**Sygn. akt:KIO 3159/25**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 4 września 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski

Protokolant:Oskar Oksiński

na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 4 września 2025 r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2025 r. przez wykonawcę Veolia ESCO Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Łomianki

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 9 000,00 złotych (dziewięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Veolia ESCO Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

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.

Przewodniczący:……..…….…….

**Sygn. akt:KIO 3159/25**

**Uzasadnienie**

Gmina Łomianki (dalej: „Zamawiający"), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Poprawa efektywności energetycznej placówek oświatowych na terenie Gminy Łomianki" (znak postępowania: RZP.271.23.2025). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 lipca 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00335536/01.

W dniu 28 lipca 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Veolia ESCO Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, w związku z czym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

**1)** art. 99 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 w zw. z art. 20 ust. 1 w związku z art. 16 i 17 ustawy Pzp, w zw. z § 15, § 18 ust. 1 pkt 2, § 18 ust. 2 pkt 1-3, § 18 ust. 4 § 18 ust. 5 pkt 1 i § 19 pkt 4) 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 (dalej: „Rozporządzenie") przez brak opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i niezgodny z przepisami Rozporządzenia i przeniesienie na Wykonawcę ryzyk niemożliwych do oszacowania na etapie składania oferty, jak również naruszenie zasady pisemności postępowania, co jednocześnie utrudnia uczciwą konkurencję i uniemożliwia dokonanie wyceny oferty, w zakresie:

**a)** Wymagania w pkt 1.2 w PFU w brzmieniu: „Wszystkie wartości dotyczące wielkości Robót Budowlanych mogą odbiegać od stanu rzeczywistego i należy je zweryfikować przed kalkulacją kosztów - konieczna inwentaryzacja", które nakłada na Wykonawcę obowiązek wykonania czynności bez pewności uzyskania zamówienia i bez zwrotu kosztów w tym zakresie;

**a)** Braku wskazania w PFU charakterystycznych parametrów określających zakres robót budowlanych w zakresie obmiarów, aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie inwentaryzacji, analizy energetycznej, danych pomiarowych, danych klimatycznych Obiektów, co stanowi naruszenie § 18 ust. 1 pkt 2, § 18 ust. 2 pkt 1-3, § 18 ust. 4, § 18 ust. 5 pkt 1 i § 19 pkt 4 Rozporządzenia oraz w konsekwencji braku zamieszczenia w dokumentacji postępowania dokumentów i informacji niezbędnych do skalkulowania ceny oferty w zakresie:

**a.** kompletnej inwentaryzacji budowlanej Obiektów;

**b.** danych dotyczących aktualnego stanu przegród zewnętrznych oraz ich grubości oraz materiału z jakiego zostały wykonane w tym istniejącej grubości izolacji cieplnej dotyczących wszystkich Obiektów;

**c.** audytów energetycznych dotyczących wszystkich Obiektów;

**d.** analizy energetycznej dotyczącej Obiektów;

**e.** parametrów technicznych (szacowanych obmiarów Robót);

**f.** danych klimatycznych określających bazowe warunki dla obliczeń dokonywanych przez ESCO na etapie składania oferty, w szczególności odesłania do danych konkretnej stacji meteorologicznej i okresu, w jakim te dane powinny być brane pod uwagę przez Wykonawcę.

**b)** Zwrotu w PFU w brzmieniu „Zamawiający udostępni Wykonawcy wszystkie niezbędne dokumenty, które są w jego

posiadaniu oraz udzieli informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu Zamówienia", poprzez dopuszczenie przekazywania informacji w inny sposób niż poprzez uzupełnienie dokumentacji postępowania dostępnej dla wszystkich wykonawców na równych zasadach, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania oraz zasady pisemności postępowania.

**2)** art. 99 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 4 w związku z art. 16 i 17 ustawy Pzp oraz art. 281 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, przez brak opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i przeniesienie na Wykonawcę ryzyk niemożliwych do oszacowania na etapie składania oferty w zakresie zakresu przedmiotu zamówienia obejmującego remont Sali gimnastycznej w Szkole Podstawowej nr 1 w Łomiankach, a nadto naruszenie zasady kompletności i spójności dokumentacji postępowania poprzez wewnętrzne sprzeczności w definicjach pojęć oraz brak spójności warunków realizacji zamówienia w zakresie Załącznika nr 7 do SWZ oraz brak projektowanych postanowień umowy dla ww. zakresu, co jednocześnie utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności poprzez:

**a.** brak ujęcia robót opisanych w Załączniku nr 7 do SWZ w definicji Robót oraz definicji Wady Istotnej wskazanych w pkt 1 PPU;

**b.** brak powiązania wykonania robót określonych w Załączniku nr 7 do SWZ z gwarantowanymi oszczędności energii, z uwagi na fakt, że PPU odnosi się w tym zakresie wyłącznie do Robót, które w zakresie definicyjnym nie obejmują prac wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji projektowej;

**c.** brak sprecyzowania wymagań dotyczących wykonania audytów energetycznych w odniesieniu do robót określonych w Załączniku nr 7 do SWZ, z uwagi na fakt, że PPU odnosi się w tym zakresie wyłącznie do Robót, które w zakresie definicyjnym nie obejmują prac wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji projektowej;

**d.** brak opisania w PPU sposobu rozliczenia prac dotyczących remontu Sali;

**e.** brak w PPU informacji o możliwości zmian dokumentacji wskazanej w Załączniku nr 7 do SWZ w przypadku, w którym konieczne będzie dokonanie takich zmian przez Wykonawcę z uwagi w szczególności na zmiany prawne, kolizje z innymi Robotami, lub optymalizacje w zakresie zużycia energii planowane przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy;

**f.** sprzeczności w zakresie definicji wykorzystywanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót określonej w Załączniku nr 7 do SWZ w stosunku do definicji określonych w PPU;

**3)** art. 433 pkt 3) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady proporcjonalności i zakazu obciążania Wykonawcy ryzykami leżącymi po stronie Zamawiającego poprzez przeniesienie na ESCO ryzyka związanego z uznaniem wydatków za kwalifikowalne i wypłatą Dofinansowania przez NFOŚiGW, w tym odmowy tej wypłaty, co pozostaje poza wpływem Wykonawcy oraz w konsekwencji nie ma możliwości oszacowania tego ryzyka na etapie oferty, w szczególności poprzez:

**a.** Wprowadzenie mechanizmu upoważnienia ESCO do ponoszenia Wydatków Kwalifikowalnych w pkt 5.1. lit. f PPU, co stanowi nieproporcjonalne obciążenie ESCO ryzykami spoczywającymi na Podmiocie Publicznym (Zamawiającym), podczas gdy wystarczające dla realizacji Umowy o Dofinansowanie jest udokumentowanie Wydatków Kwalifikowalnych ponoszonych przez Podmiot Publiczny, co powinno być dokumentowane fakturami wystawianymi przez ESCO.

**b.** Powiązanie wypłaty Wynagrodzenia za Etap Inwestycyjny od wykazania poniesienia przez ESCO Wydatków Kwalifikowalnych oraz Wydatków Niekwalifikowalnych w pkt 21.2. PPU w brzmieniu: „Wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny w części objętej Dofinansowaniem może zostać zapłacone ESCO wyłącznie w sytuacji, gdy ESCO poniosło i pokryto Wydatki Kwalifikowalne oraz Wydatki Niekwalifikowalne oraz prawidłowo udokumentowało ich poniesienie, zgodnie z Umową o Dofinansowanie. Zapłata Wynagrodzenia w części objętej Dofinansowaniem nastąpi zgodnie z zasadami określonymi w Umowie oraz Umowie o Dofinansowanie, w terminie do [90] dni od dnia wystawienia przez ESCO Faktury Inwestycyjnej. W przypadku opóźnienia w przekazaniu Dofinansowania przez NFOSiGW w terminie, który umożliwiłby przekazanie ESCO Refundacji w terminie określonym w zdaniu poprzedzającym, Podmiot Publiczny poniesie Koszty Finansowania w części objętej Dofinansowaniem, na zasadach określonych w punkcie 21.4", które to postanowienie stanowi w praktyce przeniesienie ryzyka nieuzyskania Dofinansowania przez Podmiot Publiczny na Wykonawcę, co pozostaje w sprzeczności z zasadą proporcjonalności i zakazem nakładania na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający wyrażonym w art. 433 pkt 3) ustawy Pzp;

**c.** Określeniu w pkt 14.2. lit. v PPU wymagania względem Wykonawcy, aby poniósł i udokumentował poniesienie Wydatków Kwalifikowalnych oraz Wydatków Niekwalifikowalnych na zasadach określonych w Umowie oraz w Umowie o Dofinansowanie, w sposób umożliwiający identyfikację poszczególnych operacji finansowych, związanych z ich ponoszeniem, co jest wymaganiem nieproporcjonalnym i naruszającym zakaz nakładania na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, podczas gdy wystarczające dla zrealizowania Umowy o Dofinansowanie jest wymaganie, aby ESCO (Wykonawca) udokumentował poniesienie przez Podmiot Publiczny Wydatków Kwalifikowalnych na zasadach określonych w Umowie oraz w Umowie

o Dofinansowanie, w sposób umożliwiający identyfikację poszczególnych operacji finansowych;
**d.** Nałożenie na Wykonawcę nieproporcjonalnego ryzyka związanego z poniesieniem Wydatków Kwalifikowalnych i Wydatków Niekwalifikowalnych w pkt 17.7. i 14.4. lit. d PPU w zakresie, w jakim wymaga to od Wykonawcy poniesienia Wydatków Kwalifikowalnych, które są wydatkami ponoszonymi przez Podmiot Publiczny i powinny zostać udokumentowane fakturą VAT wystawianą przez ESCO;
**4)** art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do PPU w pkt 12.6., 16.7, lit. f oraz 30.7. postanowień dotyczących uprawnienia Podmiotu Publicznego do wykonania zastępczego, co jest wymaganiem nieproporcjonalnym i stanowi sprzeczność z naturą stosunku prawnego umowy o poprawę efektywności energetycznej opartej o gwarancję oszczędności energii i powoduje powstanie niedającego się oszacować ryzyka podczas kalkulacji oferty.
**5)** art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353[1] KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ograniczenie w pkt 23.2. PPU mechanizmu rozliczenia Stron na podstawie postanowień Umowy określonego w pkt 27 (Kwota rozliczenia) w przypadkach odstąpienia od Umowy jeżeli podstawą odstąpienia nie jest nienależyte wykonywanie świadczeń wynikających z niniejszej umowy przez ESCO, co jest wymaganiem nieproporcjonalnym i stanowi sprzeczność z naturą stosunku prawnego umowy o poprawę efektywności energetycznej i powoduje powstanie niedającego się oszacować ryzyka podczas kalkulacji oferty, a nadto negatywnie wpływa na bankowalność Umowy.
**6)** art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia – w odniesieniu do punktu 36.5, który zawiera adnotację "[Należy wymienić wszystkie te utwory...]", ale lista nie została uzupełniona, co uniemożliwia precyzyjne skalkulowanie oferty.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przypisanych oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ, w tym projektowanych postanowień umowy stanowiącego załącznik do SWZ poprzez wprowadzenie następujących zmian:
1) W zakresie zarzutu 1:
a) Wykreślenie wymagania w pkt 1.2 w PFU w brzmieniu: „Wszystkie wartości dotyczące wielkości Robót Budowlanych mogą odbiegać od stanu rzeczywistego i należy je zweryfikować przed kalkulacją kosztów - konieczna inwentaryzacja”
c) Uzupełnienie dokumentacji postępowania o następujące dane i dokumenty:
a. kompletnej inwentaryzacji budowlanej Obiektów
b. danych na temat aktualnego przegród zewnętrznych oraz ich grubości oraz materiału z jakiego zostały wykonane w tym istniejącej grubości izolacji cieplnej dla wszystkich Obiektów
c. audytów energetycznych dotyczących wszystkich Obiektów
d. analizy energetycznej dotyczącej Obiektów
e. parametrów technicznych (szacowanych obmiarów Robót)
f. danych klimatycznych określających bazowe warunki dla obliczeń dokonywanych przez ESCO na etapie składania oferty, w szczególności odesłania do danych konkretnej stacji meteorologicznej i okresu, w jakim te dane powinny być brane pod uwagę przez Wykonawcę
d) Usunięcia zwrotu w PFU w brzmieniu „Zamawiający udostępni Wykonawcy wszystkie niezbędne dokumenty, które są w jego posiadaniu oraz udzieli informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu Zamówienia”, ewentualnie zmianę postanowienia na: „Na etapie realizacji Umowy Zamawiający udostępni Wykonawcy wszystkie niezbędne dokumenty, które są w jego posiadaniu oraz udzieli informacji niezbędnych do realizacji przedmiotu Zamówienia”.
2) W zakresie zarzutu 2 uzupełnienie dokumentacji postępowania o projektowane postanowienia Umowy odnoszące się do zakresu robót wskazanego w Załączniku nr 7 do SWZ, a w szczególności, w razie dokonania modyfikacji istniejących PPU:
a. Ujęcie robót opisanych w Załączniku nr 7 do SWZ w definicji Robót oraz definicji Wady Istotnej wskazanych w pkt 1 PPU, ewentualnie inny sposób doprecyzowania wymagań dotyczących robót określonych w Załączniku nr 7 do SWZ, wypełniający zarzuty Odwołującego
b. Jednoznaczne powiązanie wykonania robót określonych w Załączniku nr 7 do SWZ z gwarantowanymi oszczędności energii, ewentualnie inny sposób doprecyzowania wymagań dotyczących robót określonych w Załączniku nr 7 do SWZ, wypełniający zarzuty Odwołującego
c. Sprecyzowanie wymagań dotyczących wykonania audytów energetycznych w odniesieniu do robót określonych w Załączniku nr 7 do SWZ, ewentualnie inny sposób doprecyzowania wymagań dotyczących robót określonych w Załączniku nr 7 do SWZ, wypełniający zarzuty Odwołującego
d. Uzupełnienie w PPU informacji o możliwości zmian dokumentacji wskazanej w Załączniku nr 7 do SWZ w przypadku, w którym konieczne będzie dokonanie takich zmian przez Wykonawcę z uwagi w szczególności na zmiany prawne, kolizje z innymi Robotami, lub optymalizacje w zakresie zużycia energii planowane przez Wykonawcę w ramach realizacji Umowy

e. Uzupełnienie PPU o zasady rozliczenia wynagrodzenia w zakresie Robót opisanym w Załączniku nr 7 do SWZ, z uwzględnieniem wyjaśnień treści SWZ z dnia 28 lipca 2025 r.
f. Usunięcie sprzeczności w zakresie definicji wykorzystywanych w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót określonej w Załączniku nr 7 do SWZ w stosunku do definicji określonych w PPU.
3) W zakresie zarzutu 3:
a. Usunięcie pkt 5.1. lit. f PPU w brzmieniu: „upoważnia ESCO do ponoszenia Wydatków Kwalifikowalnych i Wydatków Niekwalifikowalnych, objętych Umową o Dofinansowanie"
b. Nadanie pkt 21.2. PPU następującego brzmienia: „Wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny w części objętej Dofinansowaniem zostanie wypłacone, w terminie do [90] dni od dnia wystawienia przez ESCO Faktury Inwestycyjnej. W przypadku opóźnienia w przekazaniu Dofinansowania przez NFOŚiGW w terminie, który umożliwiłby przekazanie ESCO Wynagrodzenia w terminie określonym w zdaniu poprzedzającym lub obniżenia kwoty Dofinansowania, Podmiot Publiczny uiści Wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny w wysokości równej kwocie Dofinansowania. W razie opóźnienia w zapłacie ESCO przysługują odsetki za opóźnienie w transakcjach handlowych., Strony dopuszczają możliwość zmiany Umowy poprzez rozłożenie w czasie Wynagrodzenie za Etap Inwestycyjny w części objętej Dofinansowaniem w całości lub w części, pod warunkiem poniesienia przez Podmiot Publiczny Kosztów Finansowania.
c. Nadanie pkt 14.2. lit. v PPU następującego brzmienia: „udokumentowania Wydatków Kwalifikowalnych ponoszonych przez Podmiot Publiczny na zasadach określonych w Umowie oraz w Umowie o Dofinansowanie, w sposób umożliwiający identyfikację poszczególnych operacji finansowych, związanych z ich ponoszeniem".
d. Usunięcie pkt 17.7. PPU oraz nadanie pkt 14.4. lit. d następującego brzmienia: ryzyko:
- odmowy wypłaty Dofinansowania w całości lub w części, w tym za nie wykazanie zmniejszenia energii końcowej Obiektów zgodnie z deklaracją wskazaną w Ofercie.
- nałożenia korekty finansowej lub wydania decyzji o zwrocie Dofinansowania w całości lub w części, lub opóźnienia w przekazaniu Dofinansowania lub jego części. jeżeli powyższe zdarzenia będą wynikać bezpośrednio z winy ESCO, w tym w szczególności nieprawidłowego udokumentowania Wydatków Kwalifikowalnych lub nieuzyskania z winy ESCO wymaganego Umową o Dofinansowanie efektu ekologicznego.
4) Usunięcie pkt 12.6., 16.7, lit. f oraz 30.7. PPU.
5) Nadanie pkt 23.2. PPU następującego brzmienia: W przypadku odstąpienia od umowy na podstawie pkt 23.1, ESCO przysługuje Wynagrodzenie obliczone zgodnie z pkt. 27.1. oraz doprecyzowanie w pkt 27 PPU o treści: Wypłata kwoty rozliczenia nie jest zależna od przyczyn rozwiązania Umowy
6) Uzupełnienie pkt 36.5. PPU o utwory, o których mowa w ww. pkt.
Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 21 lipca 2025 r. (publikacja ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentacji postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 28 lipca 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.
Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.
Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.
Zamawiający pismem z dnia 2 września 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:
- umorzenie postępowania na podstawie art. 568 pkt 2) ustawy Pzp w części w zakresie zarzutów z pkt. 1) – 3) oraz pkt. 5) -6) odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania jako bezzasadnego;
- oddalenie odwołania w zakresie zarzutu z pkt nr 4) jako bezzasadnego;
- zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3.600,00 zł.
Pismem z dnia 2 września 2025 r., (opatrzonym podpisami członków zarządu Odwołującego z dnia 3 września 2025 r.), Odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie i wnosi o zwrot 90% wniesionego wpisu na rachunek Odwołującego.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdza, że w tej sprawie odwoławczej odwołanie zostało skutecznie wycofane przed terminem posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego. Wymaga odnotowania, że odwołanie można cofnąć w każdym czasie do zamknięcia rozprawy. Cofnięcie odwołania przez Odwołującego, zgodnie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 6) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. 2020 poz. 2453) oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie §9 ust. 1 pkt 3) lit. a) 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 (t.j. Dz.U. 2020 z dnia 31 grudnia 2020 r., poz. 2437). Izba orzekła o

dokonaniu zwrotu na rzecz Odwołującego z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem należnego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: ……..…… **.....**