

**Sygn. akt: KIO 1375/23**

**WYROK**

**z dnia 2 czerwca 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 31 maja 2023r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16.05.2023r. przez odwołującego: [REDAKTOWANE], w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina [REDAKTOWANE] II 1

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
  - 1.1. 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 jedyne kryterium oceny oferty ceny z wagą 100%,
  - 1.2. dokonanie zmiany Ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji II: Przedmiot pkt II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia, przez pozostawienie jako jedyne kryterium ceny z wagą 100%,
  - 1.3. dokonanie zmiany w projekcie Umowy przez usunięcie § 20 Postanowienia szczególne związane z kryteriami oceny ofert,
  - 1.4. dokonanie zmiany w § 17 ust 1 pkt 3) i 5) projektu Umowy i zastąpienie przewidzianych tam kar za opóźnienie karami za zwłokę.

2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (sł.: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego [REDACTED] [REDACTED] tytułem wpisu od odwołania
- 2.1. zasądza od zamawiającego Gmina [REDACTED] na rzecz odwołującego [REDACTED] kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący:**.....

### Uzasadnienie

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczony pn.: [REDAKTION]

Data ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.05.2023r. pod numerem Dz.U. /S [REDAKTION]

### **ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 roku r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „pzp”, wniesiono odwołanie wobec niezgodnych z ustawą pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: [REDAKTION]

I. Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

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 przez 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 rozbiórki 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 lęgowym 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 6-ciu 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 zamienną 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 poza cenowego 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. art. 5 kc, art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 632 kc, 473 §2 oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 pzp, art. 431 pzp, art. 433 pkt 3) pzp, art. 7 pkt 32 pzp przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażąco uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego przez przeniesienie 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, przez wprowadzenie

3. art. 433 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 3 pzp, art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 353 [1] kc, przez 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 pzp 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 PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP przez 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 poza cenowego kryterium oceny i ukształtowania treści umowy.

## II. Żądania:

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, wnoszę o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu:

a) dokonania zmiany w pkt 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 jakościowe 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%

b) zmiany w pkt li.2.5 Ogłoszenia o zamówieniu przez pozostawienie jako jedyne kryterium ceny z wagą 100%

c) zmiany w projekcie umowy i usunięcia §20 Umowy

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany w § 17 ust 1 pkt 3) i 5) projektu umowy i zastąpienie przewidzianych tam kar za opóźnienie karami za zwłokę.

III. Interes we wniesieniu odwołania i szkoda Odwołującego.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchyleń Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień dokumentacji postępowania, odwołujący nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Pozbawia to Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu; a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób

równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem. Przyjęcie założeń przeciwnych prowadziło by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”- vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

IV. Termin:

8 maja 2023r. - publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowy Unii Europejskiej i zamieszczenie SWZ na stronie prowadzonego postępowania.

Wniesienie odwołania następuje zatem przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 515 PZP.

Uzasadnienie odwołania

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. [REDAKTED]

Szczegółowy zakres robót określony został w dokumentacji projektowej autorstwa obejmującej m.in.: projekt architektoniczno - budowlany oraz zagospodarowania terenu, zatwierdzony decyzją [REDAKTED] wydaną przez Prezydenta [REDAKTED], zezwalającą na realizację inwestycji drogowej, 2) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB), 3) przedmiary robót. Dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB) oraz przedmiary robót stanowią odpowiednio załączniki nr 8 oraz nr 9 do SWZ.

Jak zostało zastrzeżone w Rozdziale III SWZ obowiązującym rodzajem wynagrodzenia będzie wynagrodzenie ryczałtowe. Załączony projekt oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią podstawę przygotowania oferty cenowej. Natomiast załączone do SWZ przedmiary robót są jedynie elementem pomocniczym do sporządzenia kalkulacji cenowej. Podstawą wyceny oferty powinna być dla Wykonawcy

przede wszystkim dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB).

Zarzut dotyczący kryterium oceny ofert „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót”.

W Rozdziale XVIII SWZ Opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny ofert, zamawiający zastrzegł, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i wagami: Cena (C): waga: 85 % = 85 pkt., Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót (R): waga: 15 % = 15 pkt. W tym samym rozdziale Zamawiający opisał co rozumie pod tym kryterium. I tak, w Rozdziale XVIII pkt 3 SWZ, Zamawiający wyjaśnił że: „Kryterium „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót” - wskaźnik „R”, ranga (znaczenie): 15 % rozpatrywane będzie na podstawie deklaracji Wykonawcy zawartej w pkt 4.2) FORMULARZA OFERTY dotyczącej 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 R 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 rozbiórki 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 lęgowym 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,
  - f. wystąpienia niezgodności związanych z dostosowaniem rozwiązań projektowych do Wytycznych projektowania infrastruktury dla pieszych, rekomendowanych przez Ministra właściwego ds. transportu: „WR-D-41-3 - Wytyczne projektowania infrastruktury dla pieszych.



Część 3: Projektowanie przejść dla pieszych oraz WR-D- 414 - Wytyczne projektowania infrastruktury dla pieszych. Część 4: Projektowanie oświetlenia przejść dla pieszych”.

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 6-ciu 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 zamienną 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,

7) w przypadku gdy Wykonawca zobowiąże się do przejęcia na siebie ryzyka dodatkowego wynagrodzenia, o którym mowa w pkt 1) - 6) powyżej - oferta Wykonawcy otrzyma: 15 punktów,

8) jeżeli Wykonawca nie zobowiąże się do przejęcia na siebie ryzyka dodatkowego wynagrodzenia, o którym mowa w pkt. 1) - 6) powyżej lub nie wypełni w Formularzu Oferty pozycji dotyczącej RYZYKA, Zamawiający przyjmie, że Wykonawca nie przejmie na siebie określonych w w/w kryterium ryzyk, a oferta Wykonawcy otrzyma w kryterium „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót”: 0 pkt.

9) w kryterium oceny ofert „Przejęcie przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót”, oferta Wykonawcy może uzyskać maksymalnie: 15 punktów.

V. Zgodnie z art. 242 pzp Najkorzystniejsza oferta może być z zasady wybrana na podstawie jednego z następujących zestawów kryteriów albo kryterium oceny ofert:

- 1) kryteriów jakościowych (przykładowo wymienionych w art. 242 ust. 2 Pzp) oraz ceny,
- 2) kryteriów jakościowych oraz kosztu, 3) ceny i kosztu, 4) tylko ceny, 5) tylko kosztu.

Katalog kryteriów jakościowych zawarty w art. 242 ust. 2 Pzp jest otwarty, tzn. wymienione w nim kryteria mają wyłącznie charakter przykładowy. W konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może skorzystać z kryteriów wymienionych przykładowo w Pzp, jak również może zastosować sformułowane przez siebie, nie występujące w ustawie kryteria jakościowe. Ważne jest, by wybrane kryteria były związane z przedmiotem zamówienia i umożliwiały zamawiającemu wybór najkorzystniejszej oferty. Wynika to z art. 241 PZP, który w wyraźny sposób ogranicza swobodę Zamawiającego w kształtowaniu kryteriów oceny ofert.

VI. Ustawodawca wprost wskazał, że 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. Tylko takie kryterium pozwala bowiem na wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybiera bowiem „ofertę najkorzystniejszą”, a nie „najlepszego wykonawcę”. Do takiego wniosku prowadzi analiza Prawa zamówień publicznych. Przedmiotem wyboru jest bowiem oferta złożona przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, a więc dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ocenie nie podlegają więc przymioty wykonawcy - te oceniane są w ramach warunków udziału w postępowaniu i badania zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy - ale zalety zaproponowanej przez niego oferty.

VII. Jak wyjaśnia się w opublikowanym w 2021 r. przez UZP Komentarzu do ustawy pzp pod. Red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza „W swobodzie wyboru kryteriów oceny ofert zamawiający są również ograniczeni tym, że wybrane przez nich kryteria powinny pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Co więcej - wybrane kryteria powinny umożliwiać wybór najkorzystniejszej oferty, czyli muszą być odpowiednie dla ustalenia, która z ofert w odniesieniu do przedmiotu zamówienia będzie najkorzystniejsza. Kryteria oceny ofert powinny być związane z przedmiotem zamówienia, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i niedyskryminujące. Wybór kryteriów oceny ofert odpowiednich dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowy dla osiągnięcia celu porównywania ofert - wyboru najkorzystniejszej oferty. Generalna zasada związku kryteriów z zamówieniem oznacza, że kryteria muszą być zasadniczo związane z dostawami, usługami lub robotami budowlanymi, które mają być przedmiotem zamówienia, nie powinny natomiast dotyczyć cech oczekiwanych od wykonawców (w zakresie ekonomicznym, finansowym czy ich zdolności technicznej), gdyż oczekiwania zamawiającego w tym zakresie

są weryfikowane w ramach oceny zdolności podmiotowej wykonawców w celu kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu. Musi zatem istnieć związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia bez względu na to, w jakim aspekcie to powiązanie wystąpi oraz bez względu na fazę, w jakiej przedmiot zamówienia będzie się znajdował, tj. bez względu na to, czy kryterium to będzie dotyczyło np. samego zakupu produktu (np. możliwości dostarczenia towarów „od ręki”), jego użytkowania czy też utylizacji tego produktu.

VIII. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że niedopuszczalne są kryteria niezwiązane z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia zaś to przede wszystkim fizyczne cechy świadczenia, ale także cechy kontraktowe (warunki spełnienia świadczenia). Związek kryteriów z przedmiotem zamówienia nie musi być bezpośredni. Może dotyczyć zarówno fazy realizacji zamówienia, jak i sposobu funkcjonowania przedmiotu zamówienia po jego wykonaniu, może dotyczyć wpływu przedmiotu zamówienia na otoczenie w każdej fazie (przed rozpoczęciem świadczenia - np. w fazie produkcji, nawet gdy sama produkcja nie jest objęta umową o zamówienie dotyczącą tylko dostawy lub montażu), ale także w fazie realizacji i fazie użytkowania. Swobodną decyzją zamawiającego jest to, które z cech świadczenia uzna za poddane ocenie w świetle kryteriów. Mogą to być cechy obiektywnie najistotniejsze, ale także każda inna cecha.

IX. Tymczasem w zaskarżonym kryterium Zamawiający punktować chce roboty nie objęte przedmiotem zamówienia, których konieczność wykonania może lecz nie musi wystąpić. Najlepszym dowodem na to, że nie są to roboty objęte przedmiotem zamówienia jest to, że w przypadku gdy wykonawca zaproponuje „0” w tym kryterium każda z robót wywołanych wystąpieniem okoliczności opisanych w opisanych w pkt 3.1. Rozdziału XVIII SW2 stanowiła będzie podstawę zmiany umowy tak co do kosztu jak i czasu wykonania. Prowadzi to wręcz do sytuacji w której wykonawcy złożyć mogą w postępowaniu oferty o różnym zakresie t.j. ofertę za zakres robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia (która w kryterium R uzyska 0 punktów) albo ofertę w szerszym - choć nie wiadomo do końca w jakim zakresie, obejmująca wykonanie robót wynikających z „ryzyka” opisanych w pkt 3.1. rozdziału XVIII SWZ (która w kryterium R uzyska 15 pkt). Oferty te będą nieporównywalne bo będą różniły się zakresem robót zaoferowanych do wykonania w ramach złożonej oferty.

X. Zgodnie z art. 99 ustawy pzp, art. 103 ust 1 i 4 ustawy pzp w zw. z §4 rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. 2021 poz. 2454) przedmiot zamówienia na roboty budowlane realizowane w formule buduj opisuje dokumentacja projektowa złożona z projektu budowlanego wykonawczego oraz

STWiOR. Ergo, zarówno dokumentacja projektowa, w tym i przedmiar robót (odnoszący się do projektu) powinny odzwierciedlać zakres prac koniecznych do wykonania przez wykonawcę. Tymczasem przyjęte przez Zamawiającego kryterium wyraźnie odnosi się do robót nie ujętych w opisie przedmiotu zamówienia przygotowanym przez Zamawiającego - a wynikających bądź to z braku informacji bądź zamieszczeniu informacji niezgodnych z rzeczywistością. Tym samym kryterium nie referuje do przedmiotu zamówienia - bo przedmiot zamówienia takich robót nie obejmuje.

XI. Powyższego nie zmienia ryczałtowy charakter wynagrodzenie. Szczególnie w umowie o zamówienie publiczne. Potwierdzenie powyższego znajdziemy w utrwalonym orzecznictwie sądów powszechnych, gdzie wielokrotnie podkreślano, iż obowiązkiem zamawiającego działającego na podstawie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych jest opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz opisane przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający także ponosi ryzyko wadliwie przygotowanej dokumentacji skoro na niej bazuje przystępujący do przetargu, oceniając czy cena w stosunku do zakresu robót realizuje jego uzasadnione interesy ekonomiczne, [por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2016 r. I CSK 306/15].

XII. Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. Jednakże nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego, [por. wyrok SA w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 r., V ACA 846/13].

XIII. Ponieważ zgodnie z PZP podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie postępowania, w tym za dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, jest Zamawiający. Zaskarżone kryterium SWZ - stanowiącej załącznik do Umowy, prowadzi do sytuacji w której

mowa w art. 433 ust 1 pkt 3) ustawy pzp tj. zaprojektowania postanowień umowy z użyciem klauzuli abuzywnej. W świetle przywołanych wyroków i przepisów ustawy, a także art. 647 kc, to zamawiający odpowiada za przygotowanie postępowania w tym za przygotowanie opisu przedmiotu z zamówienia z należytą starannością. Tym samym nie jest dopuszczalne obciążanie wykonawcy odpowiedzialnością za zaniechania w tym zakresie. W ten sposób bowiem zamawiający zwolnił się bowiem de facto z tego obowiązku w stosunku do wykonawcy który chciałby złożyć ofertę najkorzystniejszą.

XIV. Tak sformułowane kryterium, a w konsekwencji postanowienia umowy naruszają również art. 473 §3 kc zgodnie z którym dłużnik nie może zwolnić się z odpowiedzialności za szkodę, którą wyrządził wierzycielowi z winy umyślnej. Pojęcie i interpretację winy umyślnej prawo cywilne zaczerpnęło z przepisów karnych, które rozróżnia winę umyślną w zamiarze bezpośrednim i ewentualnym. Wina umyślna w zamiarze bezpośrednim polega na tym, iż sprawca ma zamiar naruszenia obowiązujących nakazów lub zakazów, chce je przekroczyć zaś zamiar ewentualny na tym, że przewiduje taką możliwość i godzi się na ten skutek. Sytuacja w której Zamawiający przewiduje że przygotowana przez niego dokumentacja może być niewystarczająca do wykonania przedmiotu zamówienia co może prowadzić u Wykonawcy do powstania szkody z jednoczesnym żądaniem zrzeczenia się poniesionych z tego tytułu kosztów jest niezgodne ze wskazanym przepisem ustawy.

XV. Niezależnie od powyższego zaskarżone kryterium nie odpowiada również wymaganiom ustawy w zakresie obowiązku opisanie kryterium w sposób jednoznaczny. Wykonawca dla przykładu wskazuje na treść wyroku KIO z dnia 8 maja 2013 r. (KIO 915/13, LEX nr 1324507), w którym to Izba orzekła, że obowiązek opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert innych niż cena (np. jakościowych) nie oznacza jego uszczegółowienia z dokładnością co do każdego elementu, a wystarczające jest, że zostanie określona skala pomiaru oraz taki opis kryterium, który nie będzie pozostawiał wątpliwości interpretacyjnych, co się pod nim kryje. Tymczasem wykonawca nie ma żadnych podstaw na dziś aby oszacować czy i w jakiej skali wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych i jakich (!) oraz konieczność zmiany terminu wykonania w zw. z zaistnieniem okoliczności opisanych w rozdziale XVIII pkt 3.1) SWZ szczególnie, tj.

- a) Odmienne od przyjętych w rozwiązaniach projektowych warunków gruntowych
- b) Obiektów i sieci niezinventaryzowanych (...)
- c) Kolidacji projektów branżowych
- d) Czynności związanych z dostosowaniem do wymagań i decyzji RDOŚ w przypadku wycinki drzew i krzewów w okresie lęgowym 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,

f) wystąpienia niezgodności związanych z dostosowaniem rozwiązań projektowych do Wytycznych projektowania infrastruktury dla pieszych, rekomendowanych przez Ministra właściwego ds. transportu: „WR-D-41-3 - Wytyczne projektowania infrastruktury dla pieszych. Część 3: Projektowanie przejść dla pieszych oraz WR-D-41- 4 - Wytyczne projektowania infrastruktury dla pieszych. Część 4: Projektowanie oświetlenia przejść dla pieszych

Brak możliwości oszacowania robót koniecznych do wykonania w ramach tego kryterium powoduje, że nawet w przypadku zaproponowania przez np. dwóch wykonawców w ramach kryterium R przejęcia ryzyka zmagający znowu porównywał będzie oferty nieporównywalne bo na dzień złożenia oferty brak jest podstaw do oszacowania takich ryzyk. Każdy z wykonawców dowolnie więc przyjmie jakie roboty ujął do wykonania w ramach tego kryterium - co z punktu widzenia Zamawiającego jest rozwiązaniem nader korzystnym bo zwalania go z obowiązku zapłaty za jakiegokolwiek roboty.

XVI. W ocenie Odwołującego zaskarżone kryterium nie dotyczy w rzeczywistości oferty - bo punktuje roboty nie objęte przedmiotem zamówienia, nie dotyczy ich cech ani właściwości. Konsekwentnie nie dotyczy też sposobu wykonania zamówienia. Kryterium punktuje raczej wykonawców których kondycja finansowa pozwala za sfinansowanie błędów w przygotowaniu inwestycji przez Zamawiającego, pomimo, że w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający nie stawia warunków związanych z sytuacją ekonomiczną czy finansową wykonawcy.

XVII. Zwracamy uwagę, że przejęcie ryzyka terminowego do 6 miesięcy stwarza również ryzyko obciążenia wykonawcy przez Zamawiającego karą umowną za niedotrzymanie terminu końcowego za okres do 6 miesięcy 6 miesięcy. Co oznacza, że w przypadku przyjęcia ryzyka związanego z realizacją zamówienia punktowanego na 15 pkt wykonawca nie tylko w niewiadomym zakresie sfinansuje zakres robót nie objętych przedmiotem zamówienia ale przejmuje ryzyko zapłaty kary umownej (§17 ust 1 pkt 4 projektu umowy) a także odszkodowania uzupełniającego (§17 ust 3 projektu umowy) w szczególności utraconego dofinansowania z Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg.

#### Zarzut dotyczący kar umownych.

XVIII. W art. 433 PZP określone zostały przez ustawodawcę tzw. klauzule abuzywne. Katalog postanowień niedozwolonych w pzp zawiera aktualnie cztery pozycje. Jednym z tych

postanowień jest zakaz wprowadzania do umowy postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie.

XIX. Wskazać należy, że Zamawiający wprowadził do Umowy w § 17 ust 1 pkt 3) i 5) klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 pkt 1) PZP. Zgodnie bowiem ze wskazanym pkt umowy Zamawiający przewidział możliwość naliczenia w wskazanych przypadkach kar umownych z tytułu opóźnienia Wykonawcy. Z treści SWZ nie wynika aby zachodziła konieczność wprowadzenia odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie względem którejkolwiek z kar wskazanych w § 19 Umowy. Zamawiający nie przedstawił argumentów, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Zaskarżone postanowienia umowne w tym zakresie są więc niezgodne z ustawą.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosi jak na wstępie odwołania.

### **ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE – Pismo Zamawiającego z dnia 30 maja 2023r.**

W imieniu zamawiającego Gminy ██████, powołując się na udzielone pełnomocnictwo, którego odpis załączono, na zasadzie art. 521 ustawy PZP, pełnomocnik zamawiającego złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o:

- I. oddalenie odwołania w całości,
- II. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania wg rachunków, które przedłoży na rozprawie.

Ponadto wnosi o dopuszczenie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie (numeracja wg załączników do odwołania):

- 2.1 wyciąg z SWZ dla postępowania dot. Przebudowy Hali ██████,
- 2.2 informacja z otwarcia oferty dla postępowania dot. Przebudowy Hali ██████  
██████,
- 2.3 wyciąg z odwołania ██████ w postępowaniu dot. Przebudowy Hali ██████  
██████,
- 2.4 pismo procesowe ██████ zawierające wycofanie odwołania,
- 2.5 informacja o braku naruszeń w kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dot. Przebudowy Hali ██████,

- 2.6 wyciąg z SWZ na budowę budynku noclegowni w ██████████,
- 2.7 informacja z otwarcia ofert na budowę budynku noclegowni w ██████████,
- 2.8 wyciąg z SWZ na przebudowę boiska piłkarskiego przy Szkole Podstawowej nr 18 w ██████████,
- 2.9 zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty na przebudowę boiska piłkarskiego przy Szkole Podstawowej nr 18 w ██████████ na okoliczność niestwierdzenia przez Prezesa UZP naruszeń przy stosowaniu tego rodzaju kryteriów oceny ofert, pozyskiwaniu przez Zamawiającego konkurencyjnych ofert w różnych postępowaniach z użyciem takich kryteriów przez różnorodnych wykonawców, a tym samym niezasadności zarzutu naruszenia uczciwej i równej konkurencji oraz wykorzystania przez Zamawiającego jego dominującej (zdaniem Odwołującego), pozycji.

#### UZASADNIENIE – odpowiedzi na odwołanie

##### I. KWESTIE FORMALNE

1 Zamawiający nie kwestionuje przesłanek formalnych do wniesienia odwołania. W postępowaniu po stronie Odwołującego ani Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

##### II. ZARZUT DOTYCZĄCY KRYTERIUM OCENY OFERT „PRZEJĘCIE RYZYK”

2 W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że przedmiotowe kryterium nie zostało zastosowane przez Zamawiającego po raz pierwszy, a postępowania o udzielenie zamówień publicznych, w których Zamawiający zastosował przedmiotowe kryterium cieszyły się znacznym zainteresowaniem wykonawców, a Zamawiający pozyskiwał liczne i konkurencyjne oferty.

Ponadto postępowania, zawierające przedmiotowe kryterium, z udziałem dofinansowania UE, podlegały kontroli (bez uwag), w tym jedno z postępowań było przedmiotem kontroli uprzedniej prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (bez stwierdzenia naruszeń; postępowanie dotyczące przebudowy Hali ██████████ w ██████████). Kryterium przejścia ryzyk było również przedmiotem zarzutów odwołania wniesionego do Izby przez jednego wykonawców (██████████ które zostało cofnięte przed rozprawą, a wykonawca ten wziął udział w postępowaniu i złożył konkurencyjną ofertę.

Aktualnie w w/w zamówieniu trwają roboty budowlane, które realizowane są zgodnie z harmonogramem (termin końcowy przypada na 16 października 2023 roku).

3 Powyższe okoliczności wraz z dowodami wskazują, że: (1) zastosowanie przedmiotowego kryterium nie jest „nowinką” Zamawiającego, a posiadają już utrwaloną



praktykę stosowania zarówno w toku postępowania, jak i realizacji zawartej umowy; (2) kryterium takie nie ogranicza konkurencji; (3) jego zastosowanie nie uniemożliwia i nie utrudnia nawet dużym wykonawcom (patrz postępowanie dot. Hali [REDACTED]) złożenia ofert; (4) sprawdza się na etapie realizacji zamówienia.

Dowody:

Zał. 2.1. wyciąg z SWZ dla postępowania dot. Przebudowy Hali [REDACTED] w [REDACTED],

Zał. 2.2. informacja z otwarcia oferty dla postępowania dot. Przebudowy Hali [REDACTED] w [REDACTED],

Zał. 2.3. wyciąg z odwołania [REDACTED]. w postępowaniu dot. Przebudowy Hali [REDACTED] w [REDACTED],

2.4. pismo procesowe [REDACTED]. zawierające wycofanie odwołania,

zał. 2.5. informacja o braku naruszeń w kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dot. Przebudowy Hali [REDACTED] w [REDACTED],

zał. 2.6 wyciąg z SWZ na budowę budynku noclegowni w [REDACTED],

zał. 2.7 informacja z otwarcia ofert na budowę budynku noclegowni w [REDACTED],

zał. 2.8 wyciąg z SWZ na przebudowę boiska piłkarskiego przy Szkole Podstawowej nr 18 w [REDACTED],

zał. 2.9 zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty na przebudowę boiska piłkarskiego przy Szkole Podstawowej nr 18 w [REDACTED].

4 Przechodząc dalej wskazać należy, że przedmiotowe kryterium spełnia wymóg z art. 241 ust. 1 PZP, tj. odnosi się do przedmiotu zamówienia. Nie budzi żadnej wątpliwości, że kryteria oceny ofert nie muszą odnosić się bezpośrednio do jakości materiałów budowlanych użytych do realizacji obiektu budowlanego, ale mogą odnosić się do takich aspektów zamówienia, jak organizacja i sposób wykonania robót, termin realizacji umowy, okres rękojmi, zasady gospodarki odpadami, kwestie ochrony środowiska w trakcie robót, zmniejszenie uciążliwości dla mieszkańców w trakcie realizacji robót, zmniejszenie emisji hałasu ze sprzętu wykonawcy, zapewnienie bezkolizyjnej (nie wahadłowej) organizacji ruchu, skrócenie czasów reakcji przy postępowaniu reklamacyjnym (wady i awarie) itd. Za kryterium oceny ofert może służyć dowolny z aspektów całego cyklu życia robót budowlanych będących przedmiotem umowy, w tym również nie mający charakteru istotnego.

(...) kryterium może dotyczyć dowolnych aspektów robót budowlanych, dostaw lub usług, które będą realizowane w ramach danego zamówienia i - co równie istotne - może odnosić

się do dowolnego etapu cyklu życia danego zamówienia, w tym elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek. Ustawodawca podkreślił, że aspekty, z którymi mogą być powiązane kryteria oceny ofert, nie muszą nawet stanowić istotnej cechy przedmiotu zamówienia. Zauważenia zatem wymaga, że przedmiot zamówienia w kontekście ustalania kryteriów oceny ofert postrzegany jest szeroko, a zatem nie tylko w kontekście świadczeń wykonawcy, które będą stanowiły przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale jako cały cykl życia danego zamówienia. Ponadto zamawiający, adekwatnie do uzasadnionych potrzeb, może premiować elementy oferty powiązane z jakimkolwiek aspektem związanym w powyższy sposób z przedmiotem zamówienia, nawet takim, który w sposób obiektywny nie stanowi istotnej cechy przedmiotu zamówienia, ale jednak ma istotne znaczenie dla tego konkretnego zamawiającego.

5 Żadna z części kryterium objętego zarzutem nie odnosi się do właściwości wykonawcy. Bez wątplenia wskazane przez Zamawiającego ryzyka wiążą się lub mogą się wiązać z konkretnym zamówieniem będącym przedmiotem postępowania oraz nie dotyczą właściwości wykonawców.

6 Przyjęcie zaproponowanych przez Zamawiającego kryteriów jest dobrowolne i podlega autonomicznej decyzji wykonawców. Zamawiający nie narzuca wykonawcom obowiązku przejęcia określonych ryzyk, a premiuje wykonawców, którzy dokonają właściwej oceny ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy oraz zastosują takie rozwiązania organizacyjne (jakość organizacyjna), które pozwolą na zarządzanie danym ryzykiem. Zwrócić należy uwagę, co zresztą Izba wielokrotnie akcentowała, że zamówienie publiczne nie polega na tym, że mają w nim prawo wziąć udział wszyscy wykonawcy. Przeciwnie, istota zamówienia polega na tym, że jedna strona - zamawiający - określa swoje potrzeby i warunki, na jakich gotowa jest udzielić zamówienia (przy czym warunki należy rozumieć szeroko - również jako postanowienia umowy), a druga strona - wykonawcy - decydują, czy na danych warunkach przedstawionych przez danego zamawiającego są gotowi wykonać zamówienie.

7 Zwrócić należy uwagę, że rozkład ryzyka związany z realizacją przedmiotu zamówienia umowy o roboty budowlane nie jest stały i jednolity dla wszystkich umów nawet na poziomie przepisów kodeksu cywilnego (vide postanowienia dotyczące ryczałtu i braku możliwości jego podwyższenia). Ryzyka te są różne nie tylko w różnych wzorach umów stosowanych przez różnych zamawiających (np. GDDKiA, PKP S.A., PKP PLK S.A., FIDIC i jego różne mutacje, wzory oparte o kodeks cywilny). Ryzyka te są różne w zależności zarówno od uwarunkowań lokalnych (np. związanych z dostępnością zaplecza budowy, warunków gruntowych, pory roku itd.), jak i związanych z postanowieniami umowy

(wysokość kar, dodatkowe obowiązki w umowie, sposób waloryzacji wynagrodzenia, wysokość i rodzaj zabezpieczenia, wymagania w zakresie polis ubezpieczeniowych, możliwość uzyskania zaliczki, sposób rozliczania robót dodatkowych itd.).

Odwołujący nie skonkretyzował zarzutów odwołania w odniesieniu do poszczególnych podpunktów przejętego ryzyka w kryterium, zatem założyć należy, że Odwołujący uznaje, że wszystkie naruszają przepisy wskazane w zarzucie w taki sam sposób.

Odnosząc się do katalogu ryzyk, za których przejęcie wykonawca może uzyskać dodatkową punktację zwrócić należy uwagę, że wszystkie przedmiotowe ryzyka są identyfikowalne bądź na etapie sporządzania oferty (ryzyka określone w pkt 3 - kolizje międzybranżowe, 5 - aktualizacja warunków technicznych, 6 - niezgodności w zakresie infrastruktury dla pieszych) i wymagają wyłącznie wnikliwego zbadania dokumentacji i opracowania oferty, bądź to częściowo na etapie sporządzenia oferty i na wczesnym etapie realizacji robót (określone w pkt 1 warunki gruntowe, 2 - obiekty i sieci niezainwentaryzowane). W zakresie pkt 1-2 wymagają analizy danych podanych w dokumentacji projektowej i założenia pewnych rezerw, co jest standardową procedurą w toku sporządzenia oferty. W przypadku modelu wynagrodzenia ryczałtowego, są to standardowe czynności wykonywane przez wykonawców w toku sporządzania ofert (każdy z wykonawców przy ryczałcie musi liczyć się z pewnymi rozbieżnościami w stosunku do ilości pracy czy materiałów wynikających z dokumentacji projektowej, za które nie przysługuje mu wynagrodzenie).

8 Niezrozumiały jest zarzut Odwołującego (pkt IX) odnoszący się do nieporównywalności ofert. Przedmiot zamówienia pozostaje dokładnie taki sam, a jedynie w odniesieniu do wykonawców, którzy ryzyka nie przejęli, Zamawiający (o ile ich oferta będzie najkorzystniejsza), musi liczyć się z możliwością zwiększenia ceny lub terminu (o ile dane okoliczności wystąpią). Oczywiście jest, że skoro dane ryzyko nie zostało przejęte, to pozostaje przy Zamawiającym.

Oferty odnoszą się nadal do tego samego przedmiotu zamówienia i pozostają porównywalne.

9 Za nieadekwatne (i do tego wybiórcze) uznać należy powołanie się przez Odwołującego (akapit XII uzasadnienia) na wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku sygn. V ACa 846/13. Nieadekwatny dlatego, że odnosi się do sytuacji, w której inwestor rynku prywatnego nie pozostawił wykonawcy wyboru (wykonawca nie miał możliwości dokonania wyboru ryzyka świadomie). Wybiórcze, albowiem co do skutków prawnych przyjęcia ryczałtowego modelu wynagrodzenia istnieją, również w zamówieniach publicznych, dwie przeciwstawne linie orzecznicze zarówno sądów powszechnych, jak i Izby (jak i linia trzecia, pośrednia), przy czym jednak dominującą jest linia statuująca niezmiennosc wynagrodzenia

ryczałtowego . Przy czym żaden z dostępnych wyroków nie analizował sytuacji świadomego przejęcia ryzyka w ramach dobrowolnego kryterium.

10 Chybiony jest również zarzut naruszenia art. 473 § 2 k.c. (w akapicie XIV błędnie wskazano § 3). Przepis ten ma charakter ius cogens i naturalnie kwestionowane kryterium nie obejmuje przypadków umyślnego wyrządzenia szkody. W zapisach SWZ ani umowy nie znajduje się zapis, do którego art. 473 § 2 się odnosi; tj. nie wskazano nigdzie, że Zamawiający miałby nie być odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną umyślnie wykonawcy. Interpretacja Odwołującego o tym, że zastosowane kryterium mogłoby być tak poczytywane jest gołosłowna i irracjonalna.

Wbrew tezom odwołania, Zamawiający nie przerzuca na wykonawców swoich obowiązków określonych przepisami prawa i nie narusza właściwości stosunku prawnego w sposób powodujący nieważność umowy. Nie polega na prawdzie twierdzenie, że Zamawiający w przetargu ma pozycję dominującą (teza z zarzutu jest bliżej nierozwinięta w uzasadnieniu). Zastosowane kryterium nie narusza również obowiązku współdziałania stron umowy (art. 431 kc), jak również nie jest klauzulą abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 4) ustawy PZP. Nie narzuca odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający - żaden z podpunktów kryterium nie opisuje okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Wbrew twierdzeniom odwołania, w żadnym z zapisów SWZ, czy wzoru umowy nie ma mowy o przeniesieniu odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej. Konkretyzując powyższe, należy zwrócić uwagę, że:

1) odmienne warunki gruntowe są typową okolicznością nieprzewidywalną dla obu stron umowy, mieszczące się w ryczałcie - sporządzenie dokumentacji geologicznej następuje na bazie ilości odwiertów określonej przez właściwe przepisy, a uzyskane wyniki podlegają ekstrapolacji; praktyka wskazuje, że warunki geologiczne pomiędzy otworami mogą być odmienne (zarówno lepsze, jak i gorsze);

2) obiekty i sieci niezinventaryzowane lub odstępstwa od inwentaryzacji oraz konieczność rozbiórki obiektów niezinventaryzowanych nie wynika z wad dokumentacji czy niestaranności jej sporządzenia, ale warunków realizacji inwestycji w terenie zurbanizowanym, gdzie tego rodzaju elementy są zwykle spotykane (nie da się zinwentaryzować sieci na etapie projektowania, jeżeli są nieumieszczone na mapach); okoliczność ta również występuje standardowo na terenie zurbanizowanym i jest zwykłym ryzykiem w przypadku ryczałtu mieszczącym się w wynagrodzeniu ryczałtowym;

3) kolizja projektów branżowych nie przewidzianych w dokumentacji projektowej oraz konieczności zapewnienia koordynacji międzybranżowej - również nie jest okolicznością wynikającą z wad dokumentacji projektowej, a typowo spotykaną sytuacją w toku robót;

4) czynności związane z dostosowaniem do wymogów i decyzji DRDOŚ w przypadku wycinki drzew i krzewów w okresie lęgowym ptaków również nie wynikają z wad dokumentacji projektowej, lecz są prostą konsekwencją zapisu § 3 ust. 6 pkt 28 umowy, zgodnie z którym wycinki należy prowadzić poza sezonem lęgowym;

5) aktualizacja warunków technicznych i opinii zawartych w dokumentacji - dotyczy spełnienia warunków wprost przewidzianych w dokumentacji lub aktualizacji warunków technicznych, które przecież również znajdują się w dokumentacji, a nie wad dokumentacji projektowej;

6) dostosowanie rozwiązań projektowych do wytycznych - jest to okoliczność precyzyjnie określona i sprawdzalna - dotyczy rozwiązań zawartych w dokumentacji, które należy porównać do wytycznych wskazanych w treści klauzuli - zatem jest to wykonalne na etapie opracowania oferty i nie dotyczy wad dokumentacji (dokumentacja jest prawidłowa, a dostosowanie dotyczy wytycznych i rekomendacji, a nie przepisów bezwzględnie obowiązujących).

11 Nieuzasadnione są również zarzuty odnoszące się do braku określoności (jednoznaczności opisu) kryterium. Wykonawca wskazuje, że nie może oszacować, czy i w jakiej skali wystąpi konieczność realizacji prac. Pomijając okoliczność, że jak wskazują empiryczne doświadczenia Zamawiającego, zastosowane kryterium nie uniemożliwia i nie utrudnia innym wykonawcom składania ofert, to ad vocem wykonawcy można wskazać, że podobnie dla utrwalonego w praktyce stosowania kryterium wydłużenia okresu usterkowego, również przecież nie można przewidzieć rozmiaru i kosztów usuwania prac usterkowych (zwłaszcza przy długich okresach), a mimo tego nikt z takiego kryterium zarzutu niejednoznaczności opisu nie czyni. Odwołujący błędnie utożsamia własne problemy z oszacowaniem ryzyka z brakiem precyzji opisu kryterium.

### III. ZARZUT DOTYCZĄCY ODSETEK ZA OPÓŹNIENIE

Odwołujący w zakresie dotyczącym odsetek za opóźnienie wskazuje na zapisy projektu umowy dotyczące możliwości naliczenia kar umownych (1) za opóźnienie w usunięciu wad oraz (2) opóźnienie w zapłacie podwykonawcy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazuje na art. 433 pkt 1) PZP podnosząc, że zapisy w projekcie umowy stanowią klauzule abuzywne w rozumieniu tego przepisu, a Zamawiający

nie przedstawił argumentów, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

Odnosząc się do tak uzasadnionego zarzutu wskazać należy, co następuje.

Po pierwsze, ustawodawca nie przewidział, na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawiania przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania argumentów uzasadniających wprowadzenie kary umownej za opóźnienie. Przeciwnie, w doktrynie i praktyce wskazuje się, że ewentualna kontrola następuje w tym przypadku w drodze skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej.

Wywodzenie zatem (por. akapit XIX odwołania), że skoro Zamawiający nie przedstawił takich argumentów, to zaskarżone postanowienie jest niezgodne z ustawą jest zatem chybione. Na marginesie jedynie można zwrócić uwagę, że tam, gdzie ustawodawca uznał, że istnieje potrzeba zawierania uzasadnienia dla danej decyzji Zamawiającego w dokumentacji postępowania, to wyraźnie to przewidział (por. np. art. 85 ust. 1 PZP in fine, 65 ust. 4 PZP, 91 ust. 2 PZP).

Przechodząc dalej do merytoryki, w doktrynie i (szczupłym w tym zakresie) orzecznictwie brak jest zasadniczo wytycznych, co do wykładni pojęć „uzasadnione okolicznościami” lub „uzasadnienie zakresem zamówienia”. Wskazuje się przykładowo, że może to być uzasadnione wagą zamówienia, jego złożonością, istotnością dla potrzeb Zamawiającego czy interesu społecznego itd. Ocena zasadniczo dokonywana jest ad casum. Podzielić przy tym należy wyważoną tezę wyroku KIO 2762/21, gdzie Izba wskazała na to, że z jednej strony należy zatem uwzględnić interes Zamawiającego wynikający z dbałości o środki publiczne i przejawiający się w zagwarantowaniu takich narzędzi, które pozwolą mu skutecznie domagać się od wykonawcy spełnienia jego zobowiązań wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony należy mieć na uwadze również słuszny interes przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokładnie w taki sposób postąpił Zamawiający. W odniesieniu do przypadku (2), tj. kary umownej za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, zwrócić należy uwagę, że kara dotyczy opóźnienia w spełnieniu świadczenia pieniężnego, gdzie zasadą kodeksową (por. 481 kc) jest posługiwanie się pojęciem „opóźnienia”. Ustawodawca nakazuje zaś zamieszczenie (port. art. 436 pkt 4) lit. a) kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5,

Wydaje się oczywiste i uzasadnione okolicznościami, że w odniesieniu do spełnienia świadczenia pieniężnego, gdzie ustawową konsekwencją opóźnienia jest zapłata wierzycielowi zryczałtowanego odszkodowania w postaci odsetek ustawowych, określanie kary umownej jako należnej „za zwłokę” byłoby nieuzasadnionym uprzywilejowaniem wykonawcy. Narzędzie wprowadzone przez ustawodawcę miało w założeniu wzmocnić ochronę podwykonawców jako słabszej strony stosunków zobowiązaniowych oraz przeciwdziałać patologiom i doprawdy nie sposób znaleźć argumenty, dla których podwykonawcom miałyby przysługiwać odsetki za opóźnienie w zapłacie oraz dodatkowe świadczenia określone w przepisach ustawy z dnia 8 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (już w tyle użyte słowo „opóźnienie”), a Zamawiającemu jedynie kara umowna za zwłokę za to samo uchybienie wykonawcy. Mając na względzie, że jak w przypadku każdej kary umownej, dłużnik może wnioskować o jej miarkowanie, to konieczność wykazywania przez zamawiającego zwłoki wykonawcy czyniłaby ustawowe narzędzie wzmocnionej ochrony podwykonawców i dalszych podwykonawców całkowicie iluzorycznym.

Zwrócić należy uwagę, że brak czy opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcom może potencjalnie doprowadzić do tak groźnych dla Zamawiającego zjawisk, jak podwójna zapłata za dane roboty, z automatu będąca wydatkiem niekwalifikowanym w rozumieniu przepisów dot. dofinansowania UE i innych dofinansowań (powszechnie obowiązujący i oczywisty zakaz podwójnego finansowania). Tak więc w tym przypadku również interes publiczny oraz ochrona budżetu UE przemawiają w pełni za możliwością zastosowania zwiększonego rygoryzmu w odniesieniu do podstawy naliczania kar umownych.

18 W odniesieniu do kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad wskazać należy, co następuje.

Po pierwsze, Zamawiający wskazuje, że oprócz (oczywistego, zdaniem Zamawiającego) przypadku kary umownej za opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcom, jest to jedyny przewidziany w umowie przypadek kary umownej za opóźnienie. W odniesieniu do samego przedmiotu świadczenia wykonawcy, tj. wybudowania obiektu, zarówno w odniesieniu do całego świadczenia, jak i terminów pośrednich, Zamawiający przewidział kary za zwłokę (por. § 17 ust. 1 pkt 1-2 wzoru umowy). Dodatkowo, zgodnie z dobrymi praktykami, kary umowne związane z kamieniami milowymi są anulowane w razie dotrzymania terminu końcowego.

Regulacja dotycząca kar jest zatem wyważona i Zamawiający nie nadużywa kar za opóźnienie.

19 Po drugie, kara umowna nie została przewidziana za świadczenie Wykonawcy w toku realizacji umowy, tj. za zobowiązanie do oddania przewidzianego w umowie obiektu (por. art. 647 kc), a za uchybienie obowiązkom związanym z odpowiedzialnością wykonawcy za wady. Stosownie do treści art. 656 §1 kc, do odpowiedzialności za wady stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło i dalej, na mocy odesłania z art. 638 kc, odpowiednio przepisy o sprzedaży. Przy czym odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady czy gwarancji jest niezależna od odpowiedzialności z art. 471 kc (tj. na zasadach ogólnych).

Odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji jest niezależna od winy i ma charakter absolutny.

Nie ma charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej, jest niezależna od powstania szkody w majątku wierzyciela oraz niezależna od zawinionego zachowania dłużnika.

Zatem, odpowiedzialność wykonawcy z tytułu wad w robotach jest odpowiedzialnością niepowiązaną w żaden sposób z jego winą, czy nawet okolicznościami, za które odpowiedzialności nie ponosi. Okoliczność ta w sposób oczywisty przemawia za tym, aby kary umowne za nieterminowe usuwanie wad były karami za opóźnienie. W przeciwnym wypadku zasadniczo obowiązek usuwania wad nie różniłby się od obowiązku usuwania tychże w oparciu o art. 471 kc. Zatarciu uległaby odmiennosc odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji za wady w stosunku do odpowiedzialności na zasadach ogólnych, istotnemu zachwianiu na niekorzyść strony publicznej uległaby pozycja zamawiającego, a dłużnik - wykonawca - uzyskałby doskonałe narzędzie prawne do przewlekania w nieskończoność usuwania wad.

Zwrócić należy uwagę, że w przypadku inwestycji publicznych, kara umowna związana z wadami jest w zasadzie jedynym środkiem motywacyjnym dla wykonawcy. Inny środek, jakim jest wykonawstwo zastępcze wymaga przeprowadzenia całej długotrwałej procedury zamówień publicznych oraz wszelkich związanych z nim obostrzeń, jak choćby obowiązku dokładnego opisanie przedmiotu zamówienia (co częstokroć wiąże się z obowiązkiem uprzedniego postępowania na usługi projektowe związane z zaprojektowaniem sposobu usunięcia wady).

Wykazanie zaś szkody na zasadach ogólnych, z uwagi na charakter inwestycji, jest niejako konstrukcyjnie niemożliwe, aczkolwiek wada, pomimo że nie generuje szkody w rozumieniu straty rzeczywistej czy utraconych korzyści, to może generować wysokie koszty społeczne. W obrocie nie spotyka się umów, w których obowiązek usunięcia wad, będący obowiązkiem o charakterze absolutnym i niezależnym od winy, pozostawałby nieobwarowany karą umowną.



Zamawiający stwierdza, że mając na względzie powyższe, odwołanie jako niezasadne winno ulec oddaleniu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, których przedmiotem jest [REDAKTOWANE]

Ogłoszenie o zamówieniu niniejszego postępowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 maja 2023r. Roboty budowlane – [REDAKTOWANE]

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności zamawiającego, które są niezgodne z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), ustawy dalej przywoływanej jako „ustawa PZP” lub „PZP”.

Zgodnie z art.555 PZP Izba orzeka w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Odwołujący, jak wynika z odwołania, którego treść Izba przywołuje powyżej w uzasadnieniu wyroku, przedstawił zamawiającemu poniżej wymienione zarzuty, w związku z publikacją w dniu 8 maja 2023r. ogłoszenia w Dz. Urz. U. E. i zamieszczenia SWZ (specyfikacja warunków zamówienia) na stronie prowadzonego postępowania.

#### **I. Zarzuty odwołania:**

##### **Zarzut co do naruszenia:**

1. art. 239 ust. 2 PZP, art. 240 ust. 1 PZP, art. 241 ust. 1, 2, 3 PZP, art. 242 PZP przez 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 rozbiórki 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 lęgowym 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 6-ciu 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 zamiennej 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 poza cenowego w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nie pozwalający na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

To samo kryterium, bez szczegółowego opisu jak powyżej, zamieszczone zostało w pkt II.2.5 Ogłoszenia o zamówieniu to jest „Kryteria udzielenia zamówienia kryteria określone poniżej kryterium jakości – nazwa: przejście przez Wykonawcę ryzyka związanego z realizacją robót /Waga: 15 a poza tym cena Waga: 85 oraz powtórzone w § 20 projektu Umowy pt. Postanowienia szczególne związane z kryteriami oceny ofert. W § 20 stwierdza się, że w razie przejścia przez wykonawcę w ofercie zobowiązania do przejścia przez wykonawcę ryzyka dodatkowego wynagrodzenia (Kryterium K2), wykonawca zobowiązuje się do przejścia ryzyka (w tym finansowego i terminowego) związanego z możliwością wystąpienia odmiennych jak wskazane w dokumentacji projektowej, warunków fizycznych realizacji zadania (jak powyżej wymienionych nieprzewidzianych przeszkód w terenie w szczególności niezainwentaryzowanej na mapach geodezyjnych infrastruktury podziemnej). Wykonawca też miałby się zrzec roszczenia o koszty ogólne budowy w razie przedłużenia okresu realizacji (bez względu na przyczynę) do 6 miesięcy, a powyżej tego okresu zamawiający zapłaci za koszty ogólne budowy przedłużonego okresu realizacji budowy (ryzyko terminowe). Zamawiający w projekcie umowy wyjaśnił też, że przez ryzyko finansowe rozumie zwiększony koszt realizacji budowy w związku ze zwolnieniem zamawiającego z ponoszenia ewentualnego opracowania na koszt wykonawcy zamienną dokumentacji projektowej, uzyskania uzgodnień, pozwoleń itp. niezbędnych do usunięcia dodatkowych kolizji lub wprowadzenia zmian wynikających z odmienności w stosunku do dokumentacji projektowej. W przypadku przejścia ryzyka od zamawiającego, wykonawca przejmujący ryzyko zrzeka się roszczenia o dodatkowa zapłatę lub o przedłużenie terminu realizacji z powodów opisanych w kryterium K2, a za to dostaje dodatkowe 15 punktów w kryterium oceny ofert (przejście przez wykonawcę od zamawiającego ryzyka dodatkowego wynagrodzenia). Zamawiający popierając powyższą koncepcję przejścia ryzyka finansowego i terminowego przez wykonawcę od zamawiającego, w zamian za 15 punktów w ramach kryterium jakościowego oceny ofert podnosił, że przejście ryzyka jest dobrowolne i wykonawca, który nie przejmie ryzyka nie otrzyma tylko dodatkowych punktów, za kryterium jakości otrzyma 0 punktów. Ponadto zamawiający powoływał się na stosowaną praktykę tak ustalanego kryterium jakości w innych postępowaniach, gdzie wykonawcy rezygnujący z przyjęcia punktów za kryterium jakości, składali mimo to najkorzystniejsze oferty. Z kolei zgodnie z projektem umowy (§ 9) inna sytuacja jest wykonawców, którzy nie podejmą się przejścia ryzyka terminowego i finansowego w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych czy też zamiennych. Zamawiający wówczas przewiduje Protokół konieczności, dla ustalenia wysokości wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub zamienne, termin ich realizacji wraz ze zmianą wysokości wynagrodzenia wykonawcy, przy obowiązującym wynagrodzeniu ryczałtowym (§ 8 ust. 4 projektu umowy). Podstawą do ustalenia wysokości wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub zamienne będą stawki wynagrodzenia Wykonawcy wynikające z Formularza

Cenowego/Przedmiaru Robót , a w razie braku odpowiedniej pozycji rozliczane będą o ceny czynników produkcji z zeszytów SEKOCENBUDU Warszawa, a gdy w oparciu o powyższe dane i czynniki nie będzie możliwe ustalenie wynagrodzenia, strony je ustalą w drodze negocjacji mając na uwadze ceny rynkowe (§ 9 Roboty dodatkowe i zamienne. Roboty zaniechane ust. 1, 3, 4, 6 projektu umowy). Zasadniczym elementem sprawy jest również okoliczność, że zamawiający w § 1 Przedmiot Umowy (projekt umowy) określił między innymi, że szczegółowy zakres przedmiotu Umowy, w tym zakres poszczególnych składających się na niego zadań określa w szczególności dokumentacja o której mowa w ust.4 niniejszego paragrafu. Zgodnie z ust.4 przywołanego paragrafu umowy (§ 1), wykonując przedmiot umowy Wykonawca zobowiązuje się realizować go w szczególności zgodnie z: umową, dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i aktami prawa miejscowego oraz zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. Dla oceny postawionego zarzutu odwołania, znaczenie ma również formuła umowna o treści: „Wykonawca oświadcza, iż przed podpisaniem Umowy, zapoznał się z całością dostępnej dla niego dokumentacji Przedmiotu Umowy i nie wnosi do niej zastrzeżeń pod kątem jej kompletności i możliwości wykonania w oparciu o nią Przedmiotu Umowy,(...). Oświadczenie, o którym mowa wyżej nie oznacza, iż Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szczegółowe rozwiązania, obliczenia i założenia przyjęte w tejże dokumentacji.” (§ 1 Przedmiot Umowy ust.6 - projekt umowy).

Izba dokonując oceny postawionego 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 zamienne, wynikające z braku możliwości jednoznacznego ustalenia infrastruktury podziemnej i okoliczności opisanych powyżej (w rozdz. XVIII pkt 3 SWZ oraz powtórzone w § 20 projektu Umowy pt. Postanowienia szczególne związane z kryteriami oceny ofert) przed wszystkim rozważyła charakter, celowość i skuteczność tak skonstruowanego kryterium jakościowego. Ustawa w przywołanych w odwołaniu przepisach, 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 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 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. 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 zamawiający nie przybliży nawet stopnia, zakresu, wielkości przedziału ryzyka i obarcza przewidywaniem ryzyka oraz jego oceną wykonawcę, który za ich przejęcie 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 premiowane 15 punktami za przejęcie ryzyka. Podsumowując 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 PZP. Powyższe stwierdzenie sprowadza się 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 projektowych okoliczności np. niezainwentaryzowanych sieci, obiektów, 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. Cytowany powyżej 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”. 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. 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 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. Podsumowując zarzut naruszenia art. 240 ust.1 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 skutkuje brakiem możliwości jego wyceny i uwzględnienia w cenie/koszcie oferty.

Izba również potwierdza zarzut co do naruszenia art.241 ust.1 PZP, w związku z kryterium jakościowym przejęcia ryzyka terminowego i finansowego, związany z brakiem związku kryterium z przedmiotem zamówienia. Powyższe wynika 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. Tak opisane kryterium oceny ofert nie odnosi się do rzeczywistego opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności przedstawionego w dokumentacji projektowej, którą dostarcza zamawiający. Natomiast 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 nie jest związane z przedmiotem zamówienia, który opisany jest w dokumentacji projektowej. W związku z powyższym 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 potwierdził się również zarzut odwołania co do naruszenia art.241 ust.3 PZP.

W związku z powyższym zasadnym było żądanie odwołania co do dokonania zmiany w pkt 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 jedynego kryterium oceny oferty ceny z wagą 100%

b) zmiany w pkt II.2.5 Ogłoszenia o zamówieniu przez pozostawienie jako jedynego kryterium ceny z wagą 100%

c) zmiany w projekcie umowy i usunięcia § 20 Umowy.

### **Zarzut co do naruszenia**

- 2 art. 5 kc, art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 632 kc, 473 §2 oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 8 pzp, art. 431 PZP, art. 433 pkt 3) PZP, art. 7 pkt 32 PZP przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego przez przeniesienie 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.

Powyższy zarzut związany jest z zarzutem ocenionym przez Izbę powyżej (zarzut nr 1). Zarzut potwierdził się w szczególności co do naruszenia art.7 pkt 32 PZP o odpłatności stosunków prawnych w ramach zamówień publicznych. Zarzut ten jest również powiązany z zarzutem nr 4 o nierównym traktowaniu wykonawców, w sytuacji gdy wykonawca nie złoży w ofercie oświadczenia o przejęciu ryzyka terminowego i finansowego w związku z kryterium

jakościowym oceny ofert, w przypadku okoliczności wymienionych w tym kryterium, zamawiający sporządza z wykonawcą Protokół Konieczności, celem wykonania robót dodatkowych lub zamiennych oraz uregulowania kosztów prac związanych w brakami w dokumentacji projektowej. W tym miejscu Izba przywołuje postanowienia projektu umowy jak przy opisie zarzutu nr 1- jak poniżej.

Z kolei zgodnie z projektem umowy (§ 9) inna sytuacja jest wykonawców, którzy nie podejmą się przejęcia ryzyka terminowego i finansowego w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych czy też zamiennych. Zamawiający wówczas przewiduje Protokół konieczności, dla ustalenia wysokości wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub zamienne, termin ich realizacji wraz ze zmianą wysokości wynagrodzenia wykonawcy, przy obowiązującym wynagrodzeniu ryczałtowym (§ 8 ust. 4 projektu umowy). Podstawą do ustalenia wysokości wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub zamienne będą stawki wynagrodzenia Wykonawcy wynikające z Formularza Cenowego/Przedmiaru Robót, a w razie braku odpowiedniej pozycji rozliczane będą o ceny czynników produkcji z zeszytów SEKOCENBUDU Warszawa, a dalej gdy w oparciu o powyższe dane i czynniki nie będzie możliwe ustalenie wynagrodzenia, strony je ustalą w drodze negocjacji mając na uwadze ceny rynkowe (§ 9 Roboty dodatkowe i zamienne. Roboty zaniechane ust. 1, 3, 4, 6 projektu umowy). Zasadniczym elementem sprawy jest również okoliczność, że zamawiający w § 1 Przedmiot Umowy (projekt umowy) określił między innymi, że szczegółowy zakres przedmiotu Umowy, w tym zakres poszczególnych składających się na niego zadań określa w szczególności dokumentacja o której mowa w ust.4 niniejszego paragrafu. Zgodnie z ust.4 przywołanego paragrafu umowy (§1), wykonując przedmiot umowy Wykonawca zobowiązuje się realizować go w szczególności zgodnie z: umową, dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i aktami prawa miejscowego oraz zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. Dla oceny postawionego zarzutu odwołania, znaczenie ma również formuła umowna o treści: „Wykonawca oświadcza, iż przed podpisaniem Umowy, zapoznał się z całością dostępnej dla niego dokumentacji Przedmiotu Umowy i nie wnosi do niej zastrzeżeń pod kątem jej kompletności i możliwości wykonania w oparciu o nią Przedmiotu Umowy,(...). Oświadczenie, o którym mowa wyżej nie oznacza, iż Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szczegółowe rozwiązania, obliczenia i założenia przyjęte w tejże dokumentacji.” (§1 Przedmiot Umowy ust.6 - projekt umowy).

Podsumowując odwołujący słusznie wskazał na naruszenie art.433 pkt 3 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 zamiennie. Roboty zaniechane.

Powyższe naruszenie wyczerpuje się przez nakazanie zamawiającemu:

- a) dokonania zmiany w pkt 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 jedynego kryterium oceny oferty ceny z wagą 100%
- b) zmiany w pkt II.2.5 Ogłoszenia o zamówieniu przez pozostawienie jako jedynego kryterium ceny z wagą 100%
- c) zmiany w projekcie umowy i usunięcia § 20 Umowy

### **Zarzut co do naruszenia**

3. art. 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353 [1] kc, przez 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 PZP 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.

Powyższy zarzut Izba uwzględniła, dzieląc argumentację odwołującego i uznając ją za własną.

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 PZP (zwłoka). Z kolei art.481 k.c. mówi o odsetkach w związku z opóźnieniem, a o naprawieniu szkody na zasadach ogólnych w sytuacji zwłoki dłużnika.

Co do § 17 ust 1 pkt 3) projektu umowy Izba zwraca uwagę, że wywody zamawiającego sprowadzają się do przywoływania regulacji k.c., z którą można byłoby podjąć merytoryczną dyskusję gdyby nie art.433 pkt 3 PZP i brak wskazania przez zamawiającego jaki konkretnie zakres zamówienia czy okoliczności zamówienia skłoniły zamawiającego do regulacji wbrew powyżej przywołanemu przepisowi PZP.

Reasumując powyższy zarzut odwołania Izba uwzględnia.

### **Zarzut co do naruszenia**

4. art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP przez 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 ustalenie poza cenowego kryterium oceny i ukształtowania treści umowy.

Powyższy zarzut odwołania Izba uwzględnia, ponieważ stanowi o przywołaniu zasad prawnych PZP, które zostały naruszone działaniem zamawiającego w związku z wskazanymi naruszeniami przepisów PZP 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 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 rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzać na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 23.600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....