

Warszawa, dn. 7. 10. 2024 r.

Zamawiający: Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa
Komenda Wojewódzka Państwowej Straży
Pożarnej w Toruniu
ul. Prosta 32
87-100 Toruń
NIP 9561044672
tel. 47/75 12 010
e-mail: przetargi@kujawy.straz.gov.pl

Odwołujący: Balzola Polska Sp. z o.o.
Al. Jana Pawła II 12
KRS 0000319478, NIP 1010002981
tel. +48 (22) 8508317
e-mail: balolaolska@balozla.pl
reprezentowany przez:
r.pr. Magdalenę Zadorę-Redźko
adres do doręczeń jw.:
tel. kom. +48 691 951 019
e-mail: redzko@balzola.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa i rozbudowa budynku Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu wraz z instalacjami, urządzeniami, małą architekturą i podziemnym zbiornikiem retencyjnym na wody opadowe”*.

Numer ogłoszenia: Numer publikacji 585359-2024, Numer wydania Dz.U.S. 190/2024, data publikacji 30.09.2024 r.

Postępowanie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Balzola Polska Sp. z o.o., zwanej dalej „Odwołującym”, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które przedkładałam w załączeniu wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej, na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „**ustawą pzp**”, wnoszę odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa i rozbudowa budynku Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu wraz z instalacjami, urządzeniami, małą architekturą i podziemnym zbiornikiem retencyjnym na wody opadowe”* w ramach zadania „Modernizacja i rozbudowa budynku Komendy Wojewódzkiej Państwowej

Straży Pożarnej w Toruniu” współfinansowanego ze środków Programu Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Ochrony Państwa w latach 2022-2025” (Nr postępowania: WT.2370.13.2024) wskazane szczegółowo w dalszej części odwołania.

I. Zarzuty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- I.1. **naruszenie art. 134 pkt 6 w zw. z art. 436 pkt 1) ustawy pzp** poprzez określenie w §3 ust 1 pkt 1 i 2 terminu wykonania zamówienia podstawowego i objętego prawem opcji odpowiednio jako

-(...) dla zakresu podstawowego - w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 5 grudnia 2025 roku;

- dla zakresu prawa opcji - w terminie 12 miesięcy od dnia zakończenia robót wchodzących w zakres podstawowy, jednak nie później niż do dnia 30 listopada 2027 r.(...)

co stanowi o określeniu planowanego terminu wykonania zamówienia datą kalendarzową (odpowiednio 5.12.2025 i 30.11.2027r.) bez wskazania obiektywnej przyczyny podczas gdy zgodnie ze wskazanym przepisem planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną;

- I.2. **naruszenie art. 433 pkt 3, 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z z art. 353¹ i 647 KC** poprzez określenie w §3 ust. 1 i 3 projektu umowy, że przez zakończenie robót wchodzących w zakres zamówienia podstawowego strony rozumieją podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz, że przedmiot umowy uznaje się za wykonany z dniem podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego robót, potwierdzającego ukończenie wszystkich robót wchodzących w zakres realizacji zamówienia podczas gdy datą wykonania zobowiązań wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest data zakończenia robót i zgłoszenia gotowości do odbioru, potwierdzone protokołem odbioru, który ma charakter pokwitowania spełnienia świadczenia w rozumieniu art. 462 kc. ale nie może stanowić o dacie wykonania zobowiązań umownych przez wykonawcę.

- I.3. **Naruszenie art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy pzp, art. 8 w zw. z art. 353(1) kc i 358(1) kc** poprzez wprowadzenie w umowie klauzuli waloryzacyjnej nie zawierającej wszystkich elementów wymaganych zgodnie z art. 439 ust 2 ustawy pzp oraz wprowadzenie w niej dodatkowych, nie przewidzianych w ustawie pzp wymagań jak też zastrzeżenie, że ma mieć ona zastosowanie w sytuacji wzrostu kosztów wykonania niemożliwych do przewidzenia na etapie składania oferty, w sytuacji gdy art. 439 ust 1 ustawy pzp nakłada obowiązek wprowadzenia w umowie o roboty budowlane zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy postanowień dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów

związanych z realizacją a ust. 4 precyzuje, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się odpowiednio wzrost cen lub kosztów albo ich obniżenie względem cen lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia, tj.:

- (i) nie określenie wskaźnika w oparciu o który ustalany będzie minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związany z realizacją przedmiotu umowy, uprawniający Wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia, który zgodnie z projektem umowy wynosi 10 % w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym rozpoczęto realizację prac;
- (ii) uzależnienie dokonania waloryzacji zwiększającej wynagrodzenie (ale nie zmniejszającej) od „(...) *bezspornego wykazania Zamawiającemu, że wzrost wskaźnika, o którym mowa w pkt 4, ma wpływ na zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, będących podstawą opracowania przez Wykonawcę złożonej przez niego oferty (...) oraz „(...) przedstawienia środków dowodowych, w szczególności: kosztorysu ofertowego wraz z kalkulacjami szczegółowymi cen jednostkowych, ofert i faktur dostawców lub podwykonawców, na podstawie, których wykonawca obliczył cenę oferty, informacji, czy wykonawca badał rynek w celu znalezienia innych, tańszych dostawców lub podwykonawców, uzasadnienia, dlaczego wykonawca nie mógł materiałów i urządzeń objętych wnioskiem o zmianę zamówić wcześniej i zagwarantować sobie ich ceny, kupić wcześniej i składować, itp.*” oraz przedstawienia do wniosku o waloryzację dokumentów „(...) *potwierdzających rzeczywiste poniesienie poszczególnych kosztów w ramach realizacji zamówienia*”

I.4. naruszenie art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy pzp poprzez zastrzeżenie w §7 ust. 2 i 4 lit e) umowy, że (i) warunkiem zapłaty faktury częściowej za odebrane roboty budowlane będzie przedstawienie przez Wykonawcę Zamawiającemu dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót, oraz, że (ii) W przypadku, gdy prace będą wykonywane z udziałem podwykonawców podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury końcowej będą dodatkowo oryginał oświadczenia podwykonawcy o otrzymaniu od Wykonawcy wynagrodzenia za wskazany na fakturze podwykonawcy zakres prac., podczas gdy:

- 1) przedstawienie dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców może warunkować drugiej i następnej części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty;
- 2) zapłata części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy może być uwarunkowana przedstawieniem dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców

I.5. naruszenie art. 8 w zw. z art. 5 kc, art. 353(1) kc, 647 kc poprzez wprowadzenie do §7 ust. 10 projektu umowy postanowień, w których Zamawiający zastrzega płatność do wysokości posiadanych środków

finansowych w danym roku budżetowy, podczas gdy obowiązek zapłaty za wykonane roboty aktualizuje się w związku z wykonaniem robót.

ewentualnie

naruszenie 99 ust 1 i 2 ustawy pzp poprzez zastrzeżenie płatności do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowy bez wskazania wysokości tych środków.

I.6.

II. Żądanie.

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnioskuję o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

II.1. w zakresie zarzutu nr I.1 – zmianę w §3 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy w ten sposób, że:

-(...) dla zakresu podstawowego - w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy;

- dla zakresu prawa opcji - w terminie 12 miesięcy od dnia zakończenia robót wchodzących w zakres podstawowy,

II.2. w zakresie zarzutu I.2 zmianę w §3 ust 1 zdanie ostatnie i nadanie mu brzmienia „Przez zakończenie robót wchodzących w zakres podstawowy zamówienia strony rozumieją datę zgłoszenia gotowości do odbioru potwierdzoną w przez Zamawiającego w protokole odbioru końcowego robót” oraz §3 ust 3 „Strony uzgadniają, iż przedmiot umowy uznaje się za wykonany z dniem zgłoszenia gotowości do odbioru potwierdzonego w protokole odbioru końcowego”

II.3. w zakresie zarzutu I.3:

– zmianę w §6 ust 3 pkt 1) Umowy poprzez dopisanie, że minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związany z realizacją przedmiotu umowy mierzony ma być wskaźnikiem wzrostu cen produkcji budowlano – montażowej jak też odwołujący postuluje obniżenie jego poziomu,

– usunięcie §6 ust 3 pkt 7 i 8 umowy

II.4. w zakresie zarzutu I.4 zmianę w §7 ust. 2 i 4 lit e) umowy i nadanie im następującego brzmienia

– „warunkiem zapłaty drugiej i kolejnej faktury częściowej za odebrane roboty budowlane będzie przedstawienie przez Wykonawcę Zamawiającemu dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót”

– Usunięcie §7 ust 4 lit e)

- II.5. W zakresie zarzutu I.5 usunięcie §7 ust. 10 umowy ewentualnie określenie środki w jakiej wysokości w poszczególnych latach zamawiający zamierza przeznaczyć na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy.

III. Interes w złożeniu odwołania.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu Zważywszy, że wskutek podjętych przez Zamawiającego czynności treść SWZ, jak również Projektu Umowy została ukształtowana w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP i KC, a więc są nieakceptowalne dla Odwołującego (jako oferenta, jak i potencjalnego wykonawcy przyszłego zamówienia), to tym samym zachodzi konieczność wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w przypadku wyboru jego oferty chce on zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do interesu prawnego Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej – „środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przystępują 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 (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia)**. Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w

korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 04.10.2010 r., sygn. KIO 2036/10).

IV. Termin oraz wymagania formalne.

Zamawiający opublikował SWZ dla przedmiotowego zamówienia 30 września 2024r. na stronie internetowej <https://www.platformazakupowa.pl/transakcja/989384>. Oznacza to, że Odwołujący składa odwołanie w terminie wymaganym zgodnie z art. 515 ust 2 pkt 2) ustawy pzp.

UZASADNIENIE

- I. Zamawiający Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa i rozbudowa budynku Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu wraz z instalacjami, urządzeniami, małą architekturą i podziemnym zbiornikiem retencyjnym na wody opadowe”*. 30 września 2024r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania dokumenty zamówienia w tym projektowanie postanowienia umowy (dalej: umowa), których treść stanowi przedmiot niniejszego odwołania.
- II. **Uzasadnienie zarzutu nr I.1.**
 - II.1. Zgodnie z art. 436 pkt. 1 ustawy pzp obligatoryjnym elementem umowy o zamówienie publiczne są postanowienia określające *planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną*.
 - II.2. Pzp narzuca zatem zamawiającym sposób, w jaki należy określić termin realizacji zamówienia, tj. poprzez używanie jednostek czasu. Zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów.¹
 - II.3. Termin zakończenia powinien więc być określony w czasookresach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykazał obiektywnej przyczyny, dla której określił w postępowaniu datę dzienną. Rozwiązanie

¹ Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II. Pod red. H.Nowaka i M.Winiarza, UZP

przyjęte w art. 436 pkt 1 ustawy pzp służy zrównoważeniu pozycji stron kontraktu, stanowi wyraz partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz stwarza realne podstawy dla każdego wykonawcy do oszacowania ryzyka związanego z terminem realizacji zamówienia. Określenie czasu realizacji powinno kończyć się po upływie określonego czasokresu, niezależnie od tego kiedy dojdzie do zawarcia umowy.

II.4. Zarzut jest tym bardziej uzasadniony, że:

- (i) **zgodnie z §1 ust 6 pkt 9) projektu umowy do obowiązków wykonawcy należy uzyskanie pozwolenia na użytkowanie** (zgodnie z §7 ust 3 lit b) projektu umowy – **ostatecznego pozwolenia na użytkowanie**) – co oznacza, że termin realizacji robót ulega skróceniu o czas konieczny na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (PnU), PnU wydawane jest w trybie art. 35 Kodeksu postępowania administracyjnego co oznacza, że organ administracji ma na wydanie decyzji administracyjnej miesiąc a w sprawie zawężonej dwa miesiące (art. 35 §1 i 5 kpa organ administracji publicznej obowiązany jest załatwić sprawę bez zbędnej zwłoki. Załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej - nie później niż w ciągu dwóch miesięcy od dnia wszczęcia postępowania, zaś w postępowaniu odwoławczym - w ciągu miesiąca od dnia otrzymania odwołania.) Dodatkowo jeżeli decyzja ma mieć charakter ostateczny skraca ona termin realizacji robót o kolejne dwa tygodnie.
- (ii) **zgodnie z §3 ust 3 projektu umowy „przedmiot umowy uznaje się za wykonany z dniem podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego robót, potwierdzającego ukończenie wszystkich robót wchodzących w zakres realizacji zamówienia.”** sytuacji gdy zgodnie z §13 ust 3 projektu umowy Zamawiający wyznaczy termin odbioru, powoła komisję odbiorową i rozpocznie odbiór przedmiotu umowy w terminie 5 dni roboczych od dnia otrzymania zawiadomienia o gotowości do odbioru, zawiadamiając o tym Wykonawcę. Zamawiający dokona odbioru częściowych robót w ciągu 7 dni od daty rozpoczęcia czynności odbiorowych – co oznacza, że termin realizacji robót ulega realnemu skróceniu o co najmniej 12 dni. Co najmniej 12 dni bo termin na dokonanie odbioru jest liczony od daty rozpoczęcia czynności odbiorowych a umowa nie określa kiedy odbiór ma się rozpocząć a jedynie jaki termin ma zamawiający na jego wyznaczenie.
- (iii) **Zgodnie z §3 ust 2 Umowy przekazanie terenu budowy następuje w terminie 7 dni od daty zawarcia Umowy** – co oznacza, że termin realizacji ulega realnemu skróceniu o kolejne 7 dni.

Opisane wyżej terminy związane z wykonaniem umowy skracają rzeczywisty termin wykonywania robót o ok. 63 dni. Nawet więc przyjmując zachowanie terminu wykonania Umowy jako terminu 12 miesięcy jest to termin bardzo napięty a jego dalsze skracanie poprzez przenoszenie na wykonawcę skutków

przedłużającej się procedury przetargowej prowadzącej do zawarcia umowy z terminie późniejszym niż 5 grudnia 2025r. nie znajduje uzasadnienia.

- II.5. Dodatkowo zamawiający przewidział w umowie prawo opcji, którego wykonanie nie stanowi zgodnie z §16 ust 3 Umowy podstawy do zmiany terminu wykonania.

III. Uzasadnienie zarzutu 1.2.

- III.1. W §3 ust.1 pkt 1) i 2) projektu umowy, zamawiający przewidział, że „(...) Wykonawca zobowiązuje się jest wykonać przedmiot Umowy (...) Przez zakończenie robót wchodzących w zakres podstawowy zamówienia strony rozumieją podpisanie przez zamawiającego protokołu odbioru końcowego.” Z kolei w ust 3 przewidział, że: *Strony uzgadniają, iż przedmiot umowy uznaje się za wykonany z dniem podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego robót, potwierdzającego ukończenie wszystkich robót wchodzących w zakres realizacji zamówienia „.*
- III.2. W uzasadnieniu zarzutu I Odwołujący wskazał już, że zgłoszenie zakończenia robót i gotowości do odbioru dzieli od daty podpisania odbioru: 5 dni na wyznaczenie terminu odbioru i 7 na jego dokonanie przy czym termin ten jest liczony od daty przystąpienia do odbioru a umowa nie określa kiedy ma to nastąpić. Datę oddania obiektu przez wykonawcę od daty jego odbioru przez Zamawiającego dzieli więc co najmniej termin wyznaczenia daty odbioru przez Zamawiającego, daty przystąpienia do odbioru przez Zamawiającego oraz dokonania odbioru przez Zamawiającego. Wszystkie te czynności są to czynności zależne tylko do Zamawiającego na których termin wykonania Wykonawca nie ma żadnego wpływu.
- III.3. Warto podkreślić, że **art. 647 kc rozróżnia jako obowiązek wykonawcy – oddanie obiektu, od obowiązku Zamawiającego w postaci dokonania jego odbioru. I tak : Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.** Już samo brzmienie art. 647 kc wskazuje więc, że są to dwie różne czynności dwóch uczestników procesu budowlanego.
- III.4. Różnicę między obowiązkiem oddania obiektu przez wykonawcę a jego odbiorem przez Inwestora podkreśla również orzecznictwo sądów powszechnych. Sądy wyjaśniają, że protokół odbioru końcowego pełni funkcję pokwitowania spełnienia świadczenia przez wykonawcę, w rozumieniu art. 462 k.c. I tak
- w wyroku z 12 marca 2021 r. SN w sprawie sygn. akt. V CSK 14/21 wyjaśnił, że *„Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, natomiast inwestor zobowiązuje się do jego odebrania. Dokonanie odbioru obiektu jako*

rezultatu robót budowlanych jest zatem obowiązkiem inwestora. Odbiór ten powinien nastąpić niezwłocznie po tym, gdy wykonawca zaofiarował przedmiot umowy o roboty budowlane inwestorowi, chyba że łącząca strony umowa określa termin i sposób dokonania odbioru. (...) **Odbiór obiektu jest jednostronną czynnością zamawiającego (inwestora), stanowiącą pokwitowanie spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 462 k.c.), uznanie świadczenia wynikającego z umowy za wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, co otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia.**"

- W wyroku z 3 sierpnia 2017r. SA w Warszawie w sprawie sygn. akt I ACa 698/16 wskazał, że **„W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualnego wykazu wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 k.c. i art. 638 k.c., jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane.**
 - Wyrok SA w Lublinie w sprawie sygn. akt. I AGa 98/23 z 12 stycznia 2024r. **Pokreślić należy, że protokół odbioru końcowego pełni funkcję pokwitowania spełnienia świadczenia przez wykonawcę, w rozumieniu art. 462 k.c.(...) Świadczeniem wykonawcy, zgodnie z art. 647 § 1 k.c. jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej”. Zgodnie z wykładnią postanowień umowy dokonaną przez sąd w ww. sprawie „(...) **Użyte w § 7 ust. 1 pkt 1 umowy sformułowanie "termin realizacji zadania" należy odnieść do terminu spełnienia świadczenia przez wykonawcę, a zatem oddania obiektu. Przyjęcie, że użyte sformułowanie odnosi się do terminu podpisania protokołu odbioru końcowego powodowałoby, że możliwość naliczenia przewidzianej ww. postanowieniem kary umownej byłaby zależna nie tyle od opóźnienia się wykonawcy w wykonaniu swojego świadczenia, lecz od zachowania inwestora, który mógłby celowo odraczać czynności odbiorowe, a następnie dokonać naliczenia kary umownej z uwagi na opóźnienie. Obwarowane karą umowną nienależyte wykonanie zobowiązania przez wykonawcę (w rozumieniu art. 483 § 1 k.c.), nie może odnosić się do dokonania odbioru przez inwestora, skoro dokonanie odbioru stanowi zobowiązanie inwestora, a nie wykonawcy.****
- III.5. Z samego art. 462 kc wynika zaś, że pokwitowanie jest oświadczeniem wierzyciela (lub osoby upoważnionej przez niego do odbioru świadczenia), że dłużnik świadczenie spełnił. Pokwitowanie należy traktować jako oświadczenie wiedzy wierzyciela, potwierdzającego spełnienie świadczenia, np. czynność

zapłaty dłużnej sumy.² Skoro stanowi ono pochodzące od wierzyciela potwierdzenie spełniania świadczenia dłużnika to nie może stanowić jednocześnie spełnienia przez niego świadczenia.

- III.6. Zaskarżone postanowienia umowy naruszają również art. 433 pkt 3 ustawy pzp przenoszą bowiem na wykonawcę – w ramach odpowiedzialności za terminowe wykonanie przedmiotu umowy, odpowiedzialność za zdarzenie na którego wykonanie wykonawca pozbawiony jest wpływu a za które odpowiedzialność ponosi tylko Zamawiający tj. dokonanie czynności odbioru.

IV. Uzasadnienie zarzutu I.3.

- IV.1. **Zgodnie z art.439 ust 2 pkt 1) ustawy pzp klauzula waloryzacyjna w umowie o roboty budowlane powinna określać poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, czyli procentową wysokość zmiany ceny (lub cen) materiałów lub kosztów, która rodzi roszczenie o zmianę wynagrodzenia.**
- IV.2. Umownie określona zmiana cen kosztów lub materiałów jest zdarzeniem warunkującym zmianę wynagrodzenia należnego na podstawie umowy. Ustawa pozwala konstruować takie klauzule, które doprowadzą do zmiany wynagrodzenia dopiero wówczas, gdy zmiana cen przekroczy określoną wielkość, przy czym wielkość tej różnicy została pozostawiona decyzji samego zamawiającego.
- IV.3. Badanie różnicy cen, o którym mowa w art. 439 ust. 2 pkt 1 p.z.p., nie służy określeniu kwoty wynagrodzenia do zapłaty, lecz jedynie ustaleniu zdarzenia (zaistnienia cen) będącego podstawą dokonania modyfikacji wynagrodzenia. Z kolei o kwocie, o jaką zostanie zmienione wynagrodzenie należne na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi inny przepis, tj. art. 439 ust. 2 pkt 3 i pkt 4 p.z.p.
- IV.4. Co do sposobu określania zmiany cen materiałów lub kosztów jako zdarzenia warunkującego zafunkcjonowanie klauzuli waloryzacyjnej ustawa w art. 439 ust. 2 pkt 2 pzp wskazuje, że może to nastąpić z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, lub przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Należy zwrócić uwagę na ewidentny błąd popełniony w ustawie. Według wstępnej części omawianego przepisu odesłanie do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów (w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego) lub wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, jest „sposobem ustalenia zmiany wynagrodzenia”. Tymczasem z kontekstu przepisu wynika, że są to sposoby ustalenia zmiany cen materiałów lub kosztów jako zdarzenia warunkującego zafunkcjonowanie klauzuli waloryzacyjnej, a nie zmiany wynagrodzenia

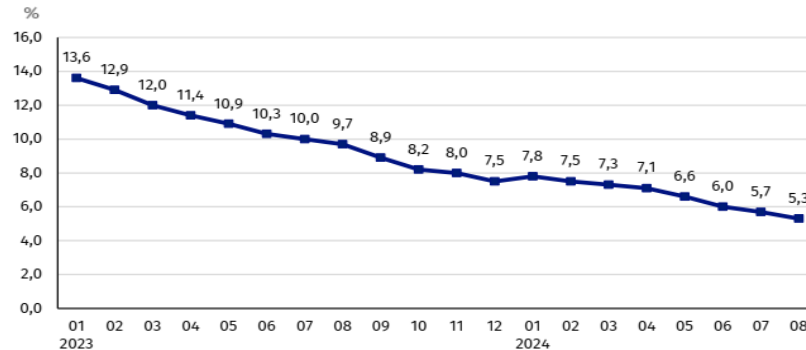
² Kodeks cywilny. Komentarz. Gniewek/Machnikowski 2023r. wyd. 11

należnego wykonawcy. Prawidłową intencję przepisu art. 439 ust. 2 pkt 2 p.z.p. oddaje końcowa część lit. b, która wyraźnie stanowi: „(...) przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia”. Mówiąc wprost, odesłanie do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów (w szczególności wskaźnika ogłoszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego) lub wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, o którym mowa w art. 439 ust. 2 pkt 2 p.z.p., nie służy określeniu, o ile się zmieni wynagrodzenie, lecz kiedy się ono zmieni.³

- IV.5. Zaskarżone postanowienia Umowy nie pozwalają ustalić jak mierzony poziom zmiany cen materiałów lub kosztów – ustalony na bardzo wysokim poziomie 10%, stawowi będzie postawę do uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej a tym samym tak skonstruowany zapis umowy nie stanowi podstawy do żądania zmiany wynagrodzenia.
- IV.6. Również pozostałe postanowienia mowy nie stanowią podstawy do dokonania wykładni w tym zakresie. Nawet gdyby bowiem przyjąć, że zmiana powinna być mierzona tym samym wskaźnikiem co wskaźnik w oparciu o który dokonywana jest waloryzacja tj. wskaźnikiem cen produkcji budowlano – montażowej, to wykładni można dokonywać w zakresie niejasnych czy niejednoznacznych postanowień podczas gdy w analizowanym stanie faktycznym mówi o postanowieniach brakujących.
- IV.7. W tym miejscu **jedynie na marginesie – wobec nie podania w umowie w oparciu o co ustalamy próg 10% Odwołujący wskazuje, że w okresie stabilnej sytuacji rynkowej zarówno dane historyczne dotyczące wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej jak i ewentualna ich prognoza, wskazują że jest to poziom niemożliwy do osiągnięcia.** Na potwierdzenie Odwołujący załącza wyciąg w opublikowanych w sierpniu 2024r. przez Główny Urząd Statystyczny danych na temat wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej, potwierdzający, że obecnie się są notowane wzrosty tego wskaźnika na poziomie 10%. Na wypadek więc określenia, że 10% wzrosty cen materiałów lub kosztów mierzony ma być wzrostem cen produkcji

³ W.Dzierzanowski i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz

budowlano – montażowej będzie to poziom nierealny, stanowiący o pozornym charakterze klauzuli.



W sierpniu 2024 r. ceny produkcji budowlano-montażowej były wyższe w skali roku o 5,3%

IV.8. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje jednocześnie, iż zawarte jak w §6 ust. 3, pkt 7 i 8 sformułowania o tym, że :

- waloryzacji wynagrodzenia prowadząca do jego podwyższenia możliwa jest wyłącznie w sytuacji bezspornego wykazania Zamawiającemu, że wzrost wskaźnika, o którym mowa w pkt 4, ma wpływ na zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, będących podstawą opracowania przez Wykonawcę złożonej przez niego oferty;
- Zamawiający wymaga przedstawienia środków dowodowych, w szczególności: kosztorysu ofertowego wraz z kalkulacjami szczegółowymi cen jednostkowych, ofert i faktur dostawców lub podwykonawców, na podstawie, których wykonawca obliczył cenę oferty, informacji, czy wykonawca badał rynek w celu znalezienia innych, tańszych dostawców lub podwykonawców, uzasadnienia, dlaczego wykonawca nie mógł materiałów i urządzeń objętych wnioskiem o zmianę zamówić wcześniej i zagwarantować sobie ich ceny, kupić wcześniej i składować, itp.
- Do wniosku należy dołączyć dokumenty potwierdzające jego zasadność m.in. dokumenty potwierdzające rzeczywiste poniesienie poszczególnych kosztów w ramach realizacji zamówienia

pozostają nieuprawnione, gdyż wprowadzają dodatkowy, niedopuszczalny w świetle art. 439 ustawy pzp warunek, który w rzeczy samej stanowi niczym nie ograniczoną dobrowolność w ocenie czy pomimo spełnienia się określonych wymagań Umownych dotyczących obowiązku dokonania waloryzacji, waloryzacja powinna zostać dokonana czy też nie. Jednocześnie zapis dowodzi błędnej interpretacji art. 439 PZP dokonanej przez Zamawiającego. Dowody w postaci dokumentów potwierdzających rzeczywiste poniesienie poszczególnych kosztów w ramach realizacji inwestycji min. aneksów zmieniających wynagrodzenie zatrudnionym przy inwestycji Podwykonawcom czy dowody zapłaty powstaną po zastosowaniu waloryzacji. Zgodnie z ust. §6

ust 6 umowy obowiązek zmiany wynagrodzenia PW aktualizuje w sytuacji gdy wynagrodzenie wykonawcy zostało zmienione zgodnie z umową.

- IV.9. Żądanie wykazania czy udowodnienia kosztów jako warunek dokonania waloryzacji stroi w sprzeczności z istotą waloryzacji. Waloryzacja na gruncie ustawy pzp stanowi uszczegółowienie czy transpozycję przepisów kc, a dokładniej art. 358 (1) kc, ze względu jednak na odesłanie z art. 8 ustawy pzp jak też miejsce umów o zamówienie publiczne w systemie prawa, przepisy te wzajemnie się uzupełniają. Zgodnie z art. 358(1) kc waloryzacja stanowi umowne zastrzeżenie określenia sposobu ustalenia wysokości świadczenia pieniężnego według innego niż pieniądz miernika wartości, co w zestawieniu z treścią art. 487 § 2 KC należy odczytywać w ten sposób, iż pomimo zastosowania innego niż pieniądz miernika wartości, świadczenie wzajemne jednej ze stron musi być odpowiednikiem świadczenia drugiej ze stron, a zatem ekwiwalentne. Waloryzacja jest inną instytucją prawa cywilnego niż odszkodowanie. To w zakresie tego ostatniego, podmiot zobowiązany wykazać ma poniesione koszty jako szkodę. Tymczasem zgodnie z orzecnictwem sądów utrwalone jest już stanowisko o tym, że:
- „(...) zgodnie z ukształtowanym już orzecnictwem Sądu Najwyższego zasadniczo celem waloryzacji jest istotnie przywrócenie - przynajmniej w przybliżeniu - początkowej wartości długu, wszakże przy przerachowywaniu świadczeń pieniężnych należy unikać uproszczeń i jednostronności. Skoro bowiem waloryzacja ma charakter indywidualny, to i jej mierniki podlegają indywidualizacji. Jest przy tym poza sporem, że rozłożenie na strony ryzyka skutków inflacji nie zawsze musi być równomierne (...)” (wyrok SN z 28.04.2000 r. II CKN 525/00)
 - - „(...) Istotą waloryzacji jest przywrócenie świadczeniom wynikającym ze zobowiązań pieniężnych ich pierwotnej wartości z uwzględnieniem interesów obu stron. Aby jej dokonać należy przerachować świadczenie tak, aby - choćby w przybliżeniu było ono równoważne początkowej wartości długu. Jest zatem oczywiste, że wybrany przez sąd miernik waloryzacyjny należy odnieść do wysokości świadczenia jakiego zgodnie z umową spodziewała się powódka, a nie do wartości tego świadczenia po spadku siły nabywczej pieniądza. Różnica między tymi wartościami ma natomiast podstawowe znaczenie dla ustalenia czy wystąpiła przesłanka do zastosowania waloryzacji w postaci istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza (...)” (wyrok sa w warszawie z 21 maja 2013r. Sygn. Akt i aca 1357/12)”
- IV.10. Stanowisko braku podstaw do uzależnienia waloryzacji od wykazywania kosztów poniesionych przez wykonawcę podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 maja 2024r. wydanym w sprawie KIO 1324/24
- IV.11. Taki charakter mają postanowienia umowy mówiące
- V. Uzasadnienie zarzutu I.4**
- V.1. Zgodnie z art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP, w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli

umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, **drugiej i następných części**

należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty **wymagalnego** wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych. Przytoczony przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący.

- V.2. Niniejsze postępowanie jest zamówieniem na roboty budowlane, w którym co do zasady termin ich wykonania jest dłuższy niż 12 miesięcy, a Zamawiający przewidział zapłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w częściach. Zamawiający zobowiązany jest zatem stosować art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP, który to przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący.
- V.3. W § 7 ust. 2 Projektu Umowy Zamawiający przewidział wymóg, aby do **każdej** faktury wykonawca załączył dowody zapłaty wynagrodzenia podwykonawców lub dalszych podwykonawców. Zapis ten pozostaje sprzeczny z art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP w zakresie, w jakim warunkuje zapłatę pierwszej części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od przedstawienia dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców;
- V.4. Ponad to w zakresie płatności końcowej Zamawiający ograniczył dowody zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców do oryginału oświadczenia PW o otrzymaniu wynagrodzenia za wskazany w f-rze PW zakres prac a ponad to wskazał, że oświadczenie ma dotyczyć wynagrodzenia a nie tylko – jak mówi art. 447 ust 2 pkt 1 ustawy pzp wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy. Pojęcie dowodu zapłaty, którym posłużył się ustawodawca jest szersze niż pojęcie oświadczenia podwykonawcy, które obok np. potwierdzenia dokonania przelewu, pokwitowania wystawionego przez stanowi jeden z możliwych dowodów dokonania zapłaty.

VI. Uzasadnienie zarzutu I.5

- VI.1. W §7 ust 10 umowy Zamawiający przewidział, że *zastrzega płatność do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowym*.
- VI.2. Zgodnie z art. 7 pkt 32) ustawy pzp zamówienie jest umową odpłatną zawartą między zamawiającym z wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez Zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Zgodnie zaś w art. 647 kc przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. *Postanowienia umowne zastrzegające płatność wynagrodzenia do wysokości środków posiadanych w danym roku budżetowym są więc niezgodnie z przepisami określającymi podstawowe ceny umowy o zamówienie publiczne (odpłatność) czy też podstawowe obowiązki*

stron umowy o roboty budowlane (zapłata umówionego wynagrodzenia niezależnie od posiadanych środków).

- VI.3. *Zgodnie z wykładnią art. 647 kc Roszczenie o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane staje się wymagalne z chwilą faktycznego wydania obiektu przez wykonawcę i odebrania go przez zamawiającego (wyrok SA w Krakowie z 3 września 2021 sygn. akt I AGa 29/20). Analogicznie w wyroku z 29 stycznia 2021r. sygn. akt CSKP 10/21 Sąd Najwyższy wskazał, że Obowiązek zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia – co do zasady - aktualizuje się w razie wydania dzieła przez przyjmującego zamówienie, mimo istnienia wad nieistotnych. Strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła.*
- VI.4. *W uzasadnieniu zarzutu odwołania należy wskazać też na wyrok Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2021 r. (II CSKP 7/21) w którym Sąd Najwyższy wypowiedział się, czy można zastrzec warunkową wypłatę wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, wskazując, że: „W ocenie Sądu Najwyższego, w umowie o roboty budowlane nie jest dopuszczalne uzależnienie zapłaty całości należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku w rozumieniu art. 89 KC, skoro zapłata wynagrodzenia należy do elementów przedmiotowo istotnych tej umowy (art. 647 KC). Zgodnie bowiem z art. 89 KC możliwe jest uzależnienie powstania lub ustania skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego, z zastrzeżeniem wyjątków wynikających m.in. z właściwości tej czynności prawnej. O ile zatem, z reguły, nic nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy o roboty budowlane pod warunkiem (uzależnieniu jej wszystkich skutków od zdarzenia przyszłego i niepewnego), o tyle wykluczone jest uzależnienie tylko niektórych skutków tej czynności, objętych essentialia negotii (np. oddania obiektu albo zapłaty całości wynagrodzenia) od zdarzenia przyszłego i niepewnego. Powiązanie zapłaty całego wynagrodzenia z warunkiem w rozumieniu art. 89 KC godziłoby bowiem w naturę stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 3531 w zw. z art. 647 KC), skoro zawarta umowa byłaby tylko warunkowo wzajemna i odpłatna. Oczywiście jest też, że takie postanowienie zakłócałoby w istotny sposób równowagę kontraktową. Innymi słowy, zastrzeżenie w treści czynności prawnej warunku nie może powodować pozbawienia umowy nazwanej jej istotnych cech. Odrębną kwestią jest natomiast uzależnienie rozmiaru świadczenia (wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia) od warunku. **W tym kontekście należy postrzegać postanowienie umowy wymagające od wykonawcy przedstawienia faktur obciążających wykonawcę a wystawionych przez podwykonawców. Nie ulega wątpliwości, że podwykonawca z różnych przyczyn może nie przedstawić faktury generalnemu wykonawcy, co w konsekwencji oznacza, że wykonawca ten nie będzie taką fakturą dysponował. Skutkowałoby to uzależnieniem zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od zachowania osoby trzeciej (podwykonawcy), a więc zdarzenia - z perspektywy stron umowy o roboty budowlane - przyszłego i niepewnego. Niezależnie zatem od umownego ujęcia tej okoliczności, takie postanowienie***

umowne, jako sprzeczne z naturą stosunku prawnego wykreowanego umową o roboty budowlane (art. 3531 w zw. z art. 89 KC), jest nieważne (art. 58 § 1 i 3 KC). Należy więc je traktować jako niezastrzeżone.

- VI.5. O ile zaskarżone postanowienia dotyczą ograniczenia płatności w poszczególnych latach do środków jakimi dysponował będzie Zamawiający na ten cel w poszczególnych latach to zaskarżone postanowienia dotyczące sposobu dokonania zapłaty stanowią o niejasnym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia. **Z tytułu kredytowania inwestycji Wykonawca ponosi bowiem określone koszty, które aby mógł uwzględnić w cenie oferty musi móc oszacować. Podstawą oszacowania kosztów kredytowania inwestycji jest m.in. czas, przez który wykonawca ponosi ten koszt (drugim – wysokość tych kosztów).** Wykonawca nie wpływa na to jakie środki w poszczególnych latach realizacji umowy przeznaczy na ich wykonanie Zamawiający. W cenie swojej oferty wykonawca może ująć jedynie własne założenia realizacyjne i tak zw. cash flow wynikający treści umowy. Nie mając wpływu na to jaką ilość środków finansowych na przedmiotowe zamówienie będzie posiadał Zamawiający na poszczególne lata wykonawca nie jest w stanie przyjąć, w sposób porównywalny z innymi wykonawcami, kosztów kredytowania robót wywołanych sposobem wykonania drugiego zadania przez innego wykonawcę.
- VI.6. Zgodnie z art. 99 ust. 1 pzp, zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, oznacza zapewnienie, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym postąpić dostatecznie dokładnie i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), wskazując m.in. że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.
- VI.7. Podobnie wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) wskazując, że z przepisu art. 29 ust. 1 pzp

wynika, iż „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo”. „Zamawiający w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie”. (wyr KIO z 20 stycznia 2023r. sygn. akt. KIO 18/23).

- VI.8. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 r., V ACa 846/13, **Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 PZP (obecnie art. 99 PZP). To na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążony konsekwencjami nienależytego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. W innym przypadku dochodziłoby do przerwania na wykonawcę ustawowego obowiązku precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia.**
- VI.9. Z kolei w wyroku KIO z 15.02.2018 r., KIO 173/18 stwierdza się „(...) **nie można akceptować przerwania nadmiernego ryzyka na wykonawcę w zamówieniach publicznych. Zasada swobody umów w inwestycjach publicznych jest ograniczona, m.in. obowiązkiem Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na kalkulację wszystkich ryzyk. Aby uniknąć wliczania w cenę ofertową niepotrzebnego, nieporównywalnego ryzyka, to Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcy o informacje i dane, które stworzą podstawy do kalkulacji przez wykonawców porównywalnych ofert.**”

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o uwzględnienie zarzutu i nakazanie Zamawiającemu podjęcia czynności zgodnie z żądaniem określonym na wstępie.

Magdalena Zadora-Redźko
radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. KRS
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.