

Sygn. akt: KIO 2644/23

**WYROK**  
**z dnia 22 września 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2023 r. przez odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Powiatowych z/s w Białej Podlaskiej** (ul. Sidorska 90A, 21500 Biała Podlaska),

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie (ul. Parzniewska 10, 05800 Pruszków)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną od odwołania przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Sygn. akt: KIO 2644/23

**Uzasadnienie**

Odwołania zostały wniesione w dniu 8 września 2023 r. przez odwołującego: STRABAG Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp lub Pzp) przez zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych z/s w Białej Podlaskiej w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Budowę i rozbudowę drogi łączącej europejski szlak drogowy E30 z Portem Małaszewicze i linią kolejową E20” w formule zaprojektuj i wybuduj. Numer referencyjny: BZ.370.19.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE: 2023/S 165-521493 z dnia 29.08.2023 r.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności podjęte przez Zamawiającego w przebiegu postępowania pn. „Budowa i rozbudowa drogi łączącej europejski szlak drogowy E-30 z Portem Małaszewicze i linią kolejową E-20”, związane w przygotowaniu postępowania polegające na wskazaniu w Specyfikacji Warunków Zamówienia - Instrukcji dla Wykonawców (dalej „SWZ”) wytycznych do sposobu obliczenia ceny w sposób niezgodny w przywołanymi niżej przepisami, a to w wyniku wskazania, że cena oferty winna zawierać niemożliwe go przewidzenia ryzyka ekonomiczne, tj. ust. 9 części XIII „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” w zakresie wymogu, by wykonawcy uwzględnili w cenie oferty: „ewentualne ryzyko ekonomiczne, wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy”.

I. Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 4 PZP w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 PZP oraz w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, za pomocą niedokładnych określeń, a to przez wymóg uwzględnienia w cenie oferty nieokreślonych ryzyk ekonomicznych wynikających z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy;
2. art. 353 (1) k.c. i art. 58 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 632 § 1 k.c. w zw. z: art. 8 ust. 1 PZP, art. 99 ust. 1 i 4 PZP, art. 103 ust. 2 i 3 PZP, art. 433 pkt 1 i 3 PZP i art. 7 pkt 32 PZP poprzez przekroczenie granic swobody i ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do opisanego sposobu obliczenia ceny, a tym samym wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób stanowiący nadużycie prawa i naruszający równowagę stron w zakresie, w jakim Zamawiający nakazuje uwzględnić w cenie oferty/wynagrodzeniu ryzyko ekonomiczne, wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy; w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 również naruszenie:
3. art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP oraz art. 17 ust. 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności wobec niezgodnego z przywołanymi wyżej przepisami opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

II. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ IDW w kwestionowanym zakresie, tj. w zakresie części XII „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” ust. 9 poprzez wykreślenie sformułowania: „jak i ewentualne ryzyko ekonomiczne, wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy.”

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania, oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

III. Interes prawny:

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 drogowych, mostowych i kolejowych realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów 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 Umowy sformułowanych w sposób sprzeczny z ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO (sygn. akt: KIO 2036/10; sygn. akt KIO 1718/17) i stwierdził, że ma interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ chciałby złożyć Zamawiającemu najkorzystniejszą ofertę, a następnie zawrzeć zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia i otrzymać należne wynagrodzenie.

(...)

W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa i rozbudowa drogi łączącej europejski szlak drogowy E-30 z Portem Małaszewicze i linią kolejową E-20” w formule zaprojektuj i wybuduj. Planowana inwestycja ma na celu budowę od podstaw nowego odcinka drogi powiatowej oraz rozbudowę istniejących odcinków dróg gminnych i wewnętrznych PKP nadając im jedną kategorię jako droga powiatowa klasy Z (zbiorcza).

2. (...)

3. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą Programu Funkcjonalno – Użytkowego (dalej PFU), stanowiącego załącznik do SWZ. W zakresie sposobu obliczenia ceny Zamawiający określił wynagrodzenie umowne wykonawcy jako wynagrodzenie ryczałtowe. Konsekwentnie, w projektowanych postanowieniach umowy, w § 10 ust. 1 określił wynagrodzenie wykonawcy jako ryczałt

„Za należyte wykonanie całości przedmiotu umowy, określonego w § 1 umowy, Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości: ..... złotych brutto (słownie złotych.....)”

4. Wytyczne co do sposobu obliczenia ceny oferty zostały zawarte w części XIII SWZ IDW. W ust. 9 tej części Zamawiający wskazał:

„Cenę oferty należy obliczyć jako cenę ryczałtową uwzględniając zakres zamówienia określony w dokumentacji przetargowej, koszty robót tymczasowych i towarzyszących oraz wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia jak i ewentualne ryzyko ekonomiczne, wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy.

5. Jak wyżej wskazano przedmiot zamówienia, a tym samym przedmiot przyszłej umowy o wykonanie zamówienia publicznego został opisany w niniejszym postępowaniu, m. in. w PFU i warunkach przyszłej umowy, przy czym w żadnym z postanowień dokumentów zamówienia Zamawiający nie wskazał, jakie ewentualnie okoliczności należałoby uwzględnić w ryzyku ekonomicznym ceny oferty.

6. Zgodnie z art. 7 pkt 32 PZP, przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Z natury zamówienia publicznego, jak i samej umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.) wynika, że cena oferty (wynagrodzenie) stanowi essentialia negotii umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jako zasadę należy przyjąć, że wykonawca wykonuje zobowiązania przyjęte w ofercie za podaną w niej cenę. Tym samym wbrew oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w pkt 9 części XIII SWZ IDW nie istnieje podstawa do żądania, by cena oferty obejmowała ryzyko ekonomiczne będące następstwem niemożliwych do przewidzenia okoliczności. Nie ma cech odpłatności zobowiązanie do ponoszenia ryzyk ekonomicznych niemożliwych do przewidzenia okoliczności.

7. Wykonawca w pełni rozumie charakter wynagrodzenia ryczałtowego oraz obowiązujące w tym zakresie regulacje ustawowe – m.in. art. 632 § 1 k.c., którego wynika, że:

„Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcie umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac”.

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 zamówienia powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich wprost 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 np. 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].

8.Przepisy dotyczące niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego odnoszą się wyłącznie do ryzyk związanych z „rozmiarem i kosztem prac”. Żadne z obowiązujących przepisów nie daje podstaw do przyjęcia, że ryczałt obejmuje ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wynikać z niezidentyfikowanych, niemożliwych do przewidzenia okoliczności. Zamawiający nie ujawnił na etapie opisu przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie jest w stanie ich przewidzieć, nawet przy uwzględnieniu podwyższonego miernika staranności.

9.Odwołujący, co do zasady nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do konstruowania warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia, postanowień dotyczących wynagrodzenia, jak i prowadzących do jego ustalenia wytycznych co do sposobu obliczenia ceny. Zamawiający ma prawo do jednostronnego ustalenia warunków zamówienia, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie jednak z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego w tym zakresie nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (vide: wyrok ..., KIO 892/15).

10.W zakresie charakteru uprawnień Zamawiającego do ustalenia warunków zamówienia aktualny pozostaje m. in. wyrok KIO z 17.03.2017r. (sygn. KIO 409/17), w którym wskazano,

że odpowiedzialną na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka, dopóty brak jest podstaw do interwencji KIO w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego.

11.Podobnie z wyroku ... KIO 173/18 wynika, że „(...) nie można akceptować przerzucania 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.”

12.Wykonawcy mają prawo oczekiwać od Zamawiającego publicznego respektowania zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zaś zasady uczciwej konkurencji czy pozostałych zasad wskazanych m. in. w art. 99 ust 1 , ust. 4, art. 16 pkt 1 -3 czy art. 17 pkt 2 PZP. Zgodnie z przywołanymi przepisami, każdy wykonawca ma prawo oczekiwać od Zamawiającego takiego ustalenia warunków zamówienia, aby zapewniona była ekwiwalentność jego świadczenia względem świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka. W realiach niniejszej sprawy wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich w ofercie, chyba, że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne.

13.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 się dostatecznie dokładnymi 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, iż inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu

zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. 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 ustawy 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(...)”.

14. Przedmiot zamówienia winien być precyzyjnie "określony" i „opisany”. Opis przedmiotu zamówienia nie tylko pozwala na identyfikację tego przedmiotu, ale również pełni funkcję normatywną jako składnik SIWZ (tak Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 17.03.2009r., XIX Ga 72/08, ZPO 2009/4/88). Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem powyższej zasady, jest na tyle istotne, że wyznacza ramy przyszłego zobowiązania wykonawcy.

15. Z zasady wyrażonej w art. 99 ust. 1 PZP wynika też, że kalkulując ofertę przetargową wykonawcy zobowiązani są opierać się na informacjach zawartych w dokumentacji przetargowej, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia. Z art. 99 i następnym PZP wynika, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek dołożenia należytej staranności przy określaniu przedmiotu zamówienia. Powyższy sposób wykładni analizowanego przepisu nie budzi wątpliwości ani w poglądach doktryny, ani orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np w aktualnym wyroku z 19.12.2016. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą”. (KIO 2280/16, LEX nr 217409).

16. Wykładnię tę potwierdza również orzecznictwo Sąd Najwyższego. W wyroku z 17.06.2016r., IV CSK 674/15 Sąd Najwyższy wskazał, że „udostępnienie SIWZ jest czynnością prawną, powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli. Nie znajduje uzasadnienia stwierdzenie, z odwołaniem się do swobody zawarcia umowy przez wykonawcę, że powinien on przed zawarciem umowy ocenić zakres ryzyka gospodarczego, a następnie ponosić wszelkie konsekwencje niewykonania świadczenia mimo obiektywnych, niezależnych od niego przeszkód o charakterze następczym. Za niedopuszczalne w szczególności należy uznać przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za błędy, zaniechania i opóźnienia podjęcia decyzji bądź dostarczenia dokumentacji wynikające z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Na ogół również okoliczności, jakie wystąpiły po zawarciu umowy, zatem nie były znane, nie są objęte ryzykiem wykonawcy”. Podobnie w wyroku z 18.02.2016r., II CSK 197/15 Sąd Najwyższy stwierdził, że za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na wykonawcę ryzyka gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia.

17. Zaskarżonym niniejszym odwołaniem postanowieniem SWZ Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w cenie oferty przetargowej ryzyk będących następstwem okoliczności, które nie zostały przewidziane w dokumentacji zamówienia. Oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Jeśli więc Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, to tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 99, 16 czy 103 PZP. Zamawiający oczekuje bowiem złożenia ofert, które opierać się mogą co najwyżej na spekulacjach, co do bliżej niezidentyfikowanych okoliczności, które potencjalnie mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia, a które będą kalkulowane przez wykonawców w różny, nieporównywalny sposób.

18. Wymogi co do sposobu obliczenia ceny w konsekwencji prowadzą do ustalenia w projektowanym postanowieniu umowy wynagrodzenia obejmującego każdą potencjalną okoliczność powodującą jakiegokolwiek ryzyka ekonomiczne. Tak ukształtowane warunki zamówienia, nie tylko naruszają wskazane w petitum przepisy PZP, ale przede wszystkim stanowią wyraz wykorzystania przez Zamawiającego swojej dominującej pozycji, stanowią rażące przekroczenie granic swobody kontraktowania i jako takie objęte są sankcją nieważności.

19. Z ostrożności zarzucić należy, że okoliczności, które wykonawcy mieliby uwzględnić w cenie oferty może dotyczyć odpowiedzialności za okoliczności spowodowane opóźnieniem, czy też okoliczności leżące po stronie samego Zamawiającego, co uzasadnia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 433 pkt 1 i 3 PZP.

20. Jak wynika z Uzasadnienia (Druk sejmowy Nr 3624, VIII kadencja) do nowelizacji z 11.9.2019 r. wprowadzającej art. 433 pzp do tej pory zamawiający kierowali się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, a postanowienia umów zawierały rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania był niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego. W ustawie z 11.9.2019 r. kluczowym rozwiązaniem,

które ma zniwelować rzeczone zjawisko nadmiernej jednostronności umów jest zwłaszcza: wyraźne wskazanie zakazanych postanowień umownych.

21. W art. 433 pkt 1 PZP zakazuje się, aby postanowienia umowy przewidywały odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, chyba, że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Obecnie zatem zamawiający będą zobowiązani do przewidzenia odpowiedzialności wykonawcy jedynie za okoliczności objęte odpowiedzialnością wykonawcy. Takie rozwiązanie niewątpliwie jest bardziej korzystne i sprawiedliwe dla wykonawców i zapewnia równowagę stron, która dotychczas była zachwiana poprzez wymagania przez zamawiających od wykonawców poniesienia odpowiedzialności za opóźnienie czyli czynniki od nich niezależne i niezawinione.

22. Z kolei w art. 433 pkt 3 PZP ustawodawca zakazał zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałyby na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego. Tylko zamawiający ma więc, zgodnie z przywołanym przepisem, odpowiadać za to, co jest w gestii jego odpowiedzialności, bez obarczania za to wykonawcy. Zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w tym zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy.

23. Jak wskazuje się w doktrynie „Skutkiem więc nowego przepisu, tj. art. 433 jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie w tym zakresie z odwołania do KIO, co było wspomniane wyżej i co zostanie opisane dalszej części komentarza dotyczącej środków ochrony prawnej po nowelizacji.” (PZP. Komentarz. P.Granecki, I.Granecka Warszawa 2021, Legalis)

24. Tymczasem w zaskarżonych postanowieniach SWZ nakazując uwzględnić w cenie oferty ryzyko ekonomicznych będących skutkiem niemożliwych do przewidzenia okoliczności, Zamawiający, w tym okoliczności, o których mowa w art. 433 pkt 1 czy 3 PZP.

25. Zaskarżone postanowienia umowy naruszają również zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia. Każą bowiem uwzględnić wykonawcy w cenie oferty elementy, których zakresu nie jest w stanie oszacować. W ocenie Odwoławczego kwestionowane czynności Zamawiającego stanowią naruszenie wskazanych w petitum odwołania przepisów prawa. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

**Do postępowania odwoławczego** nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców. Termin na takie zgłoszenie (art. 525 ust.1 Pzp) upływał w dniu 15/09/23. Jak podał Zamawiający w piśmie z dnia 12/09/2023 kopia odwołania została przekazana uczestnikom postępowania w dniu 12.09.2023 r. poprzez zamieszczenie informacji na stronie prowadzonego postępowania.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 19/09/23) wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu stanowiska podał:

(...)

Wobec zarzutów naruszenia:

1.art. 99 ust. 1 i 4 pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 pzp oraz w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 16 pzp,

2.art. 353 1 k.c. i art. 58 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 632 S 1 k.c. w zw. z: art. 8 ust. 1 pzp, art. 99 ust. 1 i 4 pzp, art. 103 ust. 2 i 3 pzp, art. 433 pkt 1 i 3 pzp i art. 7 pkt 32 pzp

3.art. 16 pkt 1, 2 i 3 pzp oraz art. 17 ust. 2 pzp

Zamawiający stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia żadnego ze wskazanych powyżej przepisów. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż wszystkie z przedstawionych zarzutów sprowadzają się do kwestionowania zasadności jednego sformułowania SWZ zawartego w rozdziale XIII „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” ust. 9 0 treści „jak i ewentualne ryzyko ekonomiczne, wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy”, które w ocenie Zamawiającego jest zastosowane właściwie i zgodnie z przepisami pzp.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 podkreślił, że przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych i w takiej sytuacji przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (dalej PFU), który zawiera opis zadania budowlanego. Zakres i forma PFU określone zostały w § 15 — 20 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 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. z 2021 poz. 2454). Zamawiający uwzględnił w PFU wszystkie wymagane ww. aktem prawnym wymagania, czego Odwołujący nie kwestionuje, a zatem nie może być mowy o naruszeniu wymagań ustawy pzp odnośnie opisu przedmiotu zamówienia wynikających z art. 99 ust. 1 i 4 pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3. Opis przedmiotu zamówienia został dokonany z należytą starannością poprzez udostępnienie Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla przedmiotowego zadania jak i wzoru umowy oraz SWZ. Do jego opisania użyto standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej

branży. Co więcej Zamawiający nie wskazuje w postępowaniu żadnych znaków towarowych ani materiałów, do których dostęp byłby ograniczony. Według Zamawiającego nie można tu mówić o naruszeniu zasady równości konkurencji. Sam opis przedmiotu zamówienia jest sformułowany w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji, a zastosowane kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty umożliwiają wybór najbardziej wiarygodnego wykonawcy. Warunki stawiane wykonawcom zostały dostosowane do wielkości i specyfiki zamówienia oraz nie faworyzują żadnego z wykonawców. Jasno zostały określone zasady ubiegania się o udzielenie zamówienia. O ile zasada swobody umów wymaga zgody obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych - to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzić może do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO), m.in. wyrok KIO (...) sygn. akt KIO/UZP 80/07(...). Ryzyko ponoszone przez Wykonawcę realizującego zadanie w formule zaprojektuj i wybuduj przewyższa normalne ryzyko związane z wykonaniem robót na podstawie dokumentacji projektowej. Zawarcie każdej umowy: o prace projektowe, roboty budowlane, generalne wykonawstwo, podwykonawstwo itp. skutkuje przyjęciem na siebie przez każdą ze stron określonego ryzyka i odpowiedzialności. Wykonawca powinien wiedzieć, że składając ofertę w takiej formule musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyka i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę oferty. Trudno jednocześnie wymagać od Zamawiającego, aby wybierając formułę zaprojektuj i wybuduj przejmował na siebie całość ryzyka, w sytuacji, gdy ryzyka te mogą wystąpić na etapie projektowania, bądź być następstwem działań podejmowanych na etapie projektowania i być spowodowane działaniami Wykonawcy. Wykonawca jednocześnie realizując zamówienie w takiej formule ma szereg narzędzi pozwalających na niwelowanie ryzyk ekonomicznych, związanych z pewnym zakresem swobody, co do sposobu realizacji zamówienia. Jak słusznie zauważyła KIO „Skoro przedmiot zamówienia realizowany jest w systemie "zaprojektuj i buduj", to oznacza, że wszelkie elementy oferty odnoszące się do finalnego efektu, jaki zamierza osiągnąć zamawiający leżą po stronie wykonawcy, który na etapie szczegółowego projektowania oferowanego rozwiązania, w uzgodnieniu z zamawiającym będzie zobowiązany do przedstawienia takiego sposobu realizacji zamówienia, który będzie odpowiadał wszystkim wymaganiom zamawiającego i w końcowym efekcie wydane zostanie pozwolenie na budowę.” (... KIO 1020/13).

Zamawiający jednocześnie podał, że nie widzi związku zarzucanego naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 pzp oraz 103 ust. 2 i 3 z art. 281 ust. 1 pkt 16 pzp, który nakazuje zamieścić w treści SWZ sposób obliczania ceny, jednakże dotyczy trybów wskazanych w art. 275 pkt 1 i 2 pzp. Zamawiający jednocześnie pragnie zauważyć, iż postępowanie nie jest prowadzone w żadnym z trybów objętych dyspozycją ww. przepisu. Mając na uwadze, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zakres obligatoryjnej treści SWZ zawiera art. 134 pzp. Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazuje, iż SWZ zawiera wszystkie elementy wymagane przepisami pzp, Wykonawca kwestionuje natomiast jedynie treść jednego z postanowień SWZ.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 wskazał, że w SWZ i załącznikach do niej został ukształtowany stosunek prawny, którego ani treść ani cel nie sprzeciwiają się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zamawiający pragnie także zauważyć, iż bezzasadne jest podniesienie naruszenia art. 3531 i 58 k.c. w związku z art. 647, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu realizowana ma być nie tylko umowa o roboty budowlane, ale Wykonawca poprzedzi realizację takiej umowy wykonaniem projektu, tj. dzieła, a więc zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu mają także przepisy art. 627 i następnych k.c.. Odwołujący nie może zatem odnosić się wyłącznie do art. 647, w sytuacji, gdy wcześniej opracuje on dzieło tj. dokumentację projektową, której wymóg dostarczenia zgodnie z art. 647 k.c. spoczywa na inwestorze. Zamawiający pragnie jeszcze raz podkreślić, iż formuła "zaprojektuj i wybuduj" obliguje zainteresowanych wykonawców do odpowiedniego kalkulowania określonych kosztów w oparciu o wiedzę i doświadczenie profesjonalisty. Przyjmuje się założenie, że wykonawcy potrafią "z góry" przewidzieć, jakie prace będą wykonywać i jakie koszty będą związane z realizacją poszczególnych elementów ogólnie opisanego przedmiotu zamówienia, z odpowiednią kalkulacją ryzyk włącznie. Konsekwencją dla Zamawiającego są oczywiście wyższe ceny w składanych ofertach, ale również zminimalizowanie ryzyka wystąpienia utrudnień przy realizacji przedmiotu zamówienia związanych z ujawnieniem ewentualnych błędów projektowych. Ponadto z formułą "zaprojektuj i wybuduj" związana jest pewna swoboda co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający na etapie udzielania zamówienia nie ma zatem pełnej wiedzy, jakie rozwiązania techniczne przyjmie wybrany wykonawca. W związku z powyższym zamawiający nie dostrzega także związku wskazanych zarzutów z naruszeniem art. 632 k.c., który stanowi, iż „Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów

prac.” W ustalonej w analizowanym postępowaniu formule "zaprojektuj i wybuduj" charakterystycznym jest to, że to wykonawca w oparciu o podany przez Zamawiającego program funkcjonalno-użytkowy, który wskazuje jedynie na cele i efekty - opisuje szczegółowo przedmiot zamówienia. W takim przypadku zasadnym jest ustalenie przez Zamawiającego, iż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy - czyli stanowi pewną, nieprzekraczalną kwotę, za jaką wykonawca sporządzi dokumentację projektową i wybuduje drogę. Zgodnie z art. 632 S 1 k.c., jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Taki sposób określenia wynagrodzenia wiąże się oczywiście z większym ryzykiem dla wykonawcy, bowiem jeśli rozmiar prac będzie większy niż zakładany i trzeba będzie ponieść dodatkowe koszty, to nie będzie podstaw do żądania od zamawiającego ich zapłaty. Oznacza to, że wykonawcy, będący profesjonalistami w tej branży winni, mając na uwadze swoją wiedzę i doświadczenie, skalkulować w cenie oferty wszelkie ryzyka związane z należytą realizacją przedmiotu zamówienia. Wykonawca powinien zatem tak skalkulować cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym przez niego zysku. A zatem zarzut naruszenia art. 8 w zw. z ww. przepisami k.c. nie jest uzasadniony.

Nieuzasadniony jest także zarzut naruszenia ww. przepisów w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 oraz 103 ust. 2 i 3, a powody jego bezzasadności wskazano już w odniesieniu się do zarzutu nr 1. Podobnie nieuzasadniony jest zarzut naruszenia ww. przepisów k.c. w związku z art. 433 pkt 1 i 3 pzp bowiem Zamawiający nie zawarł w żadnym postanowieniu umownym zapisów dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie oraz odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Odwołujący nie zdołał odnieść się do żadnego zapisu umowy zawierającego wskazane klauzule zabronione, hipotetycznie wywodząc jedynie w uzasadnieniu odwołania, iż Wykonawca musiałby skalkulować ryzyko ich wystąpienia przy składaniu oferty. Twierdzenie takie jest w sposób oczywisty wewnętrznie sprzeczne, skoro bowiem Wykonawca nie był w stanie wskazać żadnego zapisu umowy naruszającego ww. przepis to nielogicznym jest twierdzenie, iż Wykonawca powinien skalkulować w ofercie ryzyka wynikające z ww. okoliczności tj. z postanowień umowy naruszających 433 pkt 1 i 3 pzp. Takie zapisy w umowie nie występują, co potwierdza brak kwestionowania przez Odwołującego jakiegokolwiek projektowanego postanowienia umowy.

Zamawiający podkreślił, że przywoływane w uzasadnieniu zarzutów orzecznictwo nie odnosi się do formuły zaprojektuj i wybuduj, która zgodnie z uznanym orzecznictwem KIO charakteryzuje się większym ryzykiem, niż pozostałe rodzaje zamówień (...) (KIO 493/13, KIO 1764/22) (...). (...) wskazano, iż „Przyjmując ustalony w sprawie stan faktyczny, zdaniem Izby brak jest podstaw do twierdzenia odwołującego, iż skarżony zakres dokumentacji postępowania uniemożliwia dokonanie prawidłowej wyceny oferty, dalej powodować może nieporównywalność złożonych ofert. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia fakt, iż przedmiotowa inwestycja jest prowadzona w systemie zaprojektuj i wybuduj, co ma rozstrzygające znaczenie dla oceny zarzutów odwołania. Formuła, jaką przyjął zamawiający niejako wymusza na wykonawcach zmobilizowanie maksymalnego zaangażowania w realizację zadania wywołaną koniecznością zdiagnozowania i zidentyfikowania ryzyk, ich zminimalizowania, w celu prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego. Odwołujący jako profesjonalista, posiadający odpowiednie doświadczenie oraz potencjał kadrowy, przy dołożeniu maksymalnej staranności, jest w stanie ustalić wszystkie te elementy, które mają wpływ na wycenę oferty. [...] Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż projektant przystępujący do wykonania zakresu swoich prac, poza dokumentacją przekazaną przez zamawiającego ma obowiązek zaznajomić się z innymi dokumentami i opracowaniami dotyczącymi danej inwestycji i ustalić w sposób maksymalnie dokładny, jakie prace i przy wykorzystaniu jakiej technologii, będą niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Tożsama sytuacja dotyczy wszystkich na obecnym etapie postępowania, każdy z wykonawców posiada taką samą wiedzę o zadaniu i warunkach jego realizowania, ale w oparciu o własne doświadczenie i profesjonalizm jest w stanie wypracować własne rozwiązania ustalone w oparciu o szeroko posiadaną znajomość przedmiotu rzeczy. Okoliczność, iż każdy z wykonawców może zinterpretować niektóre elementy w sposób odmienny wywołany jest właśnie przez formułę realizacji zamówienia, którą przyjął zamawiający, a ceny ofert muszą się różnić właśnie z tego względu. Zdaniem Izby, z toku prowadzonej rozprawy wynika, że odwołujący potrafi prawidłowo zidentyfikować ryzyka, jakie mogą wystąpić przy realizacji tego zadania, a co za tym idzie potrafi również je prawidłowo wycenić.”

Przerzucanie ryzyk powstających już po zawarciu umowy i związanych z wykonaniem projektu budowlanego na Wykonawcę w zakresie np. wykonania badań geologicznych i ich wyników, czy też identyfikacji kolizji z istniejącymi sieciami jest praktyką powszechnie stosowaną w formule zaprojektuj i wybuduj, które to rozwiązanie jest aprobowane w orzecznictwie KIO. Jak słusznie zauważyło KIO w wyroku (...) sygn. akt: KIO 856/19 „W ocenie składu orzekającego nie narusza przepisów ustawy i rozporządzenia wymóg stawiany przez zamawiającego w treści PFU wykonawcy prac projektowych dokonania badań geologicznych (rozpoznanie warunków gruntowo-wodnych) jako opracowania niezbędnego i wchodzącego w skład prac projektowych stanowiących część przedmiotu zamówienia. Ustalenie, że wykonawca opracowuje dokumentację geologiczno-inżynierską nie narusza przepisów prawa budowlanego co do

zakresu zadań projektanta, a reguła taka może być uznana za rutynową w postępowaniach w trybie "projektuj i buduj" tj. w każdym przypadku, gdy zamawiający nie dysponuje badaniami gruntu, to zlecając wykonanie projektu tym samym zleca przeprowadzenie badań geologicznych. Stąd twierdzenia o niezgodności z przepisami i oświadczenie o braku możliwości złożenia porównywalnych ofert nie mają uzasadnienia, jakkolwiek istotnie wymogi zamawiającego określające zakres prac wykonawcy, zwłaszcza na etapie przedprojektowym i projektowym rodzą znaczącą trudność w oszacowaniu ich wartości i potencjalnych ryzyk. W konsekwencji zarzut zostaje uznany za nieuzasadniony i nie potwierdzający naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa w treści programu funkcjonalno-użytkowego.

Powyższe ustalenie dotyczy również oceny zasadności drugiego zarzutu, dotyczącego kolizji z sieciami zewnętrznymi. Należy przyznać rację zamawiającemu, że w sprawie niniejszej kluczowe znaczenie ma okoliczność, iż inwestycja realizowana będzie w formule projektuj i buduj, a zgodnie z PFU to na wykonawcy będzie ciążył obowiązek zidentyfikowania na etapie projektowania wszystkich możliwych kolizji z istniejącą infrastrukturą, co jest naturalnym elementem prac projektowych. Wskazuje na to m.in. postanowienia PFU, że do wykonawcy należy do uzyskanie niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury oraz usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia. W związku z powyższym żądanie, by to zamawiający opisał i przedstawił wykonawcom wszystkie kolizje nie odpowiada wprost formule "projektuj i buduj". Niezależnie od powyższego można zauważyć, że sam zamawiający nie musi dysponować pełną wiedzą o istniejących na jego terenie sieciach i instalacjach, w tym należących do podmiotów trzecich, a ich udokumentowanie leży we właściwości odpowiednik podmiotów (właściwych jednostek) tworzących i udostępniających dokumentację z zasobu geodezyjno-kartograficznego.

W tym świetle twierdzenie o niemożności poprawnego skalkulowania ceny z omawianych przyczyn jest nieuzasadnione, a ewentualne ryzyka w tym zakresie dotyczyć mogą w takim samym zakresie wszystkich zainteresowanych wykonawców, a tym samym brak jest podstaw do twierdzeń o naruszeniu zasad z art. 7 ustawy pzp, w tym zasady równości."

Zgodnie z wyrokiem KIO (...) sygn. akt: KIO 1888/17 żądanie, by to zamawiający opisał wszystkie kolizje samo w sobie jest niezgodne z przyjętą formułą "projektuj i buduj". Niezależnie od powyższego można zauważyć, że sam zamawiający nie musi dysponować pełną wiedzą o istniejących na jego terenie sieciach i instalacjach podmiotów trzecich, co jest domena właściwych jednostek (instytucji) dysponujących zasobem geodezyjno-kartograficznym. W tym świetle twierdzenie o niemożności poprawnego skalkulowania ceny jest nieuzasadnione, a ewentualne ryzyka w tym zakresie dotyczyć mogą w takim samym zakresie wszystkich zainteresowanych wykonawców. Odnośnie zarzutu dotyczącego ryzyka związanego z niewłaściwym oszacowaniem zakresu prac wskazującego na fragment § 30 ust. 6 wzoru umowy istotne jest przypomnienie formuły przedmiotu zamówienia, zgodnie z którą to na wykonawcy będzie spoczywał obowiązek określenia zakresu prac niezbędnych do wykonania. Informacje zawarte w PFU mają charakter poglądowy, ogólny oraz stanowią opis oczekiwań zamawiającego względem realizowanej inwestycji. Usunięcie kwestionowanego przez odwołującego fragmentu z wzoru umowy może spowodować, iż zamawiający będzie ponosił konsekwencje związane z wykonaniem prac projektowych. W świetle powyższego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie." Jak wskazano w wyroku (...) sygn. akt: KIO 1883/16 „W przypadku ceny ryczałtowej, jaka została ustalona w tym postępowaniu prawidłowe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowi ryzyko wykonawcy. Oferta składana w postępowaniu w formule "zaprojektuj i wybuduj" nie odnosi się do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Ewentualne ryzyko, wynikające z braku możliwości dokonania dokładnego szacunku ceny ofertowej przez wykonawcę winno być uwzględnione przez wykonawców w cenie ryczałtowej i stanowi ich ryzyko."

Wymienione powyżej przykładowe okoliczności rodzą zatem ryzyko ekonomiczne jednakże ze względu na zastosowanie formuły zaprojektuj i wybuduj nie można ich przewidzieć w chwili zawierania umowy bowiem aktualizują się one dopiero na etapie prowadzenia prac projektowych, a więc już po zawarciu umowy. Jednocześnie zamawiający pragnie podkreślić, iż wystąpienie zróżnicowanych ryzyk wskazał chociażby w § 6 ust. 1 pkt 7, 20, 25, 26, 38, 45, 53 czy też § 6 ust. 10, jednakże mając na uwadze, iż zamówienie realizowane jest w formule zaprojektuj i wybuduj brak jest możliwości zidentyfikowania wszystkich możliwych ryzyk ekonomicznych, w szczególności uwzględniając fakt, iż ryzyka takie mogą wynikać z opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej, która jest przecież także przedmiotem zamówienia, jak również mogą wynikać z działań wykonawcy podczas realizacji robót. Podkreślić należy również, iż Zamawiający przewidział w umowie szereg mechanizmów pozwalających na zniwelowanie ryzyka ekonomicznego poprzez wprowadzenie w § 17 projektowanych postanowień umowy przesłanek zmian umowy, w tym również zasad waloryzacji wynagrodzenia. Żaden ze wskazanych w projekcie umowy zapisów nie został zakwestionowany w złożonym odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 wskazał, że w związku z brakiem naruszeń przepisów wskazanych w zarzutach nr 1 i 2 nie jest możliwe stwierdzenie naruszenia art. 16 i art. 17 ust. 2 pzp. Zamawiający pragnie podkreślić, iż kwestionowane postanowienie SWZ jest tożsame dla wszystkich wykonawców, zatem brak jest uzasadnienia dla

zarzutu nieporównywalności ofert. Przyjęcie ryzyka jest uzasadnione w przypadku formuły zaprojektuj i wybuduj, gdy wykonawcy mogą przyjąć różną koncepcję co do realizowanego obiektu (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r. KIO 18/23). Dodać należy, iż w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11, wskazano, że: „warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę.” Podobnie wskazała KIO w wyroku z dnia 25 października 2018 r. sygn. akt: KIO 2068/18 „Zgodnie z art. 353 1 k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość essentialia i incidentalia negotii umowy, przygotowując własną SWZ. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego co jest jego fundamentalnym uprawnieniem - w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia. Wykonawca nie może zatem kwestionować treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) tylko dlatego, że uważa, iż SWZ mogłaby zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy lub została sformułowana mniej korzystniej dla niego. W ramach swobody umów zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy czy też postanowieniach SWZ, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Co więcej, to Zamawiający, a nie Wykonawca określa warunki zamówienia, w tym również opis sposobu obliczenia ceny. Wykonawca ponosi skutki swoich działań (np. obliczenia ceny swojej oferty) i zaniechań (np. niezwrócenie się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ). Wykonawca oblicza cenę swojej oferty przede wszystkim na podstawie opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu obliczenia ceny, a także warunków realizacji zamówienia. Jednak przede wszystkim wykonawca racjonalnie działający oblicza cenę oferty na podstawie cen rynkowych. Zmiany cen rynkowych, zwłaszcza nieprzewidywalne, co do zasady także obciążają wykonawcę. W żadnym wypadku wykonawca nie oblicza ceny swojej oferty na podstawie ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia. Takie działanie byłoby niedorzeczne i kłóciłoby się ze zdrowym rozsądkiem. Należy podkreślić, że wykonawca w ramach przedmiotowego zadania (w formule zaprojektuj i wybuduj) zobowiązany będzie do wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia a także m.in. zgodnie z dokumentacją projektową sporządzoną przez Wykonawcę i zaakceptowaną przez Zamawiającego, za której zmiany w trakcie realizacji zadania ryzyko ponosił będzie Wykonawca.

Podsumowując stwierdził, że zmiana treści SWZ w sposób wnioskowany przez Odwołującego doprowadziłaby do rozbieżności i wzajemnej sprzeczności dokumentów zamówienia. Wykonawca zakwestionował jedynie zapis zawarty w części XIII ust. 9 SWZ, jednakże nie odniósł się w żaden sposób do informacji, zawartej na stronie 35 PFU, zgodnie z którą „W celu oszacowania i wyceny zakresu robót dla potrzeb sporządzenia oferty należy kierować się: Wynikami szczegółowych wizji terenowych i inwentaryzacji własnych, Wynikami badań i pomiarów własnych, Wynikami opracowań własnych, Zapisami niniejszego Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Wykonawca musi liczyć się z sytuacją, że rodzaje robót i ilości wyszczególnione w Programu Funkcjonalno-Użytkowego są orientacyjne i mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej. Szczegółowe rozwiązania wpływające na zwiększenie zakresu robót stanowią ryzyko Wykonawcy i nie będą traktowane jako roboty dodatkowe. W trakcie szacunkowej wyceny Wykonawca winien mieć świadomość wysokiego stopnia złożoności, rozmiarów i wymogów przedmiotu zamówienia i że wartość umowy obejmuje wszelkie dodatkowe koszty, które mogą być związane z wypełnianiem przez Wykonawcę warunków i wymogów wynikających z umowy. Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności wobec Wykonawcy za jakiegokolwiek warunki, przeszkody czy okoliczności, które mogą mieć wpływ na wykonanie przedmiotu umowy i uważa, że wartość robót określona w WWER (wyceniony wykaz elementów rozliczeniowych) oraz ofercie jest prawidłowa i wystarczająca na pokrycie wszystkich spraw oraz rzeczy koniecznych do wykonania jego obowiązków wynikających z wykonania przedmiotu zamówienia i że Wykonawcy nie przysługuje żadna dodatkowa zapłata z powodu braku zrozumienia czy krótkowzroczności w odniesieniu do takich spraw lub rzeczy po stronie Wykonawcy. Wszelkie opłaty, kary i odszkodowania dla osób trzecich związane z realizacją przedmiotu zamówienia obciążą Wykonawcę.” Informacja, co do ponoszenia przez Wykonawcę ryzyka ekonomicznych mogących powstać po podpisaniu umowy i na skutek okoliczności

w niej nieprzewidzianych wynika zatem także z PFU, przy czym nie została ona zakwestionowana przez Wykonawcę w odwołaniu. Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z art. 555 KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a więc zgłoszenie zarzutu co do powyższego zapisu nie może już być skuteczne.

**Odwołujący** w piśmie procesowym z dnia 21/09/2023 podał w szczególności:

(....)

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie odwołujący nie kwestionuje ustalonego w postępowaniu charakteru wynagrodzenia. Nie kwestionuje też innych postanowień dokumentacji zamówienia, ani warunków przyszłej umowy. Niezrozumiałe są więc wywody Zamawiającego, w których uzasadnia wniosek o oddalenie odwołania powołując się na należyte przygotowanie dokumentu PFU. Odwołujący nie kwestionuje postanowień PFU, więc obszerny wywód Zamawiającego w tym zakresie, w tym powołany wyrok KIO z 17.01.2008r. KIO/UZP 80/07 nie odnoszą się do zarzutów odwołania, a tym samym należy je uznać za zbędne.

Odwołujący nie polemizuje też z wyborem formuły zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”. Reguły obowiązujące w tego rodzaju postępowaniach są mu znane. Odwołujący jest wykonawcą robót budowlanych w zakresie szeroko rozumianej infrastruktury transportowej. W ciągu kilkudziesięciu lat prowadzonej w Polsce działalności zrealizował z powodzeniem szereg inwestycji w formule zaprojektuj i wybuduj, w związku z tym znane są mu zasady kalkulacji ceny ryczałtowej, w tym też konieczność uwzględnienia w tej cenie ryzyk związanych z koniecznością osiągnięcia założonego przez zamawiającego rezultatu – tutaj: zaprojektowanie i rozbudowa drogi. W odwołaniu nie chodzi o kwestionowanie specyfiki wynagrodzenia ryczałtowego. Wykonawca ma świadomość, że zgodnie z art. 632 § 1 k.c. nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy (w momencie złożenia oferty) nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Przedmiotem zaskarżenia odwołania są wytyczne co do sposobu obliczenia ceny zawarte w ust. 9 części XIII SWZ IDW, w których Zamawiający wskazał, że: *Cenę oferty należy obliczyć jako cenę ryczałtową uwzględniając zakres zamówienia określony w dokumentacji przetargowej, koszty robót tymczasowych i towarzyszących oraz wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia jak i ewentualne ryzyko ekonomiczne, wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy*. Z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający nie dostrzega różnicy pomiędzy ryzykami, które wynikają z wybranej formuły zamówienia i ustalonego rodzaju wynagrodzenia (ryczałtu) a ryzykami, których skalkulowania wymaga w niniejszym postępowaniu. Jak wyżej wskazano przepis art. 632 § 1 k.c. zawiera dyrektywę sposobu kalkulacji ryczałtu, która uniemożliwia zmianę wynagrodzenia (podwyższenie) chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko przyjmującego zamówienie odnosi się zgodnie z regulacją ustawową do rozmiaru lub kosztów prac, a nie jak tego oczekuje Zamawiający wszelkie okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy. Odwołujący konsekwentnie wskazuje, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego, według przepisu art. 632 § 1 k.c. wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. To samo dotyczy kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia. Chodzi tu o sytuacje, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją zamówienia powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich wprost nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. O ile więc Zamawiając ma prawo oczekiwać od wykonawców ujęcia w cenie oferty ryzyk związanych z brakiem możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia wobec niemożności dokładnego ustalenia rozmiaru lub kosztów prac, o tyle nie ma uzasadnienia żądanie, aby w cenie oferty ująć ryzyko wszelkich okoliczności niemożliwych do przewidzenia. Potwierdza to przywołane w odwołanie orzecznictwo oraz poglądy doktryny. W tym zakresie warto również wskazać na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 sierpnia 2020 r. (sygn. akt VII Aga 158/20: „Określenie w umowie o roboty budowlane wynagrodzenia wykonawcy jako ryczałtowego miało swoje prawne konsekwencje. Zgodnie z treścią art. 632 § 1 k.c., który w drodze analogii znajduje zastosowanie do umowy o roboty budowlane, jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zasada niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego nie ma jednak charakteru absolutnego i może zostać przełamana nie tylko w sytuacji wprost uregulowanej w art. 632 § 2 k.c. Umowa o roboty budowlane należy do umów wzajemnych, zatem ekwiwalentność świadczeń wykonawcy i inwestora należy do właściwości (natury) stosunku prawnego wynikającego z takiej umowy. Oznacza to, że umówione wynagrodzenie zależy się za wykonanie określonych umową robót budowlanych. Jeżeli zatem zajdą zdarzenia powodujące zmianę zakresu wykonywanych prac objętych umową, to może to uzasadniać odpowiednią modyfikację wynagrodzenia ryczałtowego, aby przywrócić ekwiwalentność świadczeń. W modelu wynagrodzenia ryczałtowego to przyjmujący zamówienie (wykonawca) przyjmuje na siebie gospodarcze ryzyko wzrostu cen materiałów, stawek robocizny i innych kosztów niezbędnych do wykonania umowy, jak również ryzyko wynikające z konieczności wykonania prac, których nie

przewidział, jednakże w zakresie, który wynika z zawartej umowy. W konkretnej sprawie wymagana jest zatem ocena, czy dochodzone wynagrodzenie odnosi się do prac wchodzących w skład przedmiotu umowy, czy też wykraczających poza ten przedmiot, np. z uwagi na zmianę zakresu robót, czasu ich wykonania, czy też technologii. Zasady te znajdują zastosowanie również w przypadku umów, które podlegają rygorom prawa zamówień publicznych”.

Jak wynika z powyższego przepisy dotyczące niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego odnoszą się wyłącznie do ryzyk związanych z „rozmiarem i kosztem prac”. Nie ma racji Zamawiający twierdząc, że ryczałt obejmuje ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wyniknąć z niezidentyfikowanych, niemożliwych do przewidzenia okoliczności. Żądając skalkulowania w cenie oferty skutków wystąpienia okoliczności niemożliwych do przewidzenia, Zamawiający oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania nieokreślonych ryzyk. Każdy z wykonawców będzie ryzyka te identyfikować w inny sposób, ponieważ katalog okoliczności jest niepoliczalny i niemierzalny. Kalkulacja nieprzewidywalnych ryzyk może się opierać wyłącznie na spekulacjach. W realiach niniejszego postępowania wykonawcy, nie będą w stanie oszacować ceny oferty w rzetelny sposób, co doprowadzi do nieporównywalności ofert, a tym samym do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Żądanie ujęcia w kalkulacji okoliczności niemożliwych do przewidzenia nie jest w jakikolwiek sposób uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Jediną potrzebą, jaką ujawnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jest obarczenie wykonawców wszelkimi ryzykami realizacji zamówienia, w tym też ryzykiem nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, również z racji jego obowiązków jako gospodarza postępowania i ciążącego na nim obowiązku ustalenia warunków zamówienia i jego opisu w sposób jednoznaczny, uwzględniając wszystkie wymogi jakie mogą mieć wpływ na cenę ofert. W niniejszym postępowaniu Zamawiający obowiązkowi tym nie podołał. Powtarzając za Zamawiającym, Odwołujący „wie, że składając ofertę w takiej formule musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyka i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę oferty”. Wykonawca zamierza profesjonalnie i rzetelnie skalkulować ofertę przetargową, z uwzględnieniem ryzyk związanych zarówno z formułą zaprojektuj i wybuduj jak i ryczałtem. Z tego też powodu kwestionuje komentowane postanowienie SWZ jako niezgodne z przepisami przywołanymi w zarzutach i uniemożliwiające złożenie przez wykonawców konkurencyjnych i porównywalnych ofert. Należy podkreślić, że podwyższony zakres ryzyka, jakiego może oczekiwać zamawiający od wykonawców nie charakteru absolutnego. Jest ograniczony m. in. ryzykami wskazanymi w przywołanym wyżej przepisie art. 632 § 1 k.c. Za słusznością zarzutów Odwołującego w powyższym zakresie przemawia orzecznictwo Izby. W wyroku KIO z 10 maja 2019 r. (KIO 693/19) wskazano, że „ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Jednakże zasada swobody zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. Ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353 (1) KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim niezajdujące odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych, czy brak ekwiwalentności świadczeń”. Z kolei w wyroku z 21 sierpnia 2020r. (KIO 1625/20) Izba wskazała, że „co prawda w przypadku postanowień umowy w sprawach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje Zamawiający, co do zasady przeważa nad interesem wykonawców, a ryzyko Zamawiającego uznaje się za przewyższające normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej występujące w przypadku umów zawieranych między dwoma przedsiębiorcami, niemniej nie oznacza to, że swoboda Zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych jest nieograniczona. Jak podnosi się w orzecznictwie ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353(1) k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c. (por. m.in. wyrok KIO z dnia 10 maja 2019 r., sygn. akt KIO 693/19). Postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego podlegają ocenie co do zgodności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować oraz zgodności z zasadami współżycia społecznego, a ocena taka dokonywana jest w szczególności przez pryzmat rozkładu ryzyk kontraktowych, ekwiwalentności świadczeń czy proporcjonalności uprawnień zamawiającego w stosunku do rzeczywistej potrzeby ochrony jego interesów”

Odwołujący nie rozumie powołanych w odpowiedzi na odwołanie wywodów dotyczących warunków stawianych wykonawcom i zasad ubiegania się o udzielenie zamówienia, nie są one w żaden sposób kwestionowane. Nie korespondują też z zarzutami odwołania obszernie cytowane przez Zamawiającego w odpowiedzi orzeczenia tut. Izby dot. m. in. warunków gruntowych czy kolizji. Raz jeszcze należy powtórzyć, że odwołujący kwestionuje wyłącznie postanowienie SWZ w części, w której Zamawiający zawarł wymóg kalkulacji ewentualnego ryzyka ekonomicznego, wynikającego z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy. Polemiki wymagają też wywody

Zamawiającego, w których zarzuca odwołującemu, że nie zakwestionował postanowień PFU – str. 35. Odwołujący konsekwentnie wskazuje, że nie kwestionuje formuły zaprojektuj i wybuduj ani wyboru przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, do których odnoszą się postanowienia PFU, stąd też nie odnoszą się do nich zarzuty odwołania. W kontekście przedstawionych wyżej wyjaśnień, stanowczej krytyki wymaga postawiona przez Zamawiającego teza, że: „W ramach swobody umów zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy czy też postanowieniach SWZ, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach” – vide: str. 10 odpowiedzi na odwołanie. Wydawać by się mogło, że w interesie Zamawiającego winno być uzyskanie w postępowaniu jak największej ilości konkurencyjnych ofert, tak aby dążyć do zapewnienia oszczędności wydatkowania środków publicznych. Z treści komentowanej odpowiedzi wynika jednak, że ponad interes publiczny Zamawiający przedkłada potrzebę uzyskania ofert uwzględniających to, co niemożliwe do uwzględnienia.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Przedmiotem zaskarżenia w niniejszym postępowaniu jest postanowienie części XIII ust. 9 SWZ IDW „Opis sposobu obliczenia ceny” w zakresie wymogu, by wykonawcy przewidzieli w ofercie przetargowej ryzyko ekonomiczne okoliczności nieprzewidywalnych.

Zdaniem wykonawcy przedmiot zamówienia, a tym samym przedmiot przyszłej umowy o wykonanie zamówienia publicznego został opisany m. in. w PFU i warunkach przyszłej umowy, przy czym w żadnym z postanowień dokumentów zamówienia Zamawiający nie wskazał, jakie ewentualnie okoliczności należałoby uwzględnić w ryzyku ekonomicznym ceny oferty. Tym samym uzasadnia to wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp jak i przepisów ustawy – Kodeks cywilny.

W odniesieniu do podnoszonego naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp oraz w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 16 Pzp, Izba zgodziła się z Zamawiającym, że Odwołujący *de facto* nie wykazuje naruszenia wymagań ustawy Pzp odnośnie opisu przedmiotu zamówienia wynikających ze wskazanych przepisów.

W myśl wskazanego art. 99 ust. 1 i 4 Pzp:

*„1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

(...)

*4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.”*

Z kolei wskazany art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stanowi: (...)

*„2. Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.*

*3. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne.”*

Wykonawcom został udostępniony Program Funkcjonalno-Użytkowy dla przedmiotowego zadania jak i wzór umowy oraz SWZ, których postanowienia za wyjątkiem jednego elementu SWZ (w ust. 9 pkt XIII) nie są kwestionowane. Ponadto Zamawiający słusznie zauważył brak związku zarzucanego naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz 103 ust. 2 i 3 z art. 281 ust. 1 pkt 16 Pzp, który nakazuje zamieścić w treści SWZ sposób obliczania ceny, jednakże dotyczy trybów wskazanych w art. 275 pkt 1 i 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 353 (1) k.c. i art. 58 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 632 § 1 k.c. w zw. z: art. 8 ust. 1 Pzp, art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, art. 103 ust. 2 i 3 Pzp, art. 433 pkt 1 i 3 Pzp i art. 7 pkt 32 Pzp Izba stwierdza, że zarzut ten w kontekście podnoszonej argumentacji nie podlega uwzględnieniu. W tym przypadku wykonawca wskazał na przekroczenie granic swobody wobec sformułowanego postanowienia w opisie sposobu obliczenia ceny i „*ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do opisanego sposobu obliczenia ceny, a tym samym wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób stanowiący nadużycie prawa i naruszający równowagę stron w zakresie, w jakim Zamawiający nakazuje uwzględnić w cenie oferty/wynagrodzeniu ryzyko ekonomiczne, wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy w kontekście wskazanych przepisów nie podlega uwzględnieniu*”.

W odniesieniu do kwestionowanego postanowienia SWZ Izba stwierdza, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że w dokumentacji nie wskazano na możliwe ryzyka ekonomiczne. W tym przypadku zgodziła się z Zamawiającym, że projekt umowy wymienia przykładowe okoliczności, które „rodzą” związane z nimi ryzyka ekonomiczne, a których wystąpienia ze względu na zastosowanie formuły „zaprojektuj i wybuduj” nie można wprost przewidzieć w chwili zawierania umowy, albowiem mogą się aktualizować po zawarciu umowy, na etapie prowadzenia

prac projektowych i na etapie realizacji umowy.

Izba także zauważa, że Zamawiający wystąpienie takich zróżnicowanych możliwych ryzyk wskazał chociażby w § 6 ust. 1 pkt 7, 20, 25, 26, 38, 45, 53 czy też § 6 ust. 10. Zgodnie z tymi postanowieniami projektu umowy: (...)

*I. Wykonawca zobowiązany jest w szczególności do:*

(...)

*7) wykonania także innych opracowań niż wymienione w treści niniejszej umowy, które Okażą się niezbędne do realizacji zamierzonej przez Zamawiającego inwestycji i które będą wynikały z przyjętych rozwiązań projektowych, bądź z obowiązujących przepisów prawa w tym zakresie.*

(...)

*20) w trakcie wykonywania wykopów zwrócenia szczególnej uwagi na ewentualne niezainwentaryzowane uzbrojenie podziemne (w miejscach skrzyżowań z istniejącym uzbrojeniem podziemnym należy wykonać wykopy kontrolne dla dokładnego ustalenia położenia tego uzbrojenia. roboty ziemne i montażowe w miejscach skrzyżowań z istniejącą infrastrukturą podziemną należy wykonywać ręcznie szczególną ostrożnością i pod nadzorem użytkownika/właściciela uzbrojenia. w przypadku uszkodzeń z winy Wykonawcy Wykonawca naprawi je na własny koszt).*

(...)

*25) usuwanie kolizji z istniejącą infrastrukturą wynikłych przy realizacji zamówienia w związku z niewłaściwym wykonywaniem robót lub błędów Wykonawcy,*

*26) w przypadku ewentualnych roszczeń odszkodowawczych administratorów i zarządców 7A zniszczenie dróg i ulic oraz właścicieli działek za zniszczenie ich mienia, Wykonawca jest zobowiązany do ich naprawy na własny koszt,*

(...)

*38) ponoszenia pełnej odpowiedzialności za szkody oraz następstwa nieszczęśliwych wypadków pracowników i osób trzecich. powstałe w związku z prowadzonymi robotami. 39) dostarczenia niezbędnych dokumentów potwierdzających parametry techniczne oraz wymagane normy stosowanych materiałów i urządzeń, w tym np. wyników oraz protokołów badań. sprawozdań i prób dotyczących realizowanego przedmiotu niniejszej umowy.*

(...)

*45) wykonywania niezbędnych pomiarów i badań. w tym na żądanie Zamawiającego w przypadku uzasadnionych wątpliwości co do materiałów, technologii wykonywanych przez Wykonawcę robót,*

(...)

*53) ponoszenia wyłącznej odpowiedzialności za wszelkie szkody będące następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, które to szkody Wykonawca zobowiązuje się pokryć w pełnej wysokości,*

(...)

*10. Wyliczenie obowiązków Wykonawcy zawarte w ust. 1-9 niniejszego paragrafu nie ma charakteru zupełnego, nie wyczerpuje zakresu zobowiązań Wykonawcy wynikającego z niniejszej umowy i nie może stanowić podstawy do odmowy wykonania przez Wykonawcę czynności nie wymienionych wprost w niniejszej umowie, a niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu umowy”.*

Wskazane postanowienia nie zostały w odwołaniu zakwestionowane. Natomiast kwestionowany jest ust. 9 w pkt XIII w myśl którego: „Cenę oferty należy obliczyć jako cenę ryczałtową uwzględniając zakres zamówienia określony w dokumentacji przetargowej, koszty robót tymczasowych i towarzyszących oraz wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia jak i ewentualne ryzyko ekonomiczne, wynikające z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy”.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, na niekwestionowany w odwołaniu ust.3 w pkt XIII w myśl którego: „3.Cena oferty brutto jest ceną ostateczną obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia zgodnie z dokumentacją zamówienia tj. w szczególności PFU, SWZ, Projektowanych postanowień umowy. W cenie należy ująć wszystkie nakłady konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia”.

Izba zwraca także uwagę, jak słusznie zauważył Zamawiający, że wykonawca zakwestionował jedno z postanowień w części XIII ust. 9 SWZ, jednakże nie odniósł się w żaden sposób do informacji, zawartej na stronie 35 PFU, zgodnie z którą „W celu oszacowania i wyceny zakresu robót dla potrzeb sporządzenia oferty należy kierować się: Wynikami szczegółowych wizji terenowych i inwentaryzacji własnych, Wynikami badań i pomiarów własnych, Wynikami opracowań własnych, Zapisami niniejszego Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Wykonawca musi liczyć się z sytuacją, że rodzaje robót i ilości wyszczególnione w Programu Funkcjonalno-Użytkowego są orientacyjne i mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej. Szczegółowe rozwiązania wpływające na zwiększenie zakresu robót stanowią ryzyko Wykonawcy i nie będą traktowane jako roboty dodatkowe. W trakcie szacunkowej wyceny Wykonawca winien mieć świadomość wysokiego stopnia złożoności, rozmiarów i wymogów przedmiotu zamówienia i że wartość umowy obejmuje wszelkie dodatkowe koszty, które mogą być związane z wypełnianiem przez Wykonawcę warunków i wymogów wynikających z umowy. Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności wobec Wykonawcy za jakiegokolwiek warunki,

*przeszkody czy okoliczności, które mogą mieć wpływ na wykonanie przedmiotu umowy i uważa, że wartość robót określona w WWER (wyceniony wykaz elementów rozliczeniowych) oraz ofercie jest prawidłowa i wystarczająca na pokrycie wszystkich spraw oraz rzeczy koniecznych do wykonania jego obowiązków wynikających z wykonania przedmiotu zamówienia i że Wykonawcy nie przysługuje żadna dodatkowa zapłata z powodu braku zrozumienia czy krótkowzroczności w odniesieniu do takich spraw lub rzeczy po stronie Wykonawcy. Wszelkie opłaty, kary i odszkodowania dla osób trzecich związane z realizacją przedmiotu zamówienia obciążają Wykonawcę.”*

Informacja, co do ponoszenia przez Wykonawcę ryzyk ekonomicznych mogących powstać po podpisaniu umowy i na skutek okoliczności w niej nieprzewidzianych wynika zatem także z PFU, przy czym to postanowienie nie zostało zakwestionowane w odwołaniu.

Powołany w zakresie tego zarzutu art. 433 pkt 1 i 3 Pzp stanowi:

„Art. 433. *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:*

1) *odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;*  
(...)

3) *odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający; (...)*

Wykonawca w tym przypadku nie wskazał, które postanowienia projektu umowy naruszają wskazany przepis. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania twierdzeń Zamawiającego, że ten nie zawarł w żadnym postanowieniu umownym zapisów dotyczących odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie oraz odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Odwołujący nie wskazał bowiem żadnego postanowienia umowy zawierającego wskazane klauzule zabronione, hipotetycznie wywodząc jedynie w uzasadnieniu odwołania, że wykonawca musiałby skalkulować ryzyko ich wystąpienia przy składaniu oferty. Tym samym trudno byłoby zgodzić się z twierdzeniem wykonawcy, że Zamawiający co do ryzyk ekonomicznych wymagałby skalkulowania w ofercie ryzyka wynikającego z okoliczności naruszających art. 433 pkt 1 i 3 Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że powyższe ustalenia nie pozwalają uznać, że kwestionowane postanowienie co do uwzględnienia w cenie oferty *ryzyk ekonomicznych, wynikających „z okoliczności, których nie można przewidzieć w chwili zawierania umowy”* naruszają wymienione w odwołaniu przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

W konsekwencji także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, które to przepisy związane są z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący bowiem nie wykazał, aby sporne postanowienie potwierdzało, że Zamawiający zaniechał przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności, że opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z powołanymi przepisami, co uniemożliwia wykonawcom złożenie porównywalnych ofert. Kwestionowane postanowienie SWZ jest tożsame dla wszystkich wykonawców, zatem brak jest uzasadnienia dla zarzutu nieporównywalności ofert, a przyjęcie zróżnicowanych ryzyk jest uzasadnione w przypadku formuły „zaprojektuj i wybuduj”, gdy wykonawcy mogą przyjąć różną koncepcję co do realizowanego obiektu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....