk kalkulując cenę, niemniej w oparciu o sprecyzowane jednoznaczne warunki przedmiotu zamówienia, czego w przedmiotowej sprawie zabrakło.

Warunki umowy muszą być identyczne dla wszystkich wykonawców. Szacując ryzyko wykonawca dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tego ryzyka w cenie oferty. Jeżeli wykonawca nie jest w stanie ocenić, czy w jego możliwościach leży spełnienie tego kryterium, jaki będzie jego koszt to w efekcie tak stworzonego kryterium Zamawiający może się spodziewać niewykonania zamówienia.

Jednocześnie jeżeli przedmiotowe kryterium nie jest i nie może być określone co do jego rodzaju, wielkości, zakresu i wartości to nie gwarantuje to, że Zamawiający uzyska najkorzystniejszą cenę. W sytuacji bowiem, kiedy pozostali wykonawcy nie przyjęli ryzyka, pomimo, że zaproponowali korzystniejszą cenę, są w gorszej pozycji, w stosunku do tych, którzy są punktowani dodatkowo za przyjęcie za jego przyjęcie, świadczy to również o nierównym traktowaniu wykonawców.

Przy czym ma rację Skarżący, że Zamawiający nie ma obowiązku stosować tylko i wyłącznie kryterium ceny. Niemniej jednak Zamawiający ma obowiązek takiego przygotowania dokumentacji przetargowej, które zapewni, że zostanie wybrana najkorzystniejsza oferta w zakresie stosunku jakości do ceny. Wiąże się to z wprowadzeniem jednoznacznych, przejrzystych, weryfikowalnych, możliwych do oszacowania kryteriów oceny oferty. Nie należy zapominać, ponadto, że kształtowanie kryteriów oceny ofert musi zapewnić równe traktowanie wykonawców.

Jak wskazywał Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą: wykonawca, który ryzyka nie przyjmie wyceni ofertę niżej, a wykonawca, który ryzyko przyjmie wskaże cenę wyższą. Już z tego twierdzenia Zamawiającego możemy wyprowadzić wniosek, że nie możemy tu mówić o równym traktowaniu wykonawców.

Kolejna grupa zarzutów naruszenia przepisów prawa materialnego art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 632 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 8 ustawy PZP, art. 431 ustawy PZP, art. 433 pkt 3 ustawy PZP, art. 7 pkt 32 ustawy PZP oraz naruszenie przepisu art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy PZP także nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP czyli przepisem kreującym trzy podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny”.

Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. „Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania – wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję (*Wyrok WSA w Warszawie z 25.08.2017 r., VIII SA/Wa 13/17, LEX nr 2364540.*; *A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 16*).

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza doszło do nierównego traktowania wykonawców na skutek wprowadzenia spornego kryterium oceny ofert. Dla wielu wykonawców przyjęcie bliżej nieokreślonego ryzyka, które osadza się właściwie na cechach samego wykonawcy – jego możliwościach logistycznych, sprzętowych, osobowych, finansowych (co jest niedopuszczalne stosownie do treści art. 241 ust. 3 ustawy PZP) może być barierą ograniczającą prawo do udziału w przedmiotowym przetargu. Już z samego faktu nierównego traktowania wykonawców Sąd Okręgowy zobowiązany jest wyciągnąć wniosek, że zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji.

Natomiast zasada odpłatności stosunków prawnych w ramach zamówień publicznych została naruszona przez Zamawiającego poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert, które

mogło rodzić po stronie wykonawców zobowiązanie do dokonania prac o dużym stopniu zaangażowania, generujących wysokie koszty, niedające się skalkulować rzetelnie na etapie składania ofert.

Przechodząc do drugiej grupy zarzutów prawa materialnego odnoszących się do kar umownych to wskazania wymaga, iż rację ma Skarżący, że Izba dosyć lakonicznie odniosła się do tej kwestii. Jednakże w ocenie Sądu Okręgowego zakres tych rozważań Izby jest adekwatny do stanowiska samego Skarżącego w tym zakresie. Czyli stanowiska bez wskazania jakichkolwiek okoliczności zamówienia, które usprawiedliwiłyby przyjęcie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, a nie za zwłokę. Zabrakło w tym zakresie merytorycznej argumentacji Skarżącego.

Skarżący zarzucił bowiem nierozpoznanie istoty sprawy w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 433 pkt 1 ustawy PZP poprzez wprowadzenie w § 17 ust. 1 pkt 3 i 5 projektu Umowy kar umownych za opóźnienie oraz naruszenie art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy PZP, art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że Zamawiający nie wskazał na okoliczności i zakres zamówienia, które w jego ocenie wymuszałyby naruszenie zasady PZP w niniejszym postępowaniu, to jest odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie a nie za zwłokę.

Prawo zamawiającego do jednostronnego ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami nie ma charakteru absolutnego i nie może być nadużywane. Ograniczenie tego prawa wynika zarówno z art. 353<sup>1</sup> KC (treść umowy nie może sprzeciwiać się jej właściwości, ustawie ani zasadom współżycia społecznego), jak i z podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC (nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był spreczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego; takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony). "Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. Jednak nie może on jednak korzystać z prawa oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, zatem obowiązku współpracy" (*Sąd Okręgowy w Warszawie w wyrok z dnia 11 marca 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 146/21*).

Jak stanowi art. 433 pkt 1 ustawy PZP projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Tylko w przypadkach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia dozwolona jest odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym, tj. za każde opóźnienie, niezależne od winy dłużnika. Odpowiedzialność taka może być stosowana wyjątkowo, w celu maksymalnego zdopingowania wykonawcy do terminowego wykonania zamówienia (np. zamówienia skomplikowanego o znaczącym zakresie, realizowanego w kilku etapach, w których należyte wykonanie kolejnych etapów uzależnione jest od terminowego wykonania poprzednich) (*Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marżena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, 2023*).

Generalną zasadą obowiązującą w systemie zamówień publicznych jest również zasada proporcjonalności (art. 16 pkt 3 ustawy PZP). Jej istotą jest konieczność dołożenia należytej staranności przez zamawiającego polegającej na podejmowaniu wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest procedurą sformalizowaną, nie powinno to jednak prowadzić do zbędnego zbiurokratyzowania tego procesu. Stąd zamawiający, który weryfikuje zarówno zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodność oferowanych przez niego usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę” (*wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 20 maja 2010 roku, I ACa 357/10, LEX nr 756566.; A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 16.*)

Przenosząc powyżej poczynione rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy należy przyznać, że Zamawiający nie wykazał, aby zastrzeżenie w umowie kar umownych za opóźnienie było proporcjonalne, aby był to zapis Umowy bez którego osiągnięcie zamierzonego celu jakim jest udzielenie zamówienia nie było możliwe. Wprowadzenie kar umownych za opóźnienie stanowi wyjątek, który nie może być interpretowany rozszerzająco, a uzasadnienie wprowadzenia takich zapisów musi być ścisłe i należycie dokonane, w innym wypadku takie postanowienie pozostaje abuzywne i należy je wyeliminować z projektowanych postanowień Umowy o zamówienie publiczne, co też Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo uczyniła w ppkt. 1.4.wyroku nakazując zamawiającemu dokonanie zmiany w § 17 ust 1 pkt 3) i 5) projektu Umowy i zastąpienie przewidzianych tam kar za opóźnienie karami za zwłokę.

W świetle przytoczonych ustaleń i wniosków, Sąd Okręgowy zreasumował, że wszystkie zarzuty podniesione przez Skarżącego należało uznać za polemiczne i opierające się na



opozycyjnych stwierdzeniach w stosunku do należycie ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do zdyskwalifikowania tego orzeczenia. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zmiany w treści SWZ, Ogłoszenia o zamówieniu oraz w projektowanych postanowieniach Umowy. Mając powyższe na uwadze i nie znajdując powołanych przez Skarżącego naruszeń, które mogłyby stanowić podstawę do uwzględnienia skargi, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy PZP oddalił skargę jako bezzasadną.

Na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy PZP statuującego zasadę odpowiedzialności za wynik sporu, Sąd Okręgowy kosztami postępowania skargowego obciążył Skarżącego – Zamawiającego Gminę [REDAKTOWANA] jako stronę przegrywającą.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez Przeciwnika Skargi – [REDAKTOWANA] spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTOWANA] prowadzają się do wynagrodzenia reprezentującego go radcy prawnego w kwocie 3 600 zł ustalonej na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.).

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.

SSO Renata Puchalska



NA ORYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY  
za zgodność  
Sekretarz Sądowy Sekretarz  
Sądu Okręgowego w Warszawie

Anna Majewska