

Sygn. akt: KIO 1598/25, KIO 1612/25

WYROK
z dnia 26 maja 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 maja 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 i 25 kwietnia 2025 roku** przez wykonawcę **Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu z siedzibą w Wałbrzychu**

orzeka:

1. umarza w części postępowanie odwoławcze KIO 1612/25 w zakresie zarzutu nr V,
2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;
3. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim**,
w następujący sposób:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisów od odwołań, kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy dwustu złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach oraz kwotę **214 zł 65 gr** (słownie: dwustu czternastu złotych sześćdziesięciu pięciu groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:

.....

KIO 1598/25, KIO 1612/25

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Wałbrzych – Miasto na Prawach Powiatu z siedzibą w Wałbrzychu prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym - przetarg nieograniczony, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”)
pn. <<Pełnienie czynności zastępstwa inwestycyjnego: "Adaptacja na cele muzealne obiektu sortowni i wagi kolejowej z łącznikiem w zabytkowym kompleksie dawnej KWK Julia w Wałbrzychu (...)">> oraz <<Pełnienie funkcji inwestora zastępczego na zadaniu inwestycyjnym „Budowa zbiornika retencyjno-rozsączającego przy ul. Beethovena w Wałbrzychu”>>. Ogłoszenia o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr S: 73/2025 w dniu 14 kwietnia 2025 roku oraz nr : 78/2025 - 259302-2025 w dniu 22 kwietnia 2025 roku.

W dniach 24 i 25 kwietnia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp odwołania w prowadzonych postępowaniach złożył wykonawca Biuro Inżynierskie Via Regia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieńcu Wrocławskim, dalej jako „Odwołujący”.

Termin na złożenie odwołań został zatem zachowany. Odwołujący uścił wpis od odwołań w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołań została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołania wniesiono wobec następujących czynności:

I. niezgodnej z przepisami art. 16, w związku z art. 240 ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na sformułowaniu w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu – sekcja 5.1.6, sekcja 5.1.10 oraz SWZ – dział III ust. 7, dział XII ust. 5 pkt 7) oraz dział XVII

i Załącznik nr 1 do SWZ Formularz oferty – pkt. 2.1 - niejednoznacznego, niejasnego

i subiektywnego pozacenowego kryterium oceny ofert pod nazwą *Analiza ryzyka*, co uniemożliwia dokonanie wyboru

najkorzystniejszej oferty, który byłby zgodny z zasadami zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, a także w ogóle uniemożliwia obiektywne porównanie ofert;

II.nie zgodnej z przepisami art. 16 w związku z art. 240 ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na przyjęciu w ogłoszeniu o zamówieniu – Sekcja 5.1.6 oraz

w dziale III ust. 7 SWZ i w dziale XVII SWZ niewłaściwego założenia, jakoby brak złożenia przez wykonawcę dokumentu „Analiza ryzyka” lub uzyskanie przez ofertę w ramach tego kryterium „średnio mniej, niż 50% możliwych do uzyskania punktów (20 pkt)”, miało skutkować odrzuceniem oferty z uwagi na niezgodność z SWZ - zamiast konsekwencji w postaci braku przyznania punktów w rzeczonym kryterium oceny ofert (brak dokumentu), bądź przyznania jej mniejszej, odpowiedniej (do 20) liczby punktów. Zapis ten w powiązaniu z nieostrym sformułowaniem kryterium *Analiza ryzyka*, stanowi podstawę do nadużyć i arbitralnego odrzucania ofert;

III.nie zgodnych z przepisami art. 7 pkt 32), w związku z art. 99 ust. 1, w związku z art. 134 ust. 1 pkt 17), w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 353[1] KC, w związku z art. 473 KC - postanowień działu XIII ust. 3 SWZ i § 11 ust. 2 Projektu umowy – załącznika nr 8 do SWZ, które zawierają założenie o niezmiennym wynagrodzeniu ryczałtowym także

w odniesieniu do świadczenia usługi nadzoru nad robotami „wynikającymi ze zmian umów zawartych przez Zamawiającego z Wykonawcami robót, dopuszczonych w tych umowach, o ile takie wystąpią”, co stanowi naruszenie zasady odpłatności zamówienia, czyni niemożliwym adekwatną kalkulację ceny ofertowej, narusza wymogi ustawy Pzp w zakresie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wyliczenia ceny i narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy KC w zakresie oznaczenia ryzyka umownego (KIO 1598/25);

IV.nie zgodnych z przepisami art. 7 pkt 32), w związku z art. 99 ust. 1, w związku z art. 134 ust. 1 pkt 17), w związku z art. 434, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 353[1] KC, w związku z art. 473 KC - postanowień działu XIII ust. 3 SWZ i § 11 ust. 3,

w związku z § 10 ust. 2 i 3 Projektu umowy – załącznika nr 8 do SWZ, które zawierają założenie o niezmiennym wynagrodzeniu ryczałtowym także w odniesieniu do świadczenia usługi nadzoru w ewentualnie wydłużonym czasie wykonywania robót budowlanych i które to wydłużenie czasu świadczenia usług nadzoru nie jest w żaden sposób ograniczone, co stanowi naruszenie zasady odpłatności zamówienia, czyni niemożliwym adekwatną kalkulację ceny ofertowej, narusza wymogi ustawy Pzp w zakresie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wyliczenia ceny narusza wymogi ustawy Pzp

w zakresie zawierania umowy o zamówienie wyłącznie na czas oznaczony i narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy KC w zakresie oznaczenia ryzyka umownego (KIO 1598/25);

V.nie zgodnych z przepisami art. 7 pkt 32), w związku z art. 99 ust. 1, w związku z art. 134 ust. 1 pkt 17), w związku z art. 434, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 353[1] KC, w związku z art. 473 KC – postanowień sekcji 5.1.6 ogłoszenia o zamówieniu, działu V i XIII ust. 3 SWZ oraz § 3 Projektu umowy, które zawierają opis terminu realizacji zamówienia w sposób nieoznaczony, bez wskazania maksymalnego czasu trwania realizacji, co w szczególności uniemożliwia Odwołującemu i innym wykonawcom należyłą kalkulację ceny ofertowej i jednocześnie stanowi naruszenie zasady odpłatności zamówienia, narusza wymogi ustawy Pzp w zakresie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wyliczenia ceny i narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy KC w zakresie oznaczenia ryzyka umownego, godzi w kodeksową zasadę swobody umów (KIO 1612/25).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1.art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i zasady adekwatności, w wyniku nieprawidłowych działań i zaniechań jak niżej:

2.art. 240 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na przyjęciu kryterium *Analiza ryzyka*, które jest niejasne i pozwala na subiektywną ocenę ofert przez Zamawiającego, co prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców;

3.art. 240 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na użyciu

w opisie kryterium *Analiza ryzyka* zwrotów nieostrych, co prowadzi do braku możliwości obiektywnego porównania ofert w tymże kryterium i daje Zamawiającemu możliwość arbitralnego przyznawania punktów w tymże kryterium;

4.art. 240 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu niewłaściwego skutku niezłożenia przez wykonawców dokumentu *Analiza ryzyka* lub osiągnięcia w tym kryterium „średnio mniej, niż 50% możliwych do uzyskania punktów (20 pkt)” – jako odrzucenia oferty na skutek jej rzekomej niezgodności z SWZ, podczas gdy te okoliczności winny wiązać się co najwyżej z brakiem przyznania punktów w rzeczonym kryterium. Zapis ten w powiązaniu z opisanym powyżej nieostrym sformułowaniem kryterium *Analiza ryzyka*, stanowi podstawę do nadużyć i arbitralnego odrzucania ofert;

5.art. 7 pkt 32), w związku z art. 99 ust. 1, w związku z art. 134 ust. 1 pkt 17), w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w

związku z art. 353 [1] KC oraz w związku z art. 473 KC, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, polegające na przyjęciu niezmiennego wynagrodzenia ryczałtowego za świadczenie usługi nadzoru nad robotami dla niedającego się określić przedmiotu, zakresu i wartości ewentualnych robót dodatkowych lub zamiennych, jakie mogą być przedmiotem zmiany umów pomiędzy zamawiającym a wykonawcami robót, co nie pozwala Odwołującemu i innym wykonawcom na adekwatne skalkulowanie ekwiwalentnej ceny ofertowej, a jednocześnie zaprzecza zasadzie odpłatności zamówienia, wymogom ustawy Pzp w zakresie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wyliczenia ceny i narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy KC w zakresie oznaczenia ryzyka umownego i swobody umów (KIO 1598/25);

6.art. 7 pkt 32), w związku z art. 99 ust. 1, w związku z art. 134 ust. 1 pkt 17), w związku z art. 434, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 353 [1] KC, w związku

z art. 473 KC, poprzez niewłaściwe ich zastosowanie, polegające na przyjęciu założenia

o niezmiennym wynagrodzeniu ryczałtowym także w odniesieniu do świadczenia usługi nadzoru w ewentualnie wydłużonym czasie wykonywania robót budowlanych i które to wydłużenie czasu świadczenia usług nadzoru nie jest w żaden sposób ograniczone, a tym samym nie pozwala wykonawcom na adekwatną kalkulację ekwiwalentnej ceny ofertowej,

a jednocześnie narusza zasadę odpłatności zamówienia, narusza wymogi ustawy Pzp

w zakresie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wyliczenia ceny narusza wymogi ustawy Pzp w zakresie zawierania umowy o zamówienie wyłącznie na czas oznaczony i narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy KC w zakresie oznaczenia ryzyka umownego i swobody umów (KIO1598/25);

7.art. 7 pkt 32), w związku z art. 99 ust. 1, w związku z art. 134 ust. 1 pkt 17), w związku z art. 434, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 353[1] KC, w związku

z art. 473 KC poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na przyjęciu przez Zamawiającego założenia o terminie realizacji zamówienia określonego w sposób nieoznaczony, bez wskazania maksymalnego czasu trwania realizacji, co w powiązaniu

z przyjętym ryczałtowym (niezmiennym) modelem wynagrodzenia, w szczególności uniemożliwia Odwołującemu i innym wykonawcom należyłą kalkulację ekwiwalentnej ceny ofertowej i stanowi naruszenie zasady odpłatności zamówienia, narusza wymogi ustawy Pzp w zakresie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wyliczenia ceny, naruszenie wymogu ustawy Pzp w zakresie zawierania umów tego rodzaju wyłącznie na czas oznaczony i narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy KC w zakresie oznaczenia ryzyka umownego, godzi w kodeksową zasadę swobody umów (KIO1612/25).

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:

1.nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ dot. kryterium oceny ofert pod nazwą *Analiza ryzyka* oraz jego opisu i zastąpienie tego kryterium - innym, którego charakter oraz opis będą zgodne z przepisami ustawy Pzp,

w szczególności art. 16 i 240-241 ustawy Pzp, tj. kryterium obiektywnym, policzalnym, opisanym w sposób jednoznaczny, matematyczny i przewidywalny, a także kryterium, którego brak wypełnienia skutkuje tylko i wyłącznie brakiem przyznania punktów, a nie odrzuceniem oferty;

2.nakazanie Zamawiającemu usunięcia zapisów Projektu umowy – załącznika nr 8 do SWZ, które naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp oraz KC i czynią niemożliwą adekwatną kalkulację ceny ofertowej oraz – nakazanie wyraźnego określenia przez Zamawiającego, o jaki ewentualnie maksymalnie czas może ulec przedłużeniu realizacja usługi nadzoru, a także nakazanie modyfikacji postanowień działu XIII ust. 3 SWZ poprzez wskazanie za jaki konkretnie okres (podanie liczby miesięcy) świadczenia usługi wykonawca ma wyliczyć cenę ofertową, która wg wymagań Zamawiającego miałyby stanowić niezmiennie wynagrodzenie ryczałtowe;

3.nakazanie Zamawiającemu usunięcia z wskazanych w pkt III zapisów ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, w tym Projektu umowy, które naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp oraz KC i czynią niemożliwą adekwatną kalkulację ceny ofertowej oraz – nakazanie wyraźnego określenia przez Zamawiającego, maksymalnego czasu realizacji przedmiotowego zamówienia, a także nakazanie modyfikacji postanowień działu XIII ust. 3 SWZ poprzez wskazanie za jaki konkretnie okres (podanie liczby miesięcy) świadczenia usługi wykonawca ma wyliczyć cenę ofertową, która wg wymagań Zamawiającego miałyby stanowić niezmiennie wynagrodzenie ryczałtowe.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w ogłoszeniu

o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia – tj. w SWZ i załącznikach do niej nr 1 – Formularz oferty i nr 8 - Projekcie umowy znajdują się postanowienia pozbawiające go ochrony wynikającej z zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców

i przejrzystości – a mianowicie:

1.po pierwsze – stanowią opis subiektywnego pozacenowego kryterium oceny ofert

(pn. Analiza ryzyka) i nie pozwalają na wybór najkorzystniejszej oferty w oparciu o przejrzyste, obiektywne kryteria. Opis kryterium nie jest jednoznaczny, obiektywny ani zrozumiały, a tym samym Odwołujący jest pozbawiony możliwości złożenia oferty, która będzie oceniona

w sposób przewidywalny, obiektywny i przejrzysty. Opis kryterium pozostawia Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, co stanowi rażące naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i sprawia, że Odwołujący może ponieść szkodę na skutek nieobiektywnej i nieprzewidywalnej oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, a nawet arbitralnym jej odrzuceniem;

2.po drugie – w Projekcie umowy oraz w SWZ znajdują się zapisy, które uniemożliwiają Odwołującemu oraz innym wykonawcom skalkulowanie ekwiwalentnej ceny ofertowej, naruszają fundamentalną zasadę odpłatności zamówienia i wymogi w zakresie wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, a także wskazania sposobu obliczenia ceny, naruszają zasadę oznaczenia ryzyka umownego, wynikającą z bezwzględnie obowiązujących przepisów art. 473 KC.

I. Kryterium Analiza ryzyka:

Zamawiający w dziale XII ust. 5 pkt 7) SWZ postanowił, że wykonawcy mają w przedmiotowym postępowaniu złożyć „Dokument „Analiza ryzyka” stanowiący załącznik do formularza oferty. Zamawiający określił, że „Wykonawca załączy do oferty: Dokument „Analiza ryzyka”, w którym:

-zidentyfikuje podstawowe ryzyka mogące zaistnieć w trakcie realizacji zamówienia;

-opisze proponowane działania w celu uniknięcia wystąpienia ryzyka oraz zmniejszenie jego wpływu na realizację zamówienia w razie jego wystąpienia.

Zidentyfikowane ryzyka należy wpisać w matrycę ryzyka, tak aby wiadome było które ryzyko znajduje się w poszczególnych miejscach matrycy:

□ Należy przyjąć gradację skutku jako procentowe przekroczenie zakładanej wartości zamówienia lub czasu jego realizacji: nieznaczny <1%, mały 1-15%, średni 15-30%, duży 30-80%, bardzo duży >80%.

□ Należy przyjąć gradację prawdopodobieństwa: rzadkie <20%, mało prawdopodobne 20-40%, średnie 40-60%, prawdopodobne 60-80%, prawie pewne >80%.”

Ponadto, w dziale XVII Zamawiający przewidział omawiane pozacenowe kryterium Analiza ryzyka, któremu nadał wagę 40 % oraz opisał w następujący sposób w ust. 4 tego działu:

„Analiza ryzyka (A)” – punkty zostaną przyznane w następujący sposób:

W ramach kryterium „Analiza ryzyka” ocena ofert będzie dokonana w oparciu o dokument „Analiza ryzyka”, o którym mowa rozdziale XII ust. 5 pkt 7 SWZ.

Zamawiający dokona oceny ofert w oparciu o następujące zasady:

Oferowane podejście	Jak dobrze oferta pokazuje zrozumienie ryzyka, określa właściwe działania zapobiegające powstaniu oraz działania minimalizujące wpływ ryzyka na termin i koszt realizacji zamówienia?	Ocena w pkt
Nieakceptowalne	Oferta nie uwzględnia lub w pełni nie uwzględnia wymagań SWZ lub nie identyfikuje podstawowych ryzyk lub zawiera błędy w zakresie działań zapobiegających lub minimalizujących ryzyko.	0-19
Akceptowalne	Oferta dostatecznie identyfikuje podstawowe ryzyka związane z realizacją zamówienia oraz określa minimalny, akceptowalny zakres działań zapobiegających i minimalizujących wpływ tych ryzyk.	20-24
Dobre	Oferta dobrze opisuje podstawowe ryzyka związane z realizacją zamówienia oraz opisuje rzetelnie standardowe działania zapobiegające i minimalizujące wpływ tych ryzyk.	25-31
Bardzo Dobre	Oferta dobrze odnosi się do wymagań zamawiającego w tym kryterium oraz obejmuje specyficzne dla projektu inicjatywy bazujące na doświadczeniu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, które łagodzą ryzyka w zakresie terminu realizacji i budżetu inwestycji.	32-36

Doskonałe	Oferta bardzo dobrze odnosi się do wymagań zamawiającego w tym kryterium oraz obejmuje wysoce innowacyjne i specyficzne dla projektu inicjatywy bazujące na doświadczeniu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, które uzasadniają duże zaufanie co do wykonania inwestycji w terminie i w ramach budżetu.	37-40
-----------	--	-------

Uwaga

1) W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży dokumentu „Analiza ryzyka” lub w ramach tego kryterium oferta otrzyma średnio mniej, niż 50% możliwych do uzyskania punktów (20 pkt) – oferta zostanie odrzucona z uwagi na niezgodność z SWZ.

2)Opisując działania w celu uniknięcia wystąpienia ryzyka oraz zmniejszenie jego wpływu, jakie Wykonawca zobowiązuje się podejmować, może on wskazać zamówienia, przy realizacji których personel przewidziany do realizacji zamówienia te działania podjął, opisać ich przebieg oraz skutki (wskazanie takie jest warunkiem uzyskania powyżej 31 pkt w ramach kryterium).

3)Podstawą oceny oferty w tym kryterium będą informacje zawarte w dokumencie Analiza ryzyka - stanowiącym załącznik do Formularza ofertowego.

Maksymalna liczba punktów, jakie może otrzymać oferta w drugim kryterium oceny ofert wynosi 40,00 pkt.”

Przewidziano także, że „oceny ofert będzie dokonywała komisja przetargowa”, w ust. 6, że „punktacja przyznawana ofertom w poszczególnych kryteriach oceny ofert będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami arytmetyki”.

Opis kryterium zawiera szereg zwrotów nieostrych, które w żaden sposób nie pozwalają na obiektywną ocenę ofert w tym kryterium, wobec czego nie wiadomo za co tak naprawdę będą przyznawane punkty w ramach przewidzianych dla tego kryterium aż 40 punktów. Z opisu nie dowiemy się jak sporządzić Analizę ryzyka, aby dawała ona z góry przewidywalną liczbę punktów, gdyż użyte przez Zamawiającego zwroty typu „Oferta dostatecznie identyfikuje podstawowe ryzyka” albo też „Oferta dobrze opisuje podstawowe ryzyka”, kiedy indziej „Oferta bardzo dobrze odnosi się do wymagań zamawiającego w tym kryterium”, w żaden sposób nie pozwala na takie obiektywne porównanie. Pozostałe, użyte

w opisie poszczególnych wartości punktowych zwroty jak np. „określa minimalny, akceptowalny zakres działań zapobiegających i minimalizujących wpływ tych ryzyk”, „opisuje rzetelnie standardowe działania zapobiegające i minimalizujące wpływ tych ryzyk”, „obejmuje specyficzne dla projektu inicjatywy bazujące na doświadczeniu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia”, „obejmuje wysoce innowacyjne i specyficzne dla projektu inicjatywy bazujące na doświadczeniu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, które uzasadniają duże zaufanie co do wykonania inwestycji w terminie i w ramach budżetu”, również obarczone są tymi samymi wadami. To zwroty nieostre, które nie pozwalają na obiektywną ocenę, uniemożliwiają porównanie ofert w zgodzie z zasadami równego traktowania wykonawców, ponieważ z opisu tego nie wynika za co będą przyznawane punkty w tymże kryterium.

W tabeli z działu XVII ust. 4 SWZ, Zamawiający skategoryzował różne poziomy punktowe w ramach tego kryterium, wiążąc je po pierwsze – z nieostrych opisami ocen (kolumna „oferowane podejście” w Tabeli), tj. „nieakceptowalne/akceptowalne/dobre/bardzo dobre/doskonałe”, po drugie – z dalszym niejasnym podziałem punktów w ramach każdej

z tych ocen, tj. odpowiednio 0-19, 20-24, 25-31, 32-36, 37-40.

To drugie założenie czyni z tej punktacji jeszcze lepsze narzędzie do arbitralnego przyznawania punktów w omawianym kryterium. Nawet bowiem przy takiej samej ocenie, Zamawiający w zupełnie niejasny sposób może przyznać jej 20, albo 21 albo 22 albo 23 albo 24 punktów, bez żadnej obiektywnej kontroli w tym zakresie. Dotyczy to rzecz jasna każdego z pięciu przyjętych przez Zamawiającego poziomów tej oceny, ponieważ do każdego z nich przypisano wartości z rozpiętością kilkunasto- albo kilkupunktową, bez dalszego dookreślenia z czym dana, konkretna liczba punktów miałyby być powiązana. Oczywiście sama ocena też wynikać będzie z niejasnego działania komisji, gdyż przyznawanie tych ocen ma się opierać na opisie pełnym niejasnych zwrotów (klausul generalnych).

Opis kryterium sporządzony przez Zamawiającego oraz sama konstrukcja tego kryterium w rażący i oczywisty sposób narusza zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz zasadę wyboru oferty w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał następujące rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m. in. KIO 351/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2022 r., KIO 137/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2022 r.

Ponadto, w zapisach działu XVII oraz w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu – sekcja 5.1.6 i SWZ – dział II ust. 7, Zamawiający przewidział skutek w postaci odrzucenia oferty, w sytuacji braku złożenia przez wykonawcę

dokumentu Analiza ryzyka, bądź osiągnięciu przez ofertę „średnio mniej, niż 50% możliwych do uzyskania punktów (20 pkt)”. Świadczy to o braku zrozumienia przez Zamawiającego czym są kryteria oceny ofert.

Mają one służyć obiektywnemu porównaniu ofert, tych, które nie podlegają odrzuceniu.

Sankcją negatywnej oceny oferty w ramach ustalonego kryterium nie jest wyeliminowanie wykonawcy z postępowania poprzez odrzucenie jego oferty, lecz nieprzyznanie mu punktów lub przyznanie ich mniejszej ilości. Oceny ofert dokonuje się w celu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W ramach kryterium oceny ofert zamawiający może postawić względem ofert wymagania wyższe niż minimalne, jak i uprawniony jest do dokonania rygorystycznej oceny spełnienia tych wymagań. Zatem skutkiem okoliczności braku złożenia rzeczowej Analizy ryzyka, a tym bardziej osiągnięcia przez ofertę mniej niż 50% punktów w tym kryterium, winno być przyznanie tej ofercie 0 lub odpowiedniej (do 20) liczby punktów, nie – odrzucenie oferty. Zapis ten w powiązaniu z opisanym powyżej nieostrym sformułowaniem kryterium Analiza ryzyka, stanowi podstawę do nadużyć i arbitralnego odrzucania ofert.

Odwołujący kwestionuje samo przedmiotowe kryterium oraz jego opis. Nawiązania do omawianego kryterium znajdują się ponadto w sekcji 5.1.10 ogłoszenia o zamówieniu, a także w Załączniku nr 1 do SWZ Formularz oferty – pkt. 2.1, wobec czego te zapisy również wymagają stosownego wykreślenia i zastąpienia ich postanowieniami właściwymi dla nowego wnioskowanego przez Odwołującego kryterium oceny ofert.

II. Postanowienia dot. niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego

W SWZ oraz Projekcie umowy – załączniku nr 8 do SWZ, Zamawiający umieścił zapisy, które naruszają wiele fundamentalnych zasad, takich jak zasada odpłatności wynagrodzenia, zasada jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu wyliczenia ceny, co jest po stronie Zamawiającego, a ponadto naruszają wymogi ustawy Pzp w zakresie zawierania umowy o zamówienie wyłącznie na czas oznaczony i godzą w bezwzględnie obowiązujące przepisy KC w zakresie oznaczenia ryzyka umownego.

W dziale XIII ust. 3 SWZ, Zamawiający postanowił, że: *Cena ofertowa ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego i powinna zawierać łączną wycenę poszczególnych składowych przedmiotu zamówienia (ma być ceną kompletną, jednoznaczną i powinna obejmować łączną wycenę wszystkich elementów przedmiotu zamówienia – zgodnie z rozdziałem III SWZ oraz projektem umowy) i wszelkie zobowiązania związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wynikające z niniejszej SWZ*”.

Następnie, w § 11 ust. 2 Projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ wskazano, że: *„Wynagrodzenie Inwestora Zastępczego, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie ponoszone przez Inwestora zastępczego wydatki związane z wykonaniem wszystkich obowiązków Inwestora Zastępczego wynikających z niniejszej Umowy i nadzorowania wszystkich Robót realizowanych w ramach Zadania, łącznie z robotami wynikającymi ze zmian umów zawartych przez Zamawiającego z Wykonawcami robót, dopuszczonych w tych umowach, o ile takie wystąpią*”.

Taka konstrukcja wynagrodzenia, które miałyby być niezmiennie również w sytuacji, gdyby zmianie ulegał przedmiot, zakres, wartość robót objętych usługą nadzoru, stanowi rażące naruszenie fundamentalnych zasad w zakresie udzielania zamówień publicznych,

a także zasad rządzących zobowiązaniami umownymi. Zapisy te powodują, że wykonawcy,

w tym Odwołujący nie są w stanie dokonać takiej kalkulacji ceny ofertowej, która byłaby adekwatna i ekwiwalentna względem przedmiotu usługi, ponieważ przedmiot ten nie jest wyczerpująco ani jednoznacznie opisany. Grozi to z jednej strony stratą po stronie wykonawcy, co jest zaprzeczeniem idei odpłatności zamówienia, sformułowanej w art. 7 pkt 32) ustawy Pzp, ale też wprowadza zagrożenie dla prawidłowego wykonania usługi nadzoru. Wykonawca nie ma możliwości wycenić wartości usługi przy takim założeniu, że przedmiot, zakres i wartość nadzorowanych robót może się w każdym czasie i w sposób całkowicie nieograniczony zmienić.

Poza naruszeniem przepisów ustawy Pzp, taki zapis godzi w sformułowaną

w przepisach art. 473 KC zasadę oznaczenia ryzyka umownego, a przepisy te mają walor bezwzględnie obowiązujących. Wykonawca usługi nadzoru w żaden sposób nie ma wpływu na okoliczności zmiany w zakresie nadzorowanych robót, w takim sensie, że konieczność, bądź możliwość ich wprowadzenia w żaden sposób nie zależy od wykonawcy usługi nadzoru. Tym samym, wykonawca przedmiotowej usługi miałby być obciążony ryzykiem na zasadach stojących w sprzeczności z przepisami art. 473 KC, a to oznacza, że istnieje absolutna konieczność usunięcia przedmiotowych zapisów z przywołanych powyżej postanowień SWZ i Projektu umowy – załącznik nr 8 do SWZ.

Podobnie, w § 11 ust. 3 Projektu umowy zawarto postanowienie, że: *„Wynagrodzenie Inwestora Zastępczego, określone w ust. 1, obowiązuje przez cały okres trwania niniejszej Umowy i nie podlega zmianie w przypadku zmiany terminów realizacji Zadania, o których mowa w § 10 ust. 2 niniejszej Umowy oraz zmiany wartości robót budowlanych realizowanych w ramach przedmiotowego Zadania oraz podlega waloryzacji na zasadach określonych w § 17*”.

Natomiast w powiązonym § 10 ust. 3 projektu umowy, jest założenie, że: *„W przypadku zmiany terminów realizacji Zadania, określonych w ust. 2 niniejszego paragrafu, Inwestor Zastępczy będzie obowiązany do wykonywania zobowiązań umownych w pełnym zakresie, a zmiana terminu obowiązuje strony umowy od dnia otrzymania przez Inwestora Zastępczego pisemnej informacji o podjęciu tego rodzaju decyzji przez Zamawiającego wraz z jej uzasadnieniem”.*

Zapisy te powodują, że Odwołujący i inni wykonawcy nie mają możliwości wyceny usługi na zasadzie – jak chciałby tego Zamawiający – ryczałtu, ponieważ nie określono maksymalnego czasu trwania usługi nadzoru. Taka konstrukcja godzi nie tylko w wymienione zasady wynikające z przepisów ustawy Pzp, ale stanowi rażące naruszenie obowiązków Zamawiającego w zakresie wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu a także wskazania sposobu wyliczenia ceny. Narusza też zasadę udzielania zamówień na czas oznaczony. Wykonawca miałby też nie mieć możliwości wpływu na czas trwania zobowiązań, bo wydłużenie czasu świadczenia usługi ponad wskazany w § 10 ust. 2 Projektu umowy pierwotnie maksymalny termin 31.08.2026r. miałby zależeć od „pisemnej informacji od Zamawiającego”, a nie być wynikiem wprowadzenia zmiany do umowy przez obie jej strony. Zatem Odwołujący miałby świadczyć usługę nie wiadomo jak długo za tę samą kwotę wynagrodzenia. Stanowi to rażące naruszenie zasady odpłatności zamówienia (art. 7 pkt 32 ustawy Pzp), a także zasady oznaczenia ryzyka umownego (art. 473 KC).

Wykonawca usługi nadzoru nie ma wpływu na możliwość, bądź konieczność wydłużenia czasu realizacji robót. Co więcej, istnieje wysokie ryzyko, że ta realizacja ulegnie właśnie przedłużeniu, co jest często spotykaną okolicznością dot. robót budowlanych.

Tym samym, omawiane zapisy wymagają wykreślenia i stosowanej modyfikacji poprzez wskazanie konkretnego maksymalnego czasu trwania usługi nadzoru, tak, aby każdy wykonawca usługi miał możliwość właściwej wyceny takiej usługi na zasadzie niezmiennego ryczałtu (skoro takiego wynagrodzenia oczekuje Zamawiający).

To, że ryczałt może odnosić się wyłącznie do konkretnie opisanego przedmiotu zamówienia, ten zaś nie może być zależny od zdarzeń niedookreślonych, przyszłych

i niepewnych, zostało zresztą potwierdzone w orzecznictwie, tak KIO 2177/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r.: *„Umowy o zamówienie publiczne zawierane na czas określony zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań*

o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. Jest to podyktowane tym, że wykonawcy będą mogli racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko, czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy będą mogli przewidzieć czas, przez jaki strony umowy pozostaną nią związane.

Zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych”.

Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2024 r. II CSKP 1176/22, wskazano, że: *„Wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 k.c.) ustalone w umowie o roboty budowlane zawartej w trybie przepisów o zamówieniach publicznych nie jest rozwiązaniem gwarantującym zamawiającemu ograniczenie kosztów planowanej inwestycji do kwoty ustalonego wynagrodzenia. Wynagrodzenie to stanowi bowiem ekwiwalent za wykonanie oznaczonych robót. Uzgodniona kwota wynagrodzenia ryczałtowego odnosi się wyłącznie do ustalonego przez strony zakresu świadczenia, co wymaga dokładnej wiedzy wykonawcy co do zakresu, rozmiaru i ilości robót”.*

III. Brak wskazania maksymalnego czasu trwania realizacji usługi

W sekcji 5.1.6 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zawarł postanowienie:

Informacje dodatkowe: TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA Funkcję Inwestora Zastępczego należy realizować od dnia zawarcia umowy z wykonawcą robót budowlanych aż do faktycznego zakończenia robót budowlanych związanych z realizacją zadania, przy czym za zakończenie prac związanych z pełnieniem funkcji Inwestora Zastępczego uważa się: zorganizowanie i przeprowadzenie odbioru ostatecznego, ostateczne rzeczowo-finansowe rozliczenie zadania, przygotowanie potwierdzenia zgłoszenia zakończenia robót budowlanych (w przypadku niekompletności tego wniosku niezwłoczne uzupełnienie brakujących dokumentów). Wykonawca zobowiązany jest do realizacji obowiązków Inwestora Zastępczego w okresie rękojmi i gwarancji na wykonane roboty budowlane. Przewidywany termin zakończenia robót budowlanych (zgodnie z umową z wykonawcą robót budowlanych): 15 tygodni od daty podpisania umowy. Planowany termin podpisania umowy z Wykonawcą robót - kwiecień 2025 r.

Podobnie w dziale V SWZ powtórzono taki sam zapis.

W § 3 Projektu umowy zawarto następujące postanowienia:

1. Strony ustalają następujący termin realizacji Umowy:

a) rozpoczęcie – z chwilą podpisania Umowy,

b)zakończenie – do faktycznego zakończenia robót budowlanych związanych z realizacją zadania, przy czym za zakończenie prac związanych z pełnieniem funkcji Inwestora Zastępczego uważa się zorganizowanie i przeprowadzenie odbioru ostatecznego, ostateczne rzeczowo-finansowe rozliczenie zadania, przygotowanie potwierdzenia zgłoszenia zakończenia robót budowlanych (w przypadku niekompletności tego wniosku niezwłoczne uzupełnienie brakujących dokumentów).

2.Planowane terminy realizacji zadania inwestycyjnego:

a)podpisania umowy z Wykonawcą robót budowlanych: kwiecień 2025 r.

b)rozpoczęcia robót: maj 2025 r.

c)zakończenia robót wynikający z umowy na wykonanie robót: 15 tygodni od daty podpisania umowy.

3. Inwestor Zastępczy zobowiązany jest do realizacji obowiązków określonych niniejszą Umową w okresie rękojmi za wady oraz gwarancji na wykonane roboty budowlane. Okres gwarancji jakości zadania ustalony w umowie z Wykonawcą robót: nie krótszy niż 48 miesięcy i nie dłuższy niż 72 miesiące.

Jednocześnie w dziale XIII ust. 3 SWZ co do sposobu kalkulacji ceny przyjęto jedynie, żeCena ofertowa ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego i powinna zawierać łączną wycenę poszczególnych składowych przedmiotów zamówienia (ma być ceną kompletną, jednoznaczną i powinna obejmować łączną wycenę wszystkich elementów przedmiotu zamówienia – zgodnie z rozdziałem III SWZ oraz projektem umowy) i wszelkie zobowiązania związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wynikające z niniejszej SWZ.

Zamawiający nie wskazał za jaki maksymalnie czas realizacji usługi należy liczyć ryczałtową (niezmienną) cenę ofertową.

W § 6 ust. 1 Projektu umowy wyraźnie powtórzono, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a w kolejnych ust. 4-5 tego paragrafu przyjęto, że Wynagrodzenie ustalone na zasadach określonych w ust. 2 i 3 nie może łącznie przekroczyć wartości netto określonej w ust. 1 Umowy. Strony ustalają, że wynagrodzenie określone w ust. 1 Umowy jest wynagrodzeniem maksymalnym, obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją prac dotyczących obsługi procesu inwestycyjnego i nie może ulec zwiększeniu z uwzględnieniem zasad zmiany wynagrodzenia określonych w Umowie.

Jednocześnie brak w Projekcie umowy przewidzianej możliwości na zwiększenie wynagrodzenia z uwagi na przedłużenie czasu trwania realizacji robót. Wykonawca usługi zastępstwa inwestycyjnego nie ma wpływu na możliwość, bądź konieczność wydłużenia czasu realizacji robót. Istnieje wysokie ryzyko, że ta realizacja ulegnie właśnie przedłużeniu, co jest niestety często spotykaną w praktyce okolicznością dot. robót budowlanych.

Zapisy te stoją w sprzeczności z wymogiem sformułowanym w art. 434 ustawy Pzp, tj. konieczności zawierania umów tego typu na czas oznaczony. Ponadto, stanowią rażące naruszenie obowiązków Zamawiającego w zakresie wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 ust. 1 ustawy Pzp), a także wskazania sposobu wyliczenia ceny (art. 134 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp).

Jednocześnie, zapisy te powodują, że Odwołujący i inni wykonawcy nie mają możliwości wyceny usługi na zasadzie – jak chciałby tego Zamawiający – ryczałtu, ponieważ nie określono maksymalnego czasu trwania usługi zastępstwa inwestycyjnego. Zatem Odwołujący miałby świadczyć usługę nie wiadomo jak długo za tę samą kwotę wynagrodzenia. Stanowi to rażące naruszenie zasady odpłatności zamówienia (art. 7 pkt 32) ustawy Pzp), a także zasady oznaczenia ryzyka umownego (art. 473 KC).

Takie zapisy godzą właśnie w sformułowaną w przepisach art. 473 KC zasadę oznaczenia ryzyka umownego, a przepisy te mają walor bezwzględnie obowiązujących. Wykonawca usługi zastępstwa inwestycyjnego zasadniczo nie ma wpływu na okoliczności zmian wykonywanych robót (zwłaszcza czasu trwania robót), w takim sensie, że konieczność, bądź możliwość ich wprowadzenia nie zależy od wykonawcy usługi. Tym samym, wykonawca przedmiotowej usługi miałby być obarczony ryzykiem na zasadach stojących w sprzeczności z przepisami art. 473 KC, a to oznacza, że istnieje absolutna konieczność usunięcia przedmiotowych zapisów z przywołanych powyżej postanowień ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, w tym Projektu umowy.

Zapisy te wymagają wykreślenia i stosownej modyfikacji poprzez wskazanie konkretnego maksymalnego czasu trwania usługi zastępstwa inwestycyjnego, tak, aby Odwołujący i każdy inny wykonawcy tejsze usługi miał możliwość właściwej wyceny swojej oferty na zasadzie niezmiennego ryczałtu (skoro takiego wynagrodzenia oczekuje Zamawiający).

To, że ryczałt może odnosić się wyłącznie do konkretnie opisanego przedmiotu zamówienia, ten zaś nie może być zależny od zdarzeń niedookreślonych, przyszłych

i niepewnych, zostało zresztą potwierdzone w orzecznictwie. Brak wskazania maksymalnego czasu trwania usługi, zostało przez Zamawiającego podkreślone użytymi w § 3 Projektu umowy zwrotami „planowane” terminy rozpoczęcia i zakończenia, a dodatkowo – zakończenie zostało powiązane z „faktycznym” zakończeniem robót (tak w przywołanym już KIO 2177/14, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. oraz wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7

czerwca 2024 r. II CSKP 1176/22).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wyraził przekonanie, że kwestionowane postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ wraz z załącznikami nie mogą się ostać, wobec czego, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołania wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który jest zainteresowany złożeniem oferty, a kwestionowane zapisy odnoszące się do ustalonych kryteriów oceny ofert oraz postanowienia umowne, uniemożliwiają Wykonawcy dostęp do zamówienia i prawidłową kalkulację ceny ofertowej.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołania, w której uwzględnił zarzut nr 7 w zakresie określenia maksymalnego terminu trwania umowy. Zamawiający oświadczył, że zmienia zapis § 3 ust 1 pkt b) umowy, który otrzymuje brzmienie:

„b) zakończenie – do faktycznego zakończenia robót budowlanych związanych z realizacją zadania, przy czym za zakończenie prac związanych z pełnieniem funkcji Inwestora Zastępczego uważa się zorganizowanie i przeprowadzenie odbioru ostatecznego, ostateczne rzeczowo-finansowe rozliczenie zadania, przygotowanie potwierdzenia zgłoszenia zakończenia robót budowlanych (w przypadku niekompletności przedmiotowych dokumentów niezwłoczne ich uzupełnienie), lecz nie dłużej niż 5 miesięcy od dnia podpisania umowy”.

Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, iż postanowienia umowne, wskazujące na niezmienny i ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz nie przewidujące obowiązku zapłaty wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia za tytułu konieczności świadczenia przez niego usługi nadzoru inwestorskiego w okresie odpowiadającym przedłużonemu terminowi realizacji robót budowlanych, nie naruszają obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający stoi na stanowisku, że w takich sytuacjach to wykonawca usługi winien skalkulować ryzyko przedłużenia się terminu realizacji robót budowlanych przy obliczaniu oferty dotyczącej takiej usługi.

Wynagrodzenie ryczałtowe jest ustalane w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją i obejmuje to co jest zawarte w dokumentacji projektowej oraz wszystko co można przewidzieć na etapie przygotowania oferty (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24.03.2014 r., sygn. akt KIO 339/14r. oraz wyrok z 28.02.2022 r., sygn. akt VIII GC 85/21, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy).

Zamawiający wskazał wykonawcom nie tylko SWZ, ale także adres stron internetowych, na których jest prowadzone postępowanie i gdzie znajduje się dokumentacja.

W projekcie umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy przewidując waloryzację wynagrodzenia (§ 11 umowy) oraz dopuszczając zmiany umowy na podstawie art. 455. Ustawy Pzp (§ 14 umowy).

Zamawiający stoi na stanowisku, iż informacje i dokumenty jakie zostały udostępnione wykonawcy w postępowaniu są obszerne i wyczerpujące do sporządzenia oferty i skalkulowania ryczałtowej ceny ofertowej uwzględniającej ryzyka związane z realizacją zamówienia w tym ryzyka wydłużenia okresu trwania umowy.

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosil o uznanie zarzutów za bezzasadne.

Punkty 1-4 zarzutów

Wobec zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp, Zamawiający odwołał się do stanowiska w komentarzu: *Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz Wydanie II pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza (opubl: <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl/>), zgodnie z którym Zamawiający nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom tej branży rynku, tylko po to aby zachować zasadę równego traktowania. Jak wskazuje się w orzecznictwie, zasada równego traktowania wykonawców zabrania zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców i gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziałania wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców.*

Przepisy ustawy Pzp przyznają Zamawiającemu swobodę określania kryteriów oceny ofert. Swoboda ta ograniczona jest jedynie tym, że kryteria oceny ofert muszą być opisywane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, natomiast rolą kryteriów jest umożliwienie weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w

ofertach. Wyrok TSUE z 4.12.2003 r. (sygn. akt C-448/01), stanowi, że instytucja zamawiająca dysponuje nie tylko swobodą określania kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określania ich znaczenia, pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą wyborowi oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Z kolei w wyroku TSUE z 17.09.2002 r. (sygn. akt C-513/99) wskazano, że nie wszystkie kryteria służące do wyboru oferty najkorzystniejszej muszą mieć charakter czysto ekonomiczny. Dodatkowo, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 22.09.2014 r. (sygn. akt KIO 1825/14) wskazała, że z kryterium jakościowym immanentnie związany jest pewien margines subiektywizmu i dowolności po stronie oceniających oferty. W ocenie KIO istotne jest, aby element swobodnej oceny członków komisji mieścił się w przyjętych wcześniej ramach opisu tego kryterium oceny ofert. Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z 8.05.2013 r.

(sygn. akt KIO 915/13), w którym to orzekła, że obowiązek opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert innych niż cena (np. jakościowych) nie oznacza jego uszczegółowienia z dokładnością co do każdego elementu.

O ile decyzje Zamawiającego w zakresie formułowania pozacenowych kryteriów oceny ofert nie mogą być dowolne, to jednak swoboda zamawiającego w tym zakresie jest dość duża, a jej granicą jest precyzja oraz jednoznaczny i zrozumiały dla wszystkich potencjalnych wykonawców opis kryterium – zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Kryterium oceny ofert nie musi być mierzalne oraz nie musi mieć ekonomicznego charakteru, żeby było jednoznaczne, temu z kolei ma służyć opis kryterium oceny ofert.

TSUE w wyroku z 27.10.2005 r. (sygn. akt C-234/03) wskazał, że kryteria jakościowe nie mogą być stosowane w sposób dyskryminujący, muszą być uzasadnione względami interesu publicznego, muszą być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą i nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.

Kryteria oceny ofert mają zapewnić zamawiającemu uzasadnioną korzyść, ale tę korzyść należy interpretować szerzej, również jako interes publiczny lub społeczny. Interesem zamawiającego jest również uzyskanie przedmiotu zamówienia o najwyższej możliwej jakości (w granicach możliwości finansowych zamawiającego). Z kolei motyw 92 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, wskazuje, że należy zachęcać instytucje zamawiające do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom.

W postępowaniu Zamawiający skorzystał z dwóch kryteriów oceny ofert, tj. z kryterium ceny oraz kryterium jakościowego, którym przypisał następujące wagi – kryterium „cena” 60,00 pkt, kryterium „analiza ryzyka” 40,00 pkt.

W związku z tym, że pozacenowe kryteria oceny ofert stanowią uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia poprzez ustalenie obszarów szczególnego zainteresowania Zamawiającego w ramach opisanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający zrezygnował

z kryterium zalgorytmizowanego i policzalnego oraz zastosował kryterium w formie analizy ryzyka, składanej przez wykonawców wraz ofertą. Zastosowane przez Zamawiającego jakościowe kryterium oceny ofert ma na celu sprawdzenie czy wykonawca potrafi prawidłowo zidentyfikować ryzyka, które mogą nastąpić w trakcie realizacji zamówienia podczas pełnienia funkcji inwestora zastępczego nad wykonywanymi robotami budowlanymi, jak również czy potrafi on wskazać działania, dzięki którym można uniknąć wystąpienia zidentyfikowanych przez niego ryzyk bądź zmniejszenia ich wpływu na prawidłową realizację zamówienia

w przypadku ich wystąpienia. Wykonawca, jako profesjonalny podmiot na rynku zamówień publicznych, winien nie tyle posiadać doświadczenie w takich sytuacjach, co posiadać wiedzę i umieć zdefiniować możliwe zagrożenia w trakcie realizacji zamówienia polegającego na wykonywaniu czynności inwestora zastępczego.

Kryterium oceny ofert pn. „analiza ryzyka” w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na wyłonienie wykonawcy świadczącego usługi pełnienia czynności inwestora zastępczego Zamawiający stosuje od 2021 roku. Kryterium to zostało opracowane na podstawie Poradnika Urzędu Zamówień Publicznych z 2020r. pn. „POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT Poradnik z katalogiem dobrych praktyk. Ver. 2.0.” rozdział „Kryteria oceny ofert na usług nadzoru inwestorskiego” (<https://www.gov.pl/web/uzp/pozacenowe-kryteria-oceny-ofert> [data dostępu 25.04.2025 r.]). W poradniku tym wskazano, że *„Realizacja wielu zamówień wiąże się z ryzykiem, czyli możliwością wystąpienia zdarzeń niepewnych mających negatywne konsekwencje, przede wszystkim w zakresie możliwości realizacji zamówienia oraz dochowania zakładanego budżetu i terminu. Wykonawca powinien zdawać sobie sprawę z ryzyka i umieć nim zarządzać: minimalizować prawdopodobieństwo wystąpienia oraz minimalizować skutki w przypadku wystąpienia”*. Dlatego Zamawiający postanowił zastosować kryterium jakościowe w formie analizy ryzyka, by móc zweryfikować wiedzę wykonawców w zakresie umiejętności zidentyfikowania ryzyk towarzyszących świadczeniu usługi polegającej na pełnieniu czynności inwestora zastępczego oraz umiejętności przeciwdziałania takim ryzykom lub reagowania w celu w zmniejszenia negatywnych skutków takich ryzyk w momencie ich wystąpienia.

W pkt 4 rozdziału XVII SWZ, korzystając z zapisów Poradnika Urzędu Zamówień Publicznych, Zamawiający

opisał sposób przyznawania punktów w kryterium oceny ofert

pn. „analiza ryzyka”. Wskazał poziomy akceptowalności przez Zamawiającego wskazanych

w przedłożonych analizach ryzyk oraz sposobów przeciwdziałania im oraz działań minimalizujących ryzyko. W opisach poziomów akceptowalności Zamawiający określił także, co wykonawcy winni zawrzeć w swoich analizach, aby zostać przypisanym do konkretnego poziomu akceptowalności wśród wymienionych w tabeli poziomów. Zamawiający wskazał także przedziały punktowe przypisane konkretnym poziomom.

Znajdujący się w pkt 4 rozdziału XVII SWZ zapis o odrzuceniu oferty w przypadku otrzymania w pozacenowym kryterium oceny ofert średnio mniej niż 50% możliwych do uzyskania punktów (20 pkt) pochodzi także z Poradnika Urzędu Zamówień Publicznych. Wskazano tam, że zapis ten zamawiający mogą stosować opcjonalnie, jeżeli uznają oni zasadność jego wykorzystania. Zdaniem Zamawiającego stosowanie zapisu o odrzuceniu oferty w przypadku niezłożenia analizy ryzyka lub uzyskania przez wykonawcę mniej niż 20 pkt w ramach tego kryterium jest słuszne, pozwala on bowiem już na wstępie wyeliminować wykonawców, którzy nie posiadają wiedzy o specyfice zamówienia, w związku z czym nie będą oni w stanie wykonać zamówienia w sposób zapewniający jakość, na której zależy Zamawiającemu. Poprzez wspomnianą jakość świadczonych usług Zamawiający ma na myśli nie tyle jej najwyższą wartość (bo im wyższa jakość, tym więcej przyznawanych punktów), ale przynajmniej jej minimalny i akceptowalny poziom, który pozwoli ocenić Zamawiającemu, że wykonawca potrafi zidentyfikować kluczowe elementy zamówienia oraz wiążące się z nimi potencjalne zagrożenia, a przez to – że świadczone przez niego usługi zastępstwa inwestycyjnego będą pomocne merytorycznie dla Zamawiającego przy realizacji takiego przedsięwzięcia, jakim jest adaptacja na cele muzealne obiektu sortowni i wagi kolejowej

z łącznikiem w zabytkowym kompleksie dawnej Kopalni Węgla Kamiennego Julia

w Wałbrzychu. Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że brak wypełnienia kryterium pozacenowego winien skutkować jedynie brakiem przyznania punktów, a nie odrzuceniem oferty. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w ten sposób wchodzi w kompetencje Zamawiającego i jego uprawnień do określania znaczenia stosowanych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Zamawiający stoi na stanowisku, że brak odrzucenia oferty wykonawcy, któremu za przedłożoną przez niego analizę ryzyka komisja przetargowa przyznałaby mniej niż połowę możliwych do uzyskania punktów, mógłby potencjalnie skutkować możliwością wyboru wykonawcy oferującego niską cenę oraz słabą czy nawet mierną jakością świadczonych przez niego usług, która byłaby konsekwencją braku wiedzy o procesie inwestycji i zagrożeniach, które z niego wynikają.

Odrzucenie oferty w związku z brakiem przedłożenia przez wykonawców analizy ryzyka wiąże się z faktem, iż Zamawiający traktuje „analizę ryzyka” jako przedmiotowy środek dowodowy. Zgodnie z art. 107 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, aby analiza ryzyka została złożona wraz z ofertą, jednocześnie nie przewidując ani w ogłoszeniu, ani w dokumentach zamówienia możliwości jej uzupełnienia. W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający zaznacza, że Odwołujący wnioskuje o zastąpienie „Analizy ryzyka” innym pozacenowym kryterium oceny ofert. Wskazuje, że nowe kryterium winno być obiektywne, policzalne, opisane w sposób jednoznaczny, matematyczny i przewidywalny. Wobec tak sporządzonego żądania Odwołującego Zamawiający nie jest w stanie się do niego odnieść

w jakikolwiek sposób, nie może ani go uznać, ani odrzucić, ponieważ Odwołujący nie podaje konkretnej propozycji nowego kryterium pozacenowego, które zamawiający hipotetycznie mógłby zastosować.

Zamawiający nadmieniał, że Odwołujący składał już oferty w dwunastu postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, w których zostało zastosowane kryterium analizy ryzyka. W trzech z postępowań Odwołujący uzyskał zamówienie publiczne. W żadnym

z dwunastu postępowań, w których Odwołujący złożył swoją ofertę, nie skorzystał on

z przysługujących mu środków ochrony prawnej ani na czynności Zamawiającego, ani na zastosowane w tych postępowaniach kryterium oceny ofert, jakim jest analiza ryzyka.

Odwołujący od 2023 roku, tj. w dziesięciu przypadkach, przedkłada w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach na pełnienie czynności zastępstwa inwestycyjnego tę samą analizę ryzyka, obejmującą swoją treścią 19 ryzyk związanych z realizacją zamówienia oraz zakres działań mających na celu zapobieżenie wystąpieniu tych ryzyk lub minimalizujących ich wpływ. Różnice w treści w przedkładanych dokumentach są jedynie kosmetyczne – zmianie ulega nazwa zadania, do którego jest przedkładany dokument.

W trzech ostatnio przedłożonych analizach Odwołujący wskazał osiemnaście przykładów zadań/zamówień, jako potwierdzenie bazowania na doświadczeniu (we wcześniejszych analizach było to 16 przykładów). W przedostatnim postępowaniu, z racji tego, że było związane z trybem *zaprojektuj i wybuduj*, Odwołujący w ryzykach przypisanych przez niego do kategorii przetargu na roboty budowlane dopisał ryzyko w zakresie projektowania, a w innym punkcie dopisał wyrażenie „nieprzewidziane”. Tę samą analizę, o której mowa powyżej, Odwołujący złożył w

następnym postępowaniu, które nie dotyczyło trybu *zaprojektuj i wybuduj*. Za swoje analizy ryzyka Odwołujący, w przeważających przypadkach, gdzie przedkładał tę samą analizę ryzyka, a która to analiza podlegała ocenie, uzyskiwał 24 punkty, czyli maksymalną liczbę punktów przypisaną do poziomu akceptowalnego. Zamawiający nie mógł mu przyznać większej liczby punktów, gdyż w tym momencie naruszałby zapisy specyfikacji warunków zamówienia, którą sam sporządził.

Wobec powyższego drugie kryterium oceny ofert zastosowane przez Zamawiającego, jest zgodne z art. 240 ustawy Pzp. Zostało sformułowane w sposób jednoznaczny i dla Wykonawcy zrozumiały, albowiem jego opis nie odbiega od opisu sposobu przyznawania punktów za analizę ryzyka, który był stosowany we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, w których to Odwołujący również składał swoje oferty. Opis kryteriów oceny ofert został sporządzony tak, aby każde z kryteriów było jasno i wyczerpująco opisane, to jest tak aby wśród wykonawców zapoznających się z danym kryterium było możliwe jednolite rozumienie znaczenia tego opisu. (zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w komentarzu do art. 240 PZP: Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz Wydanie II pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, (opubl: <https://ekomentarzppz.uzp.gov.pl/>).

Punkty 5 i 6 zarzutów

Zgodnie z art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.), dalej k.c., wynagrodzenie ryczałtowe polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego, a inwestor (zamawiający) zmniejszenia wynagrodzenia, nawet w sytuacji, gdy w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Innymi słowy, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe, strony muszą liczyć się z jego bezwzględny i sztywnym charakterem. Wykonawca może natomiast powołać się na wynikającą z art. 629 i art. 632 § 2 k.c. klauzulę tzw. nadzwyczajnej zmiany stosunków (*rebus sic stantibus*). Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę (na podstawie art. 632 § 2 k.c.). W każdym przypadku rzeczywista – istotna zmiana stosunków obejmuje wyłącznie zdarzenia, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione (przewidziane).

Przepis art. 632 § 1 k.c. nie ma charakteru bezwzględnego, a zakaz wynikający z tego przepisu dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wykonawca miał możliwość oceny zakresu robót i powinien był, zważywszy na swój profesjonalizm, przewidzieć koszty robót i konieczne czynności dla ich wykonania. „Niemożność zmiany umówionego wynagrodzenia ryczałtowego ogranicza się zatem do sytuacji, gdy wykonawca dysponując rzetelną informacją na temat zakresu i charakteru prac wadliwie oszacował zakres koniecznych czynności, niezbędne koszty ich wykonania i w konsekwencji wartość robót, którą strony umówiły w ramach ryczałtowego wynagrodzenia. Niedopuszczalność żądania zmiany wysokości wynagrodzenia ryczałtowego dotyczy zwłaszcza czynników wpływających na skalkulowanie jego wysokości, takich jak niedoszacowanie zakresu prac i niezbędnego nakładu pracy. Zakres umówionych prac projektowych musi uwzględniać wszystkie okoliczności, jakie obie strony biorą pod uwagę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub przy zawieraniu jakiegokolwiek innej umowy, kalkulując z jednej strony wysokość żądanego przez wykonawcę wynagrodzenia, z drugiej strony - wysokość wynagrodzenia, jaką zamawiający jest w stanie zapłacić za efekt, który chce osiągnąć w ramach realizacji tejże umowy. Z tych przyczyn przy ocenie zakresu umówionych prac projektowych, jakie miały zostać wykonane za uzgodnione wynagrodzenie ryczałtowe, nie można abstrahować od dokumentacji stanowiącej integralną część dokumentacji przetargowej, treści zapytań kierowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (zob.m.in. wyrok SN z 8 marca 2018 r., II CSK 325/17, LEX nr 2497992; wyrok S.A w Białymstoku z 9 listopada 2017 r., I ACa 459/17, LEX nr 2451317; wyrok S.A. w Gdańsku z 27 sierpnia 2014 r., VI ACa 181/14 dostępny na portalu SAOS; wyrok KIO z 2 marca 2010 r., KIO/UZP 184/10; wyrok KIO z 11 lutego 2014 r., KIC 139/14, Legalis nr 797764; wyrok KIO z 9 maja 2012 r., KIO 809/12, Legalis nr 532507; wyrok KIO z 13 maja 2013 r., KIC 973/13, Legalis nr 741615; wyrok KIO z 30 kwietnia 2013 r., KIO 871/13, Legalis nr 735806,” wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17.01.2022 r., IV C 1412/21, LEX nr 3482237).

Zamawiający dokonując wydatków ze środków publicznych, zobowiązany jest do przestrzegania ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1530 ze zm.), a przede wszystkim zapisów art. 44 ust. 3, który jednoznacznie określa, że wydatki publiczne winny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad, takich jak: uzyskiwanie najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. W związku z powyższym zastosowanie przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia zapisów o ryczałtowym wynagrodzeniu wykonawcy, a przez to jego niezmienności w trakcie obowiązywania umowy nawet w przypadku zmian umowy zawartej z wykonawcą robót budowlanych, w tym przedłużenia terminu

realizacji robót czy zmiany ich wartości, wpisuje się w cechy gospodarności i celowości wydatkowania środków publicznych oraz umożliwi zamawiającemu realizację zamówienia na możliwie najkorzystniejszych dla niego warunkach. Zamawiający

w projekcie umowy wskazał, że wynagrodzenie wykonawcy będzie wypłacane na podstawie faktur częściowych oraz faktury końcowej. W przypadku faktur częściowych Zamawiający określił, że mają być one wystawiane miesięcznie, jednocześnie uzależniając wysokość wypłacanego wynagrodzenia częściowego od miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych. W związku z czym, to w interesie wykonawcy, pełniącego czynności zastępstwa inwestycyjnego, winno leżeć, aby roboty budowlane były wykonywane terminowo i zgodnie z przyjętym harmonogramem.

Zamawiający nadmienia także, że przewidywany proces realizacji robót budowlanych, których zakres jest duży i szeroki, ma mieć charakter stały, tj. w przypadku wystąpienia zastoju w wykonywaniu określonego zakresu prac, przewiduje się, że nie będzie on miał wpływu na realizację innych zakresów robót budowlanych, w związku z czym proces budowlany będzie realizowany przez cały czas (za wyjątkiem wykonania podstawowych robót rozbiórkowych, wzmacniających konstrukcję), a więc pełniony nadzór przez inwestora zastępczego również będzie odbywał się w sposób ciągły i nieprzerwany.

Zamawiający wskazał także, że w przedkładanych przez siebie do tej pory analizach ryzyka Odwołujący nie wskazywał na ryzyka wydłużenia terminów realizacji zadania (czy to robót budowlanych czy usługi zastępstwa inwestycyjnego) wynikających stricte z działań Zamawiającego lub zaniechania przez niego podjęcia działań, które skutkowałyby wstrzymaniem robót budowlanych z winy Zamawiającego.

Zamawiający w §10 ust. 1 projektu umowy wskazał termin realizacji zadania, a mianowicie – rozpoczęcie realizacji zadania zaczyna się z dniem podpisania umowy, natomiast zakończenie – po wykonaniu rozliczenia zadania, lecz nie dłużej niż **20 miesięcy**. Zamawiający wskazał także w ust. 2 powyższego paragrafu terminy realizacji zadania

w zakresie wykonania robót budowlanych, a mianowicie zadanie to ma zostać zrealizowane w terminie 14 miesięcy, lecz nie później niż do 31.08.2026 r. (data dzienna zakończenia realizacji robót budowlanych uwarunkowana jest uzyskaniem przez Zamawiającego dofinansowaniem ze środków zewnętrznych oraz obowiązkami związanymi z rozliczeniem projektu nr FEDS.09.05-IP.01-0004/24.) W projekcie umowy oraz w innych dokumentach zamówienia został określony maksymalny czas, na który ma zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, tj. na okres 20 miesięcy od dnia podpisania umowy. Jednocześnie termin świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego jest o 6 miesięcy dłuższy niż przewidziany termin na wykonanie robót budowlanych.

Zdaniem Zamawiającego postanowienia umowne, wskazujące na niezmienny i ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz nie przewidujące obowiązku zapłaty wykonawcy dodatkowego wynagrodzenia z tytułu konieczności świadczenia przez niego usługi nadzoru inwestorskiego w okresie odpowiadającym przedłużonemu terminowi realizacji robót budowlanych, nie naruszają obowiązujących przepisów prawa. W takich sytuacjach to wykonawca usługi winien skalkulować ryzyko przedłużenia się terminu realizacji robót budowlanych przy obliczaniu ceny oferty dotyczące takiej usługi.

Odwołujący przytacza także zapisy § 11 ust. 2 projektu umowy, tj. „2. Wynagrodzenie Inwestora Zastępczego, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie ponoszone przez Inwestora Zastępczego wydatki związane z wykonaniem wszystkich obowiązków Inwestora Zastępczego wynikających z niniejszej Umowy i nadzorowania wszystkich Robót realizowanych w ramach Zadania, łącznie z robotami wynikającymi ze zmian umów zawartych przez Zamawiającego z Wykonawcami robót, dopuszczonych w tych umowach, o ile takie wystąpią”, jednocześnie pogrubiając drugą część tego zapisu umownego. W ramach tego ustępu Zamawiający przewiduje zmiany w umowach zawartych z wykonawcami robót budowlanych, o ile takie wystąpią, a które są **dopuszczone w takich umowach**.

Dlatego też Zamawiający wskazał wykonawcom nie tylko w SWZ, ale także na stronie internetowej prowadzonego postępowania

(https://gminawalbrzych.logintrade.net/zapytania_email,195646,9a58f38795319021a734601ab9b60922.html), adres internetowy strony, pod którym znajdują się dokumenty zamówienia na roboty budowlane, w tym projekt umowy na roboty budowlane

(https://gminawalbrzych.logintrade.net/zapytania_email,195910,0ddb24d299b456a8bd784ea9a527305a.html). Każdy z wykonawców ma w ten sposób dostęp do przewidzianych przez Zamawiającego zmian umowy na roboty budowlane, a zatem Zamawiający wskazał także elementy, które wykonawca winien wziąć pod uwagę przy kalkulowaniu ceny ofertowej na świadczenie usługi pełnienia czynności inwestora zastępczego.

Wynagrodzenie ryczałtowe jest ustalane w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją, nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty (tak Krajowa

Izba Odwoławcza w wyroku z 24.03.2014 r., sygn. akt KIO 399/14 oraz wyrok z 28.02.2022 r., sygn. akt VIII GC 85/21, Sąd Okręgowy w Bydgoszczy).

Również w wyroku z dnia 26 maja 2022 r. sygn. akt I ACa 492/21 Sąd Apelacyjny w Warszawie wskazał, iż samo wydłużenie terminu realizacji umowy (...) nie może stanowić samoistnej podstawy do zwiększenia wynagrodzenia należnego powodowemu Konsorcjum (opubl. Legalis nr 3125368).

Zatem w orzecznictwie dopuszcza się możliwość wyznaczenia terminu wykonania zamówienia na usługę inżyniera kontraktu/zastępstwa inwestycyjnego w sposób, który nie przewiduje żadnych zmian w umowie na pełnienie nadzoru inwestorskiego w przypadku zmiany zakładanego terminu zakończenia robót budowlanych. Dozwolone jest także takie ukształtowanie umowy, aby sytuacja przedłużającego się terminu wykonania robót budowlanych nie rodziła obowiązku zapłaty wykonawcy usługi inżyniera kontraktu dodatkowego wynagrodzenia czy też, aby w takiej sytuacji wykonawca ten był zobowiązany do świadczenia tej usługi w okresie odpowiadającym okresowi przedłużających się robót. Wykonawca winien skalkulować ryzyko przedłużenia się terminu realizacji robót przy obliczaniu ceny oferty na usługę inspektora nadzoru.

Zamawiający w projekcie umowy przewidział także możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy poprzez waloryzację jego wynagrodzenia, której zasady zostały określone w § 17 projektu umowy. Dodatkowo, Zamawiający przewidział również zmiany umowy na podstawie art. 455 ustawy Pzp. Zabezpiecza to interesy Wykonawcy, w razie wzrostu cen towarów czy usług, w związku z okresem trwania umowy przekraczającym 6 miesięcy.

W opinii Zamawiającego przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, wskazano bowiem określony ramami czasowymi termin realizacji zamówienia, szeroko opisano zakres obowiązków inwestora zastępczego na każdym etapie procesu budowlanego, jak również podano adres strony internetowej, z której wykonawcy mogą pobrać materiały zawierające opis przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Mając dostęp do powyższych danych wykonawca, jako profesjonalista na rynku zamówień publicznych, winien umieć skalkulować ryczałtową cenę ofertową, obejmującą swoim zakresem ryzyka, które mogą wystąpić podczas realizacji zamówienia publicznego na świadczenie usługi zastępstwa inwestycyjnego.

Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wyraźnego określenia, o jaki ewentualnie maksymalny czas może ulec przedłużeniu realizacji usługi nadzoru. Nawet gdyby Zamawiający był w stanie dokonać takiego wskazania, to pojawiają się u niego wątpliwości, który termin realizacji zamówienia winien on wpisać w dokumentach zamówienia – czy terminem realizacji zamówienia winien być termin pierwotny, czy jednak termin przedłużony, obejmujący termin pierwotny wraz z hipotetycznym przedłużeniem, który byłby efektem zmian umów na roboty budowlane. Zamawiający przyjął termin realizacji zamówienia na okres nie dłuższy niż 20 miesięcy i to na okres 20 miesięcy wykonawcy, w tym Odwołujący, winni wyliczyć ryczałtową cenę ofertową.

Izba ustaliła i zważyła, że:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie wiernie przytoczono zapisy dokumentów z postępowania, nie zachodzi potrzeba ich przywoływania ponownie.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr V, odnoszącego się do terminu realizacji zamówienia wskazanego bez maksymalnego czasu trwania realizacji, co odzwierciedla pkt 1 sentencji orzeczenia. Zamawiający uwzględnił powyższy zarzut w ramach postępowania KIO 1612/25.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Zarzuty I - II

W ramach rozważań natury ogólnej dostrzeżenia wymaga, iż za ograniczenie konkurencji uznaje się sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą SWZ ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfiki opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Z drugiej strony opis przedmiotu zamówienia, czy ustalone kryteria oceny ofert nie zawsze muszą umożliwiać złożenie oferty każdemu wykonawcy z danego segmentu rynku. Opis przedmiotu zamówienia ma odpowiadać uzasadnionym potrzebom zamawiającego, a ustalone kryteria mają prowadzić do wyboru rozwiązania optymalnego. Ustalony sposób oceny ofert musi znajdować merytoryczne uzasadnienie w ramach opisu zamawianego świadczenia, by nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym zasad prowadzenia postępowania określonych w art. 16 i 17 ustawy Pzp.

Jak celnie podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 marca 2022 r. (sygn. KIO 534/22), zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności zapewnienia przez zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy podmiot dystrybuujący dane urządzenie miał możliwość złożenia oferty.

Każde z wymagań zamawiającego może w większym lub mniejszym stopniu ograniczyć konkurencję; jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania.

W ocenie Izby, w sprawie podlegającej rozpoznaniu kwestionowane kryteria zostały ustalone w sposób prawidłowy, gdyż wpływają na wyższą jakość przedmiotu zamówienia i są uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Premiuwane rozwiązania mają zalety, które z punktu widzenia Zamawiającego są istotne dla zamierzonego celu w odróżnieniu od opinii Odwołującego. Zamawiający jest uprawniony określić kryteria zgodnie z własnymi potrzebami, dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania wskazujące na naruszenie art. 240 ustawy Pzp i art. 16 ustawy Pzp nie potwierdziły się. Warto także dodać, że Odwołujący nie zaproponował żadnej alternatywy dla kwestionowanego kryterium, wnosząc jedynie o jego wykreślenie. Tymczasem ideą przyświecającą ostatnim nowelizacjom ustawy Pzp było zwiększenie wykorzystania w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych kryteriów innych niż najniższa cena, właśnie związanych z jakością świadczonych usług.

Odwołujący w odwołaniu wnosił wprost o wykreślenie całego zapisu odnoszącego się do kryterium jakościowego. Dopiero na rozprawie wskazywał na przykłady innych kryteriów jakościowych stosowanych przez innych zamawiających. Podkreślenia wymaga, iż taką postawą Odwołujący uniemożliwił Zamawiającemu rozważenie możliwości zmiany lub modyfikacji danego kryterium przez uwzględnienie zarzutu odwołania, bowiem Zamawiający związany jest treścią żądań wykonawcy. Izba choć żądaniami odwołania nie jest związana, to nie jest jej rolą zastępować czy to zamawiającego, czy to odwołującego i wskazywać jak powinno być ustalone nowe kryterium. Samo zaś żądanie wykreślenia w przedmiotowym postępowaniu kryterium jakościowego Izba uznała za zbyt daleko idące. Natomiast żądanie formułowe w sposób „zastąpienie tego kryterium - innym, którego charakter oraz opis będą zgodne z przepisami ustawy Pzp, w szczególności art. 16 i 240-241 ustawy Pzp, tj. kryterium obiektywnym, policzalnym, opisanym w sposób jednoznaczny, matematyczny i przewidywalny (...)” jest opisem bardzo enigmatycznym i nie noszącym cech jednoznaczności. Poza tym stosowane kryteria jakościowe nie muszą opierać na wzorze matematycznym, mogą nosić charakter opisowy, zakreślony przedziałami punktowymi, jak opisał to Zamawiający.

Jak zaznaczył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wprowadzone *jakościowe kryterium oceny ofert ma na celu sprawdzenie czy wykonawca potrafi prawidłowo zidentyfikować ryzyka, które mogą nastąpić w trakcie realizacji zamówienia podczas pełnienia funkcji inwestora zastępczego nad wykonywanymi robotami budowlanymi, jak również czy potrafi on wskazać działania, dzięki którym można uniknąć wystąpienia zidentyfikowanych przez niego ryzyk bądź zmniejszenia ich wpływu na prawidłową realizację zamówienia w przypadku ich wystąpienia*. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę charakter zamawianych usług oraz to, że mamy do czynienia z umową starannego działania, są to działania zasługujące na aprobatę.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający ukształtował kryterium jakościowe w sposób niejednoznaczny, użył pojęć nieostrych, nie pozwalających na obiektywną ocenę. Zamawiający wyartykułował, że korzystał z Poradnika Urzędu Zamówień Publicznych z 2020r. pn. „POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT Poradnik z katalogiem dobrych praktyk. Ver. 2.0.” rozdział „Kryteria oceny ofert na usługi nadzoru inwestorskiego”. Izba nie dopatrzyła się w opisie ustalonego przez Zamawiającego kryterium cech wykraczających poza dopuszczone przepisami ustawy Pzp i rekomendowane przez UZP. Zamawiający prowadzi postępowanie na wybór inwestora zastępczego, w jego interesie jest w ramach uzasadnionych potrzeb, dokonać wyboru takiego wykonawcy, który w jak najwyższym stopniu zastąpi Zamawiającego podczas nadzoru nad wykonywanymi robotami budowlanymi. Zatem powinien to być wykonawca, który po pierwsze umie zidentyfikować możliwość wystąpienia określonego ryzyka związanego z przedmiotem zamówienia, umie określić prawdopodobieństwo wystąpienia takiego ryzyka i potrafi wskazać środki zaradcze dla zaistniałej sytuacji. W taki sposób właśnie Zamawiający dokonał opisu kryterium i sposobu oceny dokumentu, do złożenia którego zobowiązał wykonawców, mianowicie „Analizy ryzyka”. Zamawiający określił najpierw, że wykonawca musi umieć zidentyfikować podstawowe ryzyka mogące zaistnieć w trakcie realizacji zamówienia, następnie potrafi opisać proponowane działania w celu uniknięcia wystąpienia ryzyka oraz zmniejszenie jego wpływu na realizację zamówienia w razie jego wystąpienia, a także potrafi przewidzieć prawdopodobieństwo wystąpienia takiego ryzyka. Dalej Zamawiający wskazał w progi oceny od nieakceptowanego do doskonałego i w ramach tak ustalonych przedziałów podał, co będzie oceniał w ramach przedstawionego przez danego wykonawcę dokumentu. Wskazano także, że oceny dokonywała będzie komisja przetargowa. Użyte przez Zamawiającego określenia takie jak „Oferta dostatecznie identyfikuje podstawowe ryzyka”, „Oferta dobrze opisuje podstawowe ryzyka”, „Oferta bardzo dobrze odnosi się do wymagań zamawiającego w tym kryterium”, wskazuje na gradację przyjętą przez Zamawiającego w trakcie oceny odnoszącą się do przewidywanego sposobu świadczenia usługi przez danego Wykonawcę, natomiast dopuszczalne jest ustalenie samodzielnie przez Zamawiającego gradacji punktowej, jak ocena w danym przedziale będzie przebiegała.

Choć Odwołujący na rozprawie podnosił, że według przywołanego Poradnika UZP taka ocena powinna mieć charakter ekspercki, to jednak w odwołaniu nie zakwestionował składu komisji przetargowej. Co jednak w ocenie Izby

istotniejsze, głównym zarzutem Odwołującego było, że choć od lat startuje on w postępowaniach u Zamawiającego, to nie jest w stanie uzyskać satysfakcjonującej go liczby punktów w ramach kwestionowanego kryterium, choć zdaniem Odwołującego składa on Analizę ryzyka opracowaną przez osoby posiadające bogate doświadczenie zawodowe i odpowiednie umiejętności do przygotowania takiego dokumentu. Nigdy jednak Odwołujący otrzymanej oceny merytorycznej nie zakwestionował korzystając ze środków ochrony prawnej. Na dowód, że Odwołujący otrzymuje od Zamawiającego zawsze taką samą lub zbliżoną liczbę punktów, Odwołujący złożył informacje z oceny w 4 różnych postępowaniach. Zamawiający również złożył protokoły z oceny Analizy ryzyka z 2 postępowań ale dodatkowo przedstawił dokument źródłowy (merytoryczny) składany przez Odwołującego. Niewątpliwie sam proces oceny oferty Odwołującego w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego nie jest przedmiotem oceny Izby w niniejszej sprawie, ale na bazie pobieżnej tylko oceny dokumentów składanych przez Odwołującego w różnych postępowaniach widać, że przedstawia on praktycznie identyczny dokument, bez szczegółowego odniesienia argumentacji zawartej w Analizie ryzyka odnoszącej się do konkretnego postępowania. Owszem Analiza ryzyka jest pracą autorską, może zawierać część ogólną dotyczącą samego procesu identyfikacji ryzyk, możliwości ich wystąpienia, środków zaradczych, to jednak jak słusznie podkreślał Zamawiający dokument składany przez Odwołującego nie odnosi się do przedmiotu danego zamówienia.

Niewątpliwie mamy do czynienia z usługami powtarzalnymi, jednak w przypadku każdej inwestycji można znaleźć jakieś specyficzne cechy odróżniające ją od innych zadań i dla tych cech zidentyfikować możliwe ryzyka. Nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający od lat stosuje to samo kryterium i ten sam jego opis. Kryterium wprost odnosi się w opisie do realizacji danego zamówienia. Gdyby więc Odwołujący złożył dokument, w którym odnosiłby się do danego zamówienia, być może ocena Zamawiającego byłaby inna.

Ustalone w ten sposób pozacenowe kryterium oceny ofert pozwala Zamawiającemu na ocenę, czy Wykonawca zapoznał się z dokumentacją postępowania, w tym dokumentacją robót budowlanych, które będzie nadzorował, czy dokonał analizy możliwości wystąpienia określonych ryzyk dla konkretnego przedmiotu zamówienia i czy przewidział właściwe środki zaradcze, choćby możliwość wydłużenia terminu wykonywania robót budowlanych, konieczność zwiększenia zespołu inspektorów, itp.

Co do skutku przewidzianego przez Zamawiającego, że oferta, która uzyska mniej niż 20 pkt w ramach kryterium oceny Analizy ryzyka, zostanie odrzucona, to za Zamawiającym należy powtórzyć, że w przypadku, gdy dokument składany w ramach kryterium oceny ofert jest również przedmiotowym środkiem dowodowym, założenie takie jest właściwe. Gdyby możliwa była zmiana lub uzupełnienie takiego dokumentu, już po terminie składania ofert, naruszona zostałaby zasada równego traktowania wykonawców.

Reasumując, kryteria oceny ofert nie mają charakteru absolutnego, tym samym nie zawsze będą spełnione przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie, który pozwoli na otrzymanie maksymalnej liczby punktów. Istotne jest aby kryteria oceny ofert były związane z przedmiotem zamówienia (art. 241 ust. 1 ustawy Pzp). Badanie związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a poza cenowym kryterium oceny ofert sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób deklarowany element oferty wykonawcy, premiovany w kryterium oceny ofert, przeloży się na wyższą jakość świadczenia na etapie realizacji zamówienia. W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby ustalone kryteria

i ich opis spełniają te założenia.

Zarzuty III-IV

W § 11 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający przewidział, że „Wynagrodzenie Inwestora Zastępczego, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszystkie ponoszone przez Inwestora zastępczego wydatki związane z wykonaniem wszystkich obowiązków Inwestora Zastępczego wynikających z niniejszej Umowy i nadzorowania wszystkich Robót realizowanych w ramach Zadania, łącznie z robotami wynikającymi ze zmian umów zawartych przez Zamawiającego z Wykonawcami robót, dopuszczonych w tych umowach, o ile takie wystąpią”.

Zamawiający we wzorze umowy podał, że Wykonawca w cenie oferty powinien uwzględnić i wycenić ryzyko związane z możliwością wystąpienia zmian w umowie

z wykonawcą robót budowlanych. Oceniając to ryzyko powinien wziąć pod uwagę treść umowy o roboty budowlane i udostępnioną przez Zamawiającego dokumentację. W ocenie Izby Zamawiający jasno określił więc, że po pierwsze w jakim zakresie charakter wynagrodzenia Inwestora zastępczego jest niezmienny, po drugie, że Wykonawca ma dokonać analizy materiałów źródłowych dla robót budowlanych, a więc dokumentacji projektowej, na podstawie której będzie miała miejsce realizacja zamówienia. Po zapoznaniu się z dokumentami Wykonawca chcący świadczyć usługi Inwestora zastępczego będzie miał wiedzę, kiedy Zamawiający i w jakich okolicznościach dopuścił zmianę umowy o roboty budowlane.

To wszystko winno być następnie uwzględnione w kalkulacji ceny ryczałtowej za świadczenie usług inwestora zastępczego. Nie są to jednocześnie okoliczności, których nie można było przewidzieć, ponieważ zmiana umowy o

roboty budowlane może mieć miejsce tylko

w sytuacjach przewidzianych przez Zamawiającego dla danego zadania. Uregulowania § 11 ust. 2 wzoru umowy odnoszą się tylko do zmian dopuszczonych w umowach z wykonawcami robót budowlanych. Regulacja ta nie dotyczy innych okoliczności, choćby wystąpienia robót dodatkowych, czy innych przyczyn niezależnych do Wykonawcy.

Odwołujący błędnie wskazuje, że przywołane postanowienie dotyczy sytuacji, w której wykonawca usługi nadzoru w żaden sposób nie ma wpływu na okoliczności zmiany w zakresie nadzorowanych robót, w takim sensie, że konieczność, bądź możliwość ich wprowadzenia

w żaden sposób nie zależy od wykonawcy usługi nadzoru. Postanowienie dotyczy zmiany okoliczności, których wystąpienie Zamawiający dopuścił w umowie o roboty budowlane.

Skoro Wykonawca wie w jakich okolicznościach może dojść do zmiany umowy o roboty budowlane, to może on ocenić ryzyko wystąpienia takich zmian i je wycenić. Wbrew więc twierdzeniom odwołania w przypadku wystąpienia sytuacji przewidzianej regulacją,

nie będziemy mieli do czynienia z nieodpłatnym świadczeniem usług. Nie zasługują także na podzielenie twierdzenia odwołania, że przedmiot, zakres i wartość nadzorowanych robót może się w każdym czasie i w sposób całkowicie nieograniczony zmienić. Zmiany mogą dotyczyć tylko okoliczności, które Zamawiający przewidział.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego zaskarżone postanowienia umowy nie stoją w sprzeczności z zasadami odpowiedzialności kontraktowej określonej w art. 473 KC, zgodnie z którą dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art 473 § 1 KC muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić) za jakie inne – niż wynikające z ustawy – okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu taki katalog określił, odsyłając do dopuszczalnych zmian umowy o roboty budowlane.

Nie do końca można również zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że nie ma on wpływu na sposób i czas wykonywania robót budowlanych. O ile twierdzenie to jest prawdziwe, w przypadku robót nieprzewidzianych, takich których nawet przy zachowaniu należytej staranności nie można było przewidzieć, to w standardowych przypadkach właśnie rolę inwestora zastępczego jest nadzorować wykonawcę robót budowlanych by w terminie i zgodnie z projektem realizował zamówienie.

Co do brzmienia § 11 ust. 3 wzoru umowy *„Wynagrodzenie Inwestora Zastępczego, określone w ust. 1, obowiązuje przez cały okres trwania niniejszej Umowy i nie podlega zmianie w przypadku zmiany terminów realizacji Zadania, o których mowa w § 10 ust. 2 niniejszej Umowy oraz zmiany wartości robót budowlanych realizowanych w ramach przedmiotowego Zadania oraz podlega waloryzacji na zasadach określonych w § 17”*; to Odwołujący wywodził, że wykonawcy nie mają możliwości wyceny usługi na zasadzie ryczałtu, ponieważ nie określono maksymalnego czasu trwania usługi nadzoru. Na okoliczność w jaki sposób Zamawiający podchodzi do tego zagadnienia Odwołujący złożył umowę o pełnienie czynności zastępstwa inwestycyjnego zawartą z Zamawiającym w dniu 30 kwietnia 2024 roku (UM/BIW/II/902/28/93-W/2024) oraz pismo z 21 lutego 2025 roku skierowane do Zamawiającego i uzyskaną przez Wykonawcę odpowiedź.

Zamawiający dokonał modyfikacji w zakresie określenia maksymalnego okresu trwania umowy. Wykonawca wie zatem jaki maksymalny okres wykonywania usług ma przyjąć do wyceny oferty. Zamawiający określił okres podstawowy i okres wydłużony w ujęciu maksymalnym. Wykonawca może więc wycenić ryzyko przedłużenia prac budowlanych i uwzględnić je w cenie oferty. Wie także za jaki okres ma przyjąć wycenę. Złożone przez Odwołującego dowody pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu. Dotyczą one bowiem sytuacji związanej z realizacją konkretnej umowy, której przebiegu i sposobu wykonania Izba nie analizuje.

Co do okoliczności wywodzonej z dowodu w postaci kopii umowy zawartej przez Odwołującego z GDDKiA w dniu 9 lipca 2024 roku, na okoliczność w jaki sposób inni zamawiający regulują kwestie dotyczące zmiany terminu dla wykonania umowy, to dowód ten należało uznać za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy. Niesporna jest kwestia, że we wzorach umownych stosowanych przez różnych zamawiających występują różne metody określania obowiązków umownych. Odwołujący winien był wykazać, że regulacje zastosowane przez Zamawiającego naruszają przepisy bezwzględnie obowiązujące ustawy Pzp.

W związku z brzmieniem § 3 ust. 3 wzoru umowy: *„3. Inwestor Zastępczy zobowiązany jest do realizacji obowiązków określonych niniejszą Umową w okresie rękojmi za wady oraz gwarancji na wykonane roboty budowlane. Okres gwarancji jakości zadania ustalony*

w umowie z Wykonawcą robót: nie krótszy niż 48 miesięcy i nie dłuższy niż 72 miesiące”,

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że Wykonawca powinien w takiej sytuacji przyjąć do wyceny maksymalny czas realizacji obowiązków z gwarancji podany przez Zamawiającego, skoro postanowienie to odnosi się do możliwości wydłużenia czasu obowiązywania umowy.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....