

**prof. nadzw. dr hab. Przemysław Drapała**  
Radca prawny

**Andrzej Sokołowski**  
Radca prawny

**dr Marcin Chomiuk**  
Radca prawny

**Maciej Chrzan, LL.M.**  
Radca prawny

**Wojciech Bazan**  
Adwokat

**Adrian Andrychowski**  
Adwokat

**Magdalena Bartnik**  
Adwokat

**Krzysztof Bąk**  
Radca prawny

**Marcin Chojnacki**  
Adwokat

**Dorota Dąbrowska**  
Doradca podatkowy

**Piotr Duma**  
Radca prawny

**Iwo Franaszczyk**  
Adwokat

**Konrad Gortad**  
Adwokat

**Zbigniew Jara**  
Radca prawny / Rechtsanwalt

**Mateusz Jaworski**  
Radca prawny

**Barbara Kaczała**  
Radca prawny

**Ludwina Klein, LL.M.**  
Adwokat

**Magdalena Krajewska**  
Radca prawny

**Artur Krępa**  
Radca prawny

**dr hab. Bogusław Lackoroński**  
Radca prawny

**Marcin Lewiński**  
Adwokat

**Jakub Majewski**  
Adwokat

**Anna Matusiak-Wekiera**  
Radca prawny

**Wojciech Merkwa**  
Radca prawny

**Mariusz Nowakowski, MLE**  
Adwokat

**dr Joanna Ostojka-Kołodziej**  
Adwokat

**Filip Rasala, LL.M.**  
Radca prawny

**Justyna Solarska**  
Adwokat

**Michał Urbański**  
Adwokat

**Magdalena Zasiewska**  
Doradca podatkowy

Warszawa, 19 kwietnia 2021

**Do:**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

**Polimex Infrastruktura Sp. z o.o.**  
Al. Jana Pawła II 12  
00-124 Warszawa  
KRS nr: 0000595576, NIP: 5252643148  
r.pr. Wojciecha Merkwę  
JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j.  
ul. Bonifraterska 17,00-203 Warszawa  
tel: +48 22 246 00 30  
e-mail: [wojciech.merkwa@jdp-law.pl](mailto:wojciech.merkwa@jdp-law.pl)

*reprezentowany przez:*

*adres do doręczeń:*

**Zamawiający:**

*adres do doręczeń*

**Gmina Miasto Koszalin**  
Rynek Staromiejski 6-7, 75-007 Koszalin  
**Biuro Zamówień Publicznych Urzędu  
Miejskiego w Koszalinie**  
ul. Adama Mickiewicza 26, 75-004  
Koszalin  
[emilia.miszewska@um.koszalin.pl](mailto:emilia.miszewska@um.koszalin.pl)  
[um.koszalin@um.koszalin.pl](mailto:um.koszalin@um.koszalin.pl)

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („**Odwołujący**”) w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (odpis pełnomocnictwa wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu) ubiegającego się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest „*Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie*” realizowana w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania inwestycyjnego: *Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie* („**Postępowanie**”) prowadzonym przez Gminę Miasto Koszalin („**Zamawiający**”), niniejszym na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505

ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („Pzp”), wnoszę odwołanie wobec:

I. treści następujących dokumentów zamówienia:

- (1) pkt. 3.2 (str. 20) akapit pierwszy *tiret* pierwszy Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznika nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Rozdział II Specyfikacji Warunków Zamówienia), zgodnie z którym *„Zamawiający wraz z PFU udostępnił jako dokumenty wiążące „decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (niezwłocznie po uzyskaniu)”;*
- (2) pkt. 3.2 (str. 20) akapit drugi *tiret* drugi Programu Funkcjonalno-Użytkowego (Załącznika nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Rozdział II Specyfikacji Warunków Zamówienia), zgodnie z którym *„Ponadto, Zamawiający udostępnia następujące materiały, które mają charakter pomocniczy (Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko): [...] wyniki badań podłoża gruntowego (rok wykonania 2020r)”;*
- (3) § 13 ust. 5 Rozdziału V Specyfikacji Warunków Zamówienia – Projektu Umowy, w zakresie w jakim Zamawiający nie przewidział obowiązku zwiększenia wynagrodzenia w przypadku przedłużenia terminu wykonania zamówienia z którejkolwiek przyczyny spośród wskazanych szczegółowo w § 13 ust. 5 Projektu Umowy;
- (4) § 10 ust. 10 Rozdziału V Specyfikacji Warunków Zamówienia – Projektu Umowy, w zakresie w jakim Zamawiający przewidział, że *„Łączna wysokość faktur częściowych nie będzie niższa niż 50% i nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia wskazanego w ust. 1 pkt 2 i 3”.*

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

- (1) **art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 19 pkt 1** rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako **„Rozporządzenie dot. dokumentacji projektowej”**) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie i kalkulację oferty, z uwagi na:

- (a) brak opublikowania przez Zamawiającego decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, pomimo jej wiążącego charakteru, co uniemożliwia skalkulowanie przez wykonawcę oferty w sposób prawidłowy i zabezpieczający wszelkie ryzyka, a przy tym nie jest możliwe ustalenie zakresu robót koniecznych do wykonania oraz uniemożliwia przedłożenie przez wykonawców porównywalnych ofert opartych na tych samych założeniach;
  - (b) brak opublikowania przez Zamawiającego wiążącej dokumentacji geologicznej (gruntowej) lub wskazania wiążących brzegowych warunków geologicznych (gruntowych), co uniemożliwia skalkulowanie przez wykonawcę oferty w sposób prawidłowy i zabezpieczający wszelkie ryzyka, ocenę jakiego rodzaju roboty budowlane, w tym rozwiązania techniczne posadowienia obiektu, powinny być przyjęte do wyceny przez wykonawców, a także przedłożenia przez wykonawców porównywalnych ofert opartych na tych samych założeniach;
- (2) **§ 15 w zw. z § 19 pkt 4 lit. b)** rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako „**Rozporządzenie dot. dokumentacji projektowej**”) w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp poprzez sporządzenie Programu Funkcjonalno-Użytkowego z pominięciem przekazania wiążących wyników badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, tj. opracowanie PFU w sposób uniemożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty, a tym samym uniemożliwienie oszacowania wielkości ryzyk, co prowadzi do złożenia ofert nieporównywalnych;
- (3) **art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 443 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez wskazanie w § 10 ust. 10 zd. drugie Wzoru Umowy, że łączna wartość faktur częściowych nie może być niższa niż 50% i wyższa niż 90% wynagrodzenia umownego, co przy braku precyzyjnej regulacji wskazującej, że wynagrodzenie będzie wypłacane na bieżąco za faktycznie wykonane prace w oparciu o faktury częściowe, narusza równowagę stron przyszłej umowy i prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający może dyskrecyjnie zdecydować już na etapie realizacji umowy, że częściowe rozliczenie wartości robót zostanie dokonane do wartości zawierającej się w przedziale pomiędzy 50% a 90% wynagrodzenia umownego, co prowadzi do powstania istotnego ryzyka polegające na braku pewności co do kwoty, którą wykonawca

będzie mógł rozliczyć w ramach częściowych płatności (łącznie jest to kwota wynosząca niebagatelne 40% umownego wynagrodzenia), a w konsekwencji może prowadzić do kredytowania zamawiającego przez wykonawcę, podczas gdy art. 443 ust. 2 Pzp zakreśla wyłącznie procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która to wartość powinna być jednoznacznie i precyzyjnie określona i nie powinna stwarzać pola do nadużyć przez Zamawiającego na etapie realizacji umowy, a jednocześnie dawać pewność co do kwoty, która zostanie rozliczona w ramach częściowych i ostatniej płatności;

- (4) **art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 632 § 1 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp** poprzez brak przewidzenia, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji umowy, wykonawcy nie będzie przysługiwało roszczenie o zapłatę przez Zamawiającego kosztów wynikających z dłuższej realizacji robót budowlanych;

co stanowi o sprzeczności tak ułożonego stosunku prawnego z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego;

*a w konsekwencji powyższego,*

- (5) **art. 16 pkt. 1, 2 i 3 Pzp** poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

III. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) nowego Pzp wnoszę o:

- (1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dostosowania dokumentacji Postępowania do zgodności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego poprzez:
- (a) opublikowanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach;  
*ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Zamawiający nie był w stanie uzyskać tej decyzji przed terminem składania ofert;*
- wskazanie jednoznacznych założeń, których przestrzegać ma wykonawca na etapie sporządzania oferty w zakresie, który rozstrzygnięty zostanie decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach oraz wprowadzenie do umowy mechanizmu, zgodnie z którym, w przypadku, gdy wydana przez organ decyzja różni się będzie od tych założeń, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do zmiany umowy w zakresie odpowiadającym skutkom wynikającym z wymagań decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (w tym do zmiany terminu wykonania umowy oraz wynagrodzenia);

- (b) opublikowanie wiążącej dokumentacji geologicznej;  
*ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Zamawiający nie był w stanie opublikować wiążącej dokumentacji geologicznej,*  
wskazanie jednoznacznych założeń, których przestrzegać ma wykonawca na etapie sporządzania oferty w zakresie warunków gruntowych podłoża oraz wprowadzenie do umowy mechanizmu, zgodnie z którym, w przypadku, gdy rzeczywiste warunki gruntowe różnić się będą od tych założeń, wykonawcy przysługiwać będzie prawo do zmiany umowy w zakresie odpowiadającym skutkom wynikającym z odmiennych warunków gruntowych (w tym do zmiany terminu wykonania umowy oraz wynagrodzenia);
- (c) poprzez dostosowanie § 10 ust. 10 zd. 2 Wzoru Umowy do treści zgodnej z art. 443 ust. 1 i 2 Pzp i nadanie mu następującej treści: *„Zamawiający zapłaci wynagrodzenie w częściach odpowiadających wykonanej części umowy. Łączna wysokość faktur częściowych ~~nie będzie niższa niż 50%~~ i nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia wskazanego w ust. 1 pkt 2 i 3”;*
- (d) przez zmianę § 15 ust. 5 zd. 1 Wzoru Umowy i nadanie mu następującej treści: *„Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w zakresie terminu wykonania zamówienia **lub wynagrodzenia należnego Wykonawcy** w przypadku:”*

IV. Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

### **Interes we wniesieniu odwołania**

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem opracowana przez Zamawiającego dokumentacja uniemożliwia złożenie prawidłowych i porównywalnych ofert, w tym kalkulacji oferty w sposób rzetelny, obejmujący w sposób możliwie pełny ryzyka, które mogą wystąpić w trakcie realizacji robót budowlanych.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 nowego Pzp.

## **Termin na wniesienie odwołania**

Dokumentacja opublikowana została dnia 7 kwietnia 2021 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 19 kwietnia 2021 r., a zatem odwołanie zostało złożone w terminie.

## **Pozostałe wymogi formalne**

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

# **UZASADNIENIE**

## **I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO**

1. Przedmiotem postępowania jest „*Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie*” realizowana w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania inwestycyjnego: Rozbiórka i budowa wiaduktów drogowych w ciągu Alei Monte Cassino w Koszalinie. Wybrany wykonawca zobowiązany będzie m.in. do wykonania kompletnej dokumentacji projektowej, realizacji robót budowlanych oraz pełnienia nadzoru autorskiego.
2. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące Postępowania opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 7 kwietnia 2021 r., pod numerem 172742-2021-PL.
3. Zgodnie z art. 103 ust. 2 Pzp, z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej „**PFU**”).

## **II. OMÓWIENIE ZARZUTÓW**

4. Jak zostanie wykazane poniżej **Zamawiający nie sprostął obowiązkowi takiego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, który gwarantowałby uwzględnienie w wycenie dokonywanej przez każdego z wykonawców wszystkich niezbędnych wymagań i okoliczności, ponadto usiłuje przerzucić na wykonawców wszelkie, również te przyszłe i niepewne, ryzyka związane z realizacją zamówienia w sposób uniemożliwiający ich oszacowanie. Postanowienia PFU w rażący sposób naruszają spoczywające na Zamawiającym obowiązki, mogą również skutkować nieporównywalnością ofert złożonych w Postępowaniu.**

## **II.1. OBOWIĄZKI ZAMAWIAJĄCEGO WYNIKAJĄCE Z ART. 99 UST. 1 ORAZ ART. 103 UST. 2 I 3 Pzp**

5. Obowiązki instytucji zamawiających na etapie opracowywania dokumentacji przetargowej szczegółowo opisuje Pzp. Bezsporne jest, że niezależnie od przedmiotu zamówienia, trybu postępowania, wartości zamówienia, czy charakteru wynagrodzenia, fundamentalnym wymogiem stawianym przed każdym „gospodarzem postępowania” jest sporządzenie należytego opisu przedmiotu zamówienia. Wytyczne w tym zakresie ustawodawca doprecyzował w art. 99 Pzp.
6. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z regułami, o których mowa w art. 99 ust. 1 Pzp zarówno w przypadku, gdy do zadań wykonawców należy wykonanie robót budowlanych w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację projektową (formuła Wybuduj), jak i wtedy, gdy jej opracowanie obciążać będzie wybranego wykonawcę (formuła Zaprojektuj i wybuduj)<sup>1</sup>.
7. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „**Izba**”). W wyroku z dnia 25 sierpnia 2017 r.<sup>2</sup> Izba stwierdza: *„Gdy przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych w formule „projektu i buduj” zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego (PFU), obejmującego opis zadania budowlanego, który stanowi przedmiot zamówienia. W PFU inwestor wyznacza zakres dopuszczalnych rozwiązań projektowych czy technicznych, a także precyzuje swoje oczekiwania dotyczące przeznaczenia prowadzonych robót oraz wymogi, jakie nowy obiekt będzie musiał spełniać - techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. **Jakość sporządzonego przez zamawiającego programu PFU jest jednym z głównych czynników decydujących o powodzeniu kontraktu. Jest oczywiste, że PFU w zamówieniach realizowanych w tej formule stanowi opis przedmiotu zamówienia o którym mowa w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.)**”*.
8. Podkreślić należy, że powyższe w żaden sposób nie podważa zasadniczych różnic, konsekwencji prawnych i faktycznych wynikających z zastosowania przez instytucję zamawiającą jednej z jakże odmiennych koncepcji realizowania procesu budowlanego (Wybuduj oraz Zaprojektuj i wybuduj). Fakt, że w przypadku Zaprojektuj i wybuduj mamy do czynienia

---

<sup>1</sup> W celu wykładni art. 99 ust. 1 i nast. Pzp Odwołujący odwoła się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej opartego na art. 29 i 31 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ze względu na tożsame brzmienie wskazywanych przepisów Pzp z odpowiednimi przepisami uchylonej ustawy.

<sup>2</sup> Sygn. KIO 1563/17, podobnie w wyrokach z dnia 2 sierpnia 2017 r., sygn. KIO 1488/17 oraz z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 606/17.

z obciążeniem wykonawcy nie tylko obowiązkiem realizacji zamierzenia budowlanego, ale i opracowania dokumentacji projektowej pozostaje bowiem bez wpływu na cechy, jakie musi mieć opis przedmiotu zamówienia.

9. Formuła Zaprojektuj i wybuduj niesie oczywiście istotne korzyści, spośród których główną jest zminimalizowanie ryzyka zaistnienia rozbieżności pomiędzy treścią opracowanej przez zamawiającego dokumentacji projektowej, a stanem zastanym przez wykonawcę realizującego zamówienie. **Fakt przerzucenia na wykonawców obowiązku sporządzenia dokumentacji projektowej nie może jednak przysłańać obowiązków spoczywających na instytucjach zamawiających i stanowić uzasadnienia dla obciążenia wykonawców zarówno tymi obowiązkami, jak i wszelkimi wynikającymi z tego tytułu ryzykami, w szczególności niemożliwymi do oszacowania.** Podsumowując, formuła Zaprojektuj i wybuduj nie redefiniuje obowiązków z art. 99 ust. 1 Pzp spoczywających na instytucji zamawiającej, którym przyznać należy charakter **bezwzględnie wiążący**.
10. W pierwszej kolejności ustawodawca żąda, aby przedmiot zamówienia opisany został w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, następnie doprecyzowuje, że uwzględniać on musi wszystkie wymagania zamawiającego. *A contrario*, jako kluczowy element dokumentacji postępowania nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia<sup>3</sup>. Służyć to ma **zasadniczemu celowi, jakim jest umożliwienie wykonawcy sporządzenia poprawnej oferty i doprowadzenie do złożenia ofert porównywalnych**. Jak podkreśla Izba „*opis przedmiotu zamówienia powinien zostać tak sporządzony przez Zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny*”<sup>4</sup>.
11. „Jednoznaczność” (oraz wymóg posłużenia się dokładnymi i zrozumiałymi określeniami) sprowadza się do nadania opisowi przedmiotu zamówienia treści, która wyklucza swobodę w jej odbiorze, tj. ma tylko jedno znaczenie (jest jednakowo rozumiana przez wszystkich odbiorców, którzy bez żadnych wątpliwości są w stanie zidentyfikować z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne do jego realizacji oraz mogą skalkulować cenę)<sup>5</sup>.
12. Z kolei „wyczerpujący” charakter opisu przedmiotu zamówienia rozumieć należy w ten sposób, że dokument, za pomocą którego zamawiający

<sup>3</sup> J. E. Nowicki. A. Bazan, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, LEX, Warszawa 2014.

<sup>4</sup> Wyrok z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. KIO 1447/10, podobnie w wyroku z dnia 7 lipca 2015 r., sygn. KIO 1254/15 czy z dnia 27 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2649/11.

<sup>5</sup> J. E. Nowicki. A. Bazan, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, LEX, Warszawa 2014.



dokonał tego opisu stanowi dla wykonawców kompleksowe, rzetelne i wszechstronne źródło wiedzy na temat okoliczności postępowania mogących mieć wpływ na treść oferty: „*Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży na zamawiającym. **Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający***”<sup>6</sup>.

13. Jak podkreśla w swoich orzeczeniach Izba, uchybienie powyższym regułom stanowi o naruszeniu zasad, o których mowa w art. 16 Pzp: „*Brak opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, przejrzysty wyczerpujący **prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, bowiem konkurencja pomiędzy ofertami, które zostaną złożone w postępowaniu nie będzie możliwa a to doprowadziłoby do unieważnienia postępowania***”<sup>7</sup>. Takie zachowanie zamawiającego przeczy również dobrym obyczajom. W swoich orzeczeniach Izba podnosi bowiem, że zamawiający winien dążyć do unikania konfliktów powstałych na gruncie wykładni dokumentacji, a brak jednoznacznego i wyczerpującego określenia parametrów zamówienia do takich konfliktów prowadzi<sup>8</sup>.
14. Jak wykazano powyżej, przytoczonych obowiązków nie modyfikuje przedmiot zamówienia czy obrana przez zamawiającego formuła jego realizacji. Podkreślenia wymaga jednak, że nie uchybia im również sposób wynagrodzenia (kosztorys, ryczałt bądź ich wariacje). Nie sposób zgodzić się bowiem, iż w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego (a więc co do zasady przerzucającego na wykonawcę szeregu ryzyk związanych ze „zwykłymi” zmianami cen) wykonawca może być obarczony również ryzykami wygenerowanymi na skutek wadliwie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia: „*Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że **wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. (...)Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej***”<sup>9</sup>.
15. Co więcej, za wadliwe uznać należy również sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, które jego faktyczny zakres uzależnia od przebiegu realizacji zamówienia i okoliczności nieznanych na etapie postępowania

<sup>6</sup> Wyrok Izby z dnia 19 sierpnia 2008 r., sygn. KIO/UZP 798/08.

<sup>7</sup> Wyrok Izby z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. KIO 1447/10.

<sup>8</sup> Wyrok Izby z dnia 3 grudnia 2014 r., sygn. KIO 2436/14.

<sup>9</sup> Wyrok z dnia 18 maja 2015 r., sygn. KIO 897/15.

przetargowego: „Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa, **zakazane jest redagowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres czy wolumen zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych**”<sup>10</sup>. Podobnie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 31 stycznia 2017 r.<sup>11</sup>: „Aby wykonawca posiadał pełnię wiedzy, zamawiający zobligowany jest do opisanie wszystkich elementów związanych z realizacją zamówienia, które to elementy nie mogą być interpretowane przez wykonawców w sposób dowolny, który dodatkowo, na późniejszym etapie, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będą mogły być interpretowane przez zamawiającego ze stratą bądź pokrzywdzeniem wykonawcy”.

16. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 grudnia 2019 r. (sygn. I ACa 266/19) wskazano, że „Mając zatem na względzie treść art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych, jak i art. 355 § 2 KC., wykonawca powinien uwzględnić w ofercie tylko te ryzyka, które w okolicznościach danej sprawy, przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności wykonawcy, są możliwe do przewidzenia. Jeżeli inwestor nie opisz przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na wykonawcę wszelkich możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Ocena ryzyka powinna być możliwa na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem innych okoliczności (np. ewentualnie wizji lokalnej terenu, na którym mają być wykonywane roboty), w związku z czym jeżeli dokumentacja (w tym SIWZ) nie została sporządzona w jasny i jednoznaczny sposób, zaś wizja lokalna nie dawała podstawy do zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia (i zwrócenia uwagi zamawiającemu), ryzyko nieprzewidzianych zdarzeń obciąża zamawiającego, a nie wykonawcę. Trudno bowiem wymagać od wykonawcy oszacowania ewentualnego kosztu ryzyka w sytuacji, gdy nie ma on możliwości jego zidentyfikowania ani na podstawie dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego, ani na podstawie wizji lokalnej terenu, na którym roboty mają być wykonywane. To na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację. Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać

<sup>10</sup> Wyrok z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. KIO 24/14, podobnie wyrok z dnia 8 sierpnia 2017 r., sygn. KIO 1471/17, wyroku z dnia 7 listopada 2016 r., sygn. KIO 2004/16.

<sup>11</sup> Sygn. KIO 134/17.

*oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji. (tak: przywołany wyżej wyrok w sprawie IV CSK 363/18)."*

17. Jak wynika z powyższego bezwzględny obowiązek Zamawiającego było:
- (a) sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń);
  - (b) uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących wpływać na sporządzenie oferty;
  - (c) zaniechanie przenoszenia na wykonawcę niesprecyzowanych i niedających się oszacować ryzyk;
  - (d) zaniechanie uwzględniania w opisie przedmiotu zamówienia okoliczności przyszłych, nieznanych Zamawiającemu oraz wykonawcom na etapie sporządzania oferty.
18. Powyższym obowiązkom Zamawiający uchybił, co zostanie poniżej szczegółowo opisane.

## **II.2. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO BRAKU PRZEKAZANIA DECYZJI ŚRODOWISKOWEJ**

19. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego decyzji środowiskowej nie sposób jest uznać, aby PFU opracowane przez Zamawiającego miało wyczerpujący i jednoznaczny charakter. Wprost wskazuje na to Zamawiający, który w pkt. 2.3 PFU (str. 20) stwierdza, że w przyszłości udostępni decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach:
- 3.2 Opis stanu istniejącego – dane ogólne.
- Zamawiający wraz z PFU udostępnił jako dokumenty wiążące:
- decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (niezwłocznie po uzyskaniu)
20. *A contrario*, skoro Zamawiając stwierdza, że nie przedłożył decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (a biorąc pod uwagę fakt, że na dzień składania odwołania Zamawiający takiej decyzji nie przedstawił, a pierwotny termin składania ofert upływa za 3 dni tj. 22 kwietnia 2021 r., przedłożenie tej decyzji jest nieprawdopodobne), należy jednoznacznie stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny, niejednoznaczny i uniemożliwia precyzyjne określenie zakresu robót koniecznych do zaprojektowania i wykonania przez wykonawcę.
21. Powyższy brak istotnie przekłada się na utrudnienie wyceny zakresu robót budowlanych, jakie wykonać miałyby przyszły wykonawca. Zgodnie z art. 71

ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa o ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko („**ustawa środowiskowa**”), decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach określa środowiskowe uwarunkowania realizacji przedsięwzięcia. Uzyskanie takiej decyzji jest wymagane dla planowanych przedsięwzięć mogących potencjalnie oddziaływać na środowisko. Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach wskazuje zatem w jaki sposób należy wykonać inwestycje, tak, by jak najmniej pogorszyć stan środowiska. Przedstawia charakterystyczne parametry danego obszaru inwestycji, jej oddziaływania na środowisko oraz środowiskowe warunki jej budowy.

22. Odwołujący zaznacza przy tym, że decyzja środowiskowa jest *stricte* powiązana z uzyskaniem dalszych decyzji umożliwiających realizacji zadania. Reguluje to art. 72 ustawy środowiskowej, w której ustawodawca wymienił decyzje, których wydanie jest poprzedzane uzyskaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Treść decyzji środowiskowej jest w dużym stopniu niewzruszalna i generuje po stronie dalszych organów administracyjnych (ale i wykonawcy, który opiera na niej swój zakres techniczny oferty) uwzględnienie treści decyzji środowiskowej i na jej podstawie dalsze procedowanie postępowań administracyjnych pozwalających na realizację zadania. W postępowaniu o wydanie pozwolenia na budowę, organ prowadzący jest więc związany ustaleniami zawartymi w decyzji środowiskowej i nie ma uprawnień do tego, by podważać jej treść.
23. Powyższe sprowadza się więc do sytuacji, w której przedkładając projekt budowlany w celu uzyskania pozwolenia na budowę, projekt ten musi już uwzględniać wszystkie postanowienia decyzji środowiskowej. Co ważne w tej materii - stosownie do art. 35 ust. 1 pkt Prawa budowlanego, przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub odrębnej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego właściwy organ sprawdza zgodność projektu budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku braku miejscowego planu, a także wymaganiami ochrony środowiska, w szczególności określonymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy środowiskowej. Jak wynika z kolei z art. 86 w związku z art. 71 ust. 1 ustawy środowiskowej decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia wiąże organ wydający decyzję o pozwoleniu na budowę. Oznacza to, że decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia ma charakter *sui generis* "rozstrzygnięcia wstępnego" względem przyszłego zezwolenia na realizację konkretnego przedsięwzięcia i pełni względem niego w istocie funkcję prejudycjalną, zaś określone w tej decyzji warunki realizacji przedsięwzięcia nie mogą być zatem na dalszych etapach procesu inwestycyjnego modyfikowane. W

orzecznictwie sądów administracyjnych podkreśla się przy tym, że rolą organu administracji architektoniczno-budowlanej jest jedynie sprawdzenie zgodności projektu budowlanego z warunkami określonymi w tym rozstrzygnięciu .

24. **Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że zakres przyszłych prac projektowych i budowlanych elementów objętych treścią decyzji środowiskowej zdeterminowany jest treścią decyzji środowiskowej.** Oznacza to, że jej treść będzie w chwili sporządzania i wyceny oferty nieznana i niemożliwa do przewidzenia nawet dla profesjonalnego podmiotu działającego z należytą starannością. Istnieje zatem prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, iż w wyniku niedostarczenia przez Zamawiającego decyzji środowiskowej przed złożeniem ofert, wykonawca nie będzie w stanie uwzględnić w pełni zakresu prac, a w konsekwencji przedstawić ofertę adekwatną do zamierzenia budowlanego.
25. Brak przedmiotowego dokumentu generuje zatem po stronie wykonawcy **ryzyko nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót.** Te bowiem znane będą dopiero po uzyskaniu decyzji środowiskowej, na której treść wykonawca nie ma wpływu. Wykonawca pozbawiony jest zatem możliwości uwzględnienia w treści swojej oferty, jak i w kalkulacji ceny informacji z decyzji środowiskowej, które w sposób istotny kształtować mogą zakres prac na danym zadaniu.
26. Zgodnie z § 19 ust. 1 Rozporządzenia dot. dokumentacji projektowej *„Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje: 1) dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów”*. Przepis ten wymaga od Zamawiającego uwzględnienia w PFU tego rodzaju dokumentów, które są konieczne do potwierdzenia, że zamierzenie budowlane jest zgodne z warunkami wynikającymi z odrębnych przepisów – dotyczy to również przepisów środowiskowych.
27. **Przy tym istotność decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla niniejszego postępowania wynika wyraźnie z pkt. 5.3 PFU, w którym to punkcie Zamawiający odwołuje się wielokrotnie do treści i warunków wynikających z decyzji środowiskowej.**
28. Powyższe świadczy zatem o braku jasnych wytycznych co do zakresu przedmiotu zamówienia i uniemożliwia jego odpowiednie określenie na etapie przygotowania i kalkulowania oferty. Z kolei uniemożliwia to dokonanie rzetelnej wyceny oferty oraz skutkuje powstaniem po stronie wykonawców istotnego ryzyka braku uwzględnienia w kalkulacji oferty wszystkich wymagań, które przewidywać może w przyszłości przedmiot zamówienia (po wydaniu decyzji środowiskowej). Uzyskanie decyzji środowiskowej dopiero po otwarciu ofert prowadzić może do zwiększenia zakresu pracy, jak i ich wydłużenia realizacji, co przekładać się będzie nie

tylko na możliwość złożenia ofert nieporównywalnych w Postępowaniu, ale przede wszystkim spowodować będzie na danego wykonawcę ryzyko obciążenia go karami umownymi na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.

29. Zatem zobligowanie wykonawców do opracowania oferty w oparciu o nieudostępnioną (nieistniejącą obecnie w obrocie) decyzję, która będzie miała istotne przełożenie na etap realizacji umowy stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego wskazanych w *petitum* odwołania przepisów (art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp).
30. **W konsekwencji zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 19 ust. 1 Rozporządzenia dot. dokumentacji projektowej podlegać powinien uwzględnieniu.**

### **II.3. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO BRAKU PRZEKAZANIA WIAŻĄCEJ DOKUMENTACJI GEOLOGICZNEJ LUB WSKAZANIA WARUNKÓW BAZOWYCH**

31. W pkt. 3.2 akapit drugi tiret drugi PFU (str. 20 – por. też str. 18) w Opisie stanu istniejącego – dane ogólne Zamawiający wskazał, że *„udostępnia następujące materiały, które mają charakter pomocniczy (Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko) [...] wyniki badań podłoża gruntowego (rok wykonania 2020r)“*.
32. W ocenie Odwołującego stwierdzenie, że wyniki badania podłoża gruntowego, na którym będzie posadowiony projektowany obiekt, są niewiążące, a wykonawca interpretuje je na własne ryzyko, prowadzą do naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15 w zw. z § 19 ust. 4 lit. b) Rozporządzenia dot. dokumentacji projektowej.
33. Zgodnie z § 15 Rozporządzenia dot. dokumentacji projektowej *„Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.“* Z kolei zgodnie z § 19 ust. 4 lit. b) *„część informacyjna Programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje: [...] 4) inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: [...] b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów“*
34. Powyżej przywołane przepisy Rozporządzenia dot. dokumentacji projektowej kierowane są wobec Zamawiającego. Przepisy te kreują wymagania co do treści i zakresu dokumentacji składającej się na PFU. Dokonując ich wykładni systemowej oraz funkcjonalnej, należy dojść do wniosku, że ustawodawca wymaga, aby przekazane przez Zamawiającego

informacje nadawały się do „przygotowania oferty szczególne w zakresie obliczenia ceny oferty”. Jak wynika z § 15 Rozporządzenia dot. dokumentacji projektowej, PFU powinien zawierać takie informacje, które umożliwią ustalenie planowanych kosztów i wycenę oferty. Informacje będące podstawą wyceny powinny mieć stanowczy charakter, zwłaszcza, że nie jest przewidziana w przepisach Pzp ani postanowieniach dokumentacji możliwość ich weryfikacji na dalszym etapie Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (nie mówiąc już o obiektywnym braku możliwości ich weryfikacji ze względu na bardzo krótki okres pomiędzy wszczęciem postępowania a terminem złożenia ofert).

35. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający teoretycznie wykonał swój obowiązek i dołączył do PFU wyniki badań podłoża gruntowego (Załącznik G do PFU). Jednakże, dwukrotnie wskazując w PFU (str. 18 i 20) na niewiążący charakter wyników badań podłoża gruntowego oraz obciążając wykonawcę ryzykiem interpretacji i analizy tychże badań, należy dojść do wniosku, że Zamawiający *de facto* nie wykonuje swojego obowiązku, a tym samym narusza nie tylko § 15 w zw. z § 18 ust. 4 lit. b) Rozporządzenia dot. dokumentacji projektowej, ale również art. 99 ust. 1 oraz art. 103 ust. 2 i 3 Pzp.
36. Należy podkreślić, że badania gruntowo-wodne są istotne pod kątem przyjęcia odpowiedniej technologii zaprojektowania planowanego obiektu budowlanego, w tym technologii jego posadowienia (por. pkt. 1.5.2, str. 17 PFU). Przeprowadzenie przez wykonawcę własnych badań podłoża gruntowego będzie jego jednym z obowiązków po zawarciu umowy na etapie przygotowania dokumentacji projektowej. Jednakże obowiązek ten, który zaciągnie na siebie wykonawca po zawarciu umowy nie może rzutować na etap sporządzania oferty przez wykonawcę.
37. Zamawiający, obarczając wykonawcę ryzykiem przyjętego przez wykonawcę zastosowania się do wyników badań podłoża gruntowego (tj. przyjęciem wszystkich założeń w całości, w wybranej części lub pominięciem ich w całości), prowadzi do sytuacji, w której oferty wykonawców będą nieporównywalne. Każdy z wykonawców może odmiennie zastosować się do przedłożonych przez Zamawiającego wyników badań podłoża gruntowego, przyjmując odmiennie założenia co do kalkulacji oferty i możliwych rozwiązań technologicznych posadowienia planowanego obiektu, w tym przyjęcia innych przedziałów ryzyka co do warunków gruntowych, które wykonawca zostanie na etapie realizacji umowy. To z kolei ewidentnie wpłynie na kalkulację oferty, ale też spowoduje ich nieporównywalność.
38. Obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny (art. 99 ust. 1 Pzp). Załączenie dokumentacji niewiążącej, a jednocześnie obarczanie wykonawcy ryzykiem zastosowania się do tej dokumentacji lub jej nieuwzględnieniem stanowi

działanie wręcz przeciwne do treści art. 99 ust. 1 Pzp. **Zamawiający wprowadza tym samym niejednoznaczne postanowienia. Nie jest sprecyzowane w jaki sposób wykonawca do tych informacji ma się zastosować, aby dokonać prawidłowej wyceny oferty.**

39. Odwołujący, jako doświadczony na rynku wykonawca, zdaje sobie sprawę, że obecnie występujące rzeczywiste warunki gruntowo-wodne na terenie, na którym ma być posadowiony planowany obiekt mogą być odmienne od wyników badań podłoża gruntowego sporządzonych w 2020 roku. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, nie jest możliwe dokonanie wyceny ryzyka odmiennych warunków podłoża gruntowego z następujących powodów:
- (a) Odwołujący nie ma żadnych danych, które może uznać za wiążące na potrzeby przygotowania oferty;
  - (b) Wzór umowy nie przewiduje żadnych postanowień, które mogłyby uprawniać do zwiększenia wynagrodzenia o dodatkowe koszty wykonania robót budowlanych w sytuacji, w której rzeczywiste odmienne warunki gruntowe będą mniej korzystne niż wyniki badań gruntowych przedstawionych przez Zamawiającego;
  - (c) Zamawiający przeniósł całkowite, niemierzalne i w żadnym razie niemożliwe do przewidzenia ryzyko odmiennych, niekorzystnych warunków gruntowych na wykonawcę.
40. **Powyższe świadczy jednoznacznie o naruszeniu przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z § 15 i § 18 ust. 4 lit. b) Rozporządzenia dot. dokumentacji projektowej.**

#### **II.4. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO § 10 UST. 10 WZORU UMOWY**

41. W § 10 ust. 10 Wzoru Umowy Zamawiający wskazał, że „*Wyplata części wynagrodzenia za roboty budowlane i sprawowanie nadzoru autorskiego wskazanego w ust. 1 pkt 2 i 3 następować będzie w terminie 30 dni od daty przedłożenia odpowiedniej faktury. Łączna wysokość faktur częściowych nie będzie niższa niż 50% i nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia wskazanego w ust. 1 pkt 2 i 3. [...]*”. Ze zdania drugiego przytoczonego fragmentu postanowienia wynika, że łączna wysokość faktur częściowych będzie mieściła się w przedziale 50% - 90%. Jednocześnie z żadnych postanowień umownych nie wynika obowiązek Zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia za część robót, którą wykonawca faktycznie zrealizuje.
42. Zgodnie z art. 443 ust. 1 i 2 Pzp „*Zamawiający płaci wynagrodzenie w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udziela zaliczki na poczet wykonania zamówienia, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy*



*niż 12 miesięcy.” Z przywołanego przepisu jednoznacznie wynika, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest zapłata wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W doktrynie wskazuje się, że „Ten sposób rozliczenia wynagrodzenia zakłada dokonywanie płatności wynagrodzenie za **wykonane części zamówienia**. Jego stosowanie wymaga określenia w umowie sposobu weryfikowania przez zamawiającego, czy zamówienie zostało wykonane (sposobu odbioru poszczególnych części zamówienia) oraz podstawy do wystawienia faktury lub rachunku umożliwiających dokonywanie rozliczeń częściowych.”<sup>12</sup>*

43. Z kolei w art. 443 ust. 2 Pzp ustawodawca wskazał, że „Zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części. Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.” W zdaniu drugim przywołanego przepisu ustawodawca odniósł się do ostatniej części wynagrodzenia, którą Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty wykonawcy, określając, że jej wartość nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.
44. W tym zakresie Zamawiający we wzorze umowy wskazał, że łączna wysokość faktur częściowych ([...]) nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia wskazanego w § 10 ust. 1 pkt 2 i 3 Wzoru Umowy. Innymi słowy ostatnia (końcowa) część wynagrodzenia powinna być nie mniejsza niż 10%. W tym zakresie § 10 ust. 10 zd. 2 jest zgodny z dyspozycją art. 443 ust. 2 zd. 2 Pzp, a jednocześnie jest zgodne z przyjętą w obrocie praktyką zatrzymania ostatniej płatności w kwocie ok. 10% wynagrodzenia umownego<sup>13</sup>.
45. Jednakże zastosowane przez Zamawiającego widełki łącznej wartości faktur częściowych pomiędzy 50% a 90%, w ocenie Odwołującego, prowadzą do sytuacji, w której wykonawca nie ma pewności jaka część należnego mu wynagrodzenia będzie stanowiła ostatnią część ujętą w fakturze końcowej (na którą wskazuje ustawodawca w treści art. 443 ust. 2 zd. 2 Pzp). Mechanizm zaproponowany przez Zamawiającego jest nie tylko bezcelowy (już bowiem wskazanie górnej granicy 90% wypełnia dyspozycję art. 443 ust. 2 Pzp), ale również stwarza realne ryzyko polegające na przypisaniu Zamawiającemu dyskrecjonalnego, nieograniczonego uprawnienia do decydowania w trakcie wykonywania umowy jaka część wynagrodzenia będzie rozliczona w ramach częściowych płatności, a jaka część

<sup>12</sup> M.Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2021, art. 443 Pzp.

<sup>13</sup> Tak np. E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 443: „Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy. Przepis jest kuriozalny wobec **ugruntowanej np. w robotach budowlanych praktyki rynkowej określającej wartość ostatniej części wynagrodzenia na poziomie 10%.**”

wynagrodzenia pozostanie do rozliczenia w ramach płatności końcowej. Mając to na względzie, na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie ma podstaw do kalkulowania swojej oferty uwzględniając to, że konkretna, precyzyjnie określona część wynagrodzenia będzie ujęta w fakturze końcowej i zapłacona po zakończeniu realizacji robót budowlanych.

46. W tym kontekście brak jest bowiem precyzyjnej regulacji umownej, z której wynikałoby do jakiej (sztywnie określonej) wartości procentowej wykonawca może fakturować częściowo roboty. Jednocześnie z postanowień wzoru umowy nie wynika precyzyjnie, że Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia w częściach odpowiadających wykonanej części umowy (co stanowi wymóg ustawy z art. 443 ust. 1 Pzp).
47. W konsekwencji wnioskowana zmiana § 10 ust. 10 w ten sposób, że:
- (a) dodane zostanie zdanie jako zdanie drugie w brzmieniu *„Zamawiający zapłaci wynagrodzenie w częściach odpowiadających wykonanej części umowy”*, oraz
  - (b) fragment zdania drugiego zaznaczony na czerwono zostanie wykreślony z treści wzoru umowy *„Łączna wysokość faktur częściowych ~~nie będzie niższa niż 50% i nie może przekroczyć 90%~~ wynagrodzenia wskazanego w ust. 1 pkt 2 i 3”*,

doprowadzi do zgodności § 10 ust. 10 z art. 443 ust. 2 i 3 Pzp oraz jednoznacznego określenia do jakiej wysokości wynagrodzenia wykonawca będzie uprawniony fakturować częściowo, a jaka minimalna wartość wynagrodzenia powinna pozostać rozliczona w ramach faktury końcowej. Precyzyjne wskazanie maksymalnej wartości faktur częściowych nie będzie budziło wątpliwości przy rozliczeniach, które to wątpliwości obecnie istnieją.

## **II.5. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO § 13 UST. 5 WZORU UMOWY**

48. Jako ostatni z zarzutów Odwołujący wskazuje, że § 13 ust. 5 wzoru umowy nie przewiduje możliwości zwiększenia wynagrodzenia w przypadkach enumeratywnie wskazanych w tym postanowieniu umownym.
49. Zgodnie z art. 632 § 1 k.c. *„Jeżeli strony umowy się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.”* Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wyłącznie ten zakres robót oraz termin ich wykonania, które wykonawca mógł wywnioskować w ramach analizy dokumentacji przetargowej przygotowanej przez Zamawiającego. Oczywiście jest, że w przypadku pojawienia się okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi wykonawca, ryzyko tych okoliczności powinno być rozłożone równomiernie na stronę. **Bynajmniej zaistnienie takich okoliczności nie**

**powinno prowadzić do ponoszenia przez wykonawcę ryzyka finansowania dłuższego wykonania robót budowlanych niż pierwotnie zakładany, czy też ponoszenia przez wykonawcę dodatkowych kosztów robót, które nie były możliwe do przewidzenia na etapie składania oferty.**

50. Powyższe w szczególności dotyczy następujących przypadków opisanych w § 13 ust. 5:
- (a) niezawinionego przez WYKONAWCĘ opóźnienia w uzyskaniu wymaganych decyzji administracyjnych, pozwoleń oraz opinii innych organów w trakcie opracowania dokumentacji (pkt 1);
  - (b) wstrzymania robót przez ZAMAWIAJĄCEGO lub przerw w wykonywaniu robót powstałych na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność ZAMAWIAJĄCY (pkt 4);
  - (c) zwiększenia przez ZAMAWIAJĄCEGO zakresu rzeczowego prac objętych zamówieniem (pkt 8);
  - (d) w przypadku wystąpienia robót dodatkowych jak również wykonywania koniecznych rozwiązań zamiennych w stosunku do projektowanych (pkt 9);
  - (e) w przypadku wystąpienia przeszkód w gruncie (w tym niezainwentaryzowane sieci, przeszkody geologiczne) (pkt 10).
51. Skoro Zamawiający przewidział uprawnienie do zmiany terminu wykonania robót w związku z pojawieniem się przyczyn niezależnych od wykonawcy, konsekwentnie powinien przewidzieć również uprawnienie do zmiany wynagrodzenia o dodatkowy koszt, który powstanie w związku z zaistnieniem takich zdarzeń.
52. Wprowadzenie do § 13 ust. 5 Wzoru umowy postanowienia uprawniającego do zmiany wynagrodzenia będzie prowadziło do sytuacji, w której Zamawiający nie będzie przenosił na wykonawcę nieprzewidywalnych, nie dających się oszacować finansowych ryzyk, za które wykonawca zgodnie z § 13 ust. 5 wzoru umowy nie ponosi odpowiedzialności. Tym bardziej, że część przypadków przewidzianych w § 13 ust. 5 wzoru umowy jest uzależniona od decyzji Zamawiającego – w konsekwencji to Zamawiający powinien przyjąć na siebie ryzyko finansowe jego własnych decyzji, które mogą wpłynąć na proces wykonywania robót budowlanych i prowadzić do zwiększenia kosztów wykonania robót budowlanych.
53. Brak uwzględnienia uprawnienia do zmiany wynagrodzenia o dodatkowy koszt, który może ponieść wykonawca w związku z zaistnieniem zdarzeń, za które nie ponosi on odpowiedzialności i których nie mógł obiektywnie przewidzieć, prowadzi do naruszenia reguły wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c., zgodnie z którym stosunek prawny może być sformułowany według uznania

stron (w tym przypadku Zamawiającego), **jednak jego treść lub cel nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.** W konsekwencji prowadzi to do wypaczenia ryczałtowego wynagrodzenia i obciążenia wykonawcy ryzykiem poniesienia dodatkowych kosztów, których nie mógł obiektywnie założyć.

Wobec powyższego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wojciech Merkwa  
radca prawny

#### **ZAŁĄCZNIKI**

- Załącznik 1** Pełnomocnictwo
- Załącznik 2** Opłata skarbową za pełnomocnictwo
- Załącznik 3** Odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
- Załącznik 4** Dowód uiszczenia wpisu
- Załącznik 5** Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu