

Warszawa, dn. 12 marca 2025r.

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

**Zamawiający:** **Miasto Ostrołęka**  
Pl. Ben. J. Bema 1  
07-400 Ostrołęka  
NIP 758 21 42 002  
REGON 550668410  
e-mail: [zp@um.ostroleka.pl](mailto:zp@um.ostroleka.pl)  
[www.ostoleka.pl](http://www.ostoleka.pl)

**Odwołujący:** **Balzola Polska Sp. z o.o.**  
Al. Jana Pawła II 12  
KRS 0000319478, NIP 1010002981  
tel. +48 (22) 8508317  
e-mail: [balzolapolska@balzola.pl](mailto:balzolapolska@balzola.pl)

reprezentowany przez:

**r.pr. Magdalenę Zadorę-Redźko**  
adres do doręczeń jw.:  
tel. kom. +48 691 951 019  
e-mail: [redzko@balzola.pl](mailto:redzko@balzola.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa południowej obwodnicy miasta Ostrołęki wraz z budową obiektu mostowego przez rzekę Narew”

**Numer ogłoszenia:** Numer publikacji 138694-2025, Numer wydania Dz.U. S: 43/2025, Data publikacji: 03/03/2025

**Postępowanie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.**

## **ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Balzola Polska Sp. z o.o., zwanej dalej „Odwołującym”, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które przedkładam w załączeniu wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej, na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą pzp”, wnoszę odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy pzp

czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa południowej obwodnicy miasta Ostrołęki wraz z budową obiektu mostowego przez rzekę Narew”. (Znak sprawy: KPZ.271.9.2025) wskazane szczegółowo w dalszej części odwołania.

## **I. Zarzuty.**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- I.1. **naruszenie art. 8 ustawy pzp w zw. z art. 66 kc, art. 5 kc, art. 353(1) kc, 647 kc, poprzez wprowadzenie w §7 ust.8 projektu umowy postanowień przyznających zamawiającemu uprawnienie do korygowania cen w kosztorysie ofertowym wykonawcy po podpisaniu Umowy** w przypadku uznania przez Zamawiającego, że wykonawca przyjął robót w kosztorysie ceny rażąco odbiegające od średnich cen na rynku robót budowlanych, w tym m.in. od cen określonych w publikacjach dotyczących analizy cen robót budowlanych lub w kosztorysie inwestorskim co stanowi niedozwoloną ingerencję zarówno w treść oferty wykonawcy i treść umowy o zamówienie publiczne z naruszeniem zasad dokonywania jej zmiany podczas gdy sposób kształtowania ceny oferty jest tylko i wyłącznie uprawnieniem wykonawcy, podlegającym weryfikacji na etapie oceny ofert a dokonywanie zmiany umowy nie stanowi jednostronnego uprawnienia zamawiającego, wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu i nadużycie prawa do kształtowania postanowień umowy.
- I.2. **Naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy pzp, art. 433 pkt 3 ustawy pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353 (1) kc, art. 5 kc pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania a także wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu i sformułowanie postanowień Umowy w sposób przenoszący na wykonawcę ryzyko ponoszenia kosztów zaniechań w sposobie opisu przedmiotu zamówienia w wyniku nałożenia na wykonawcę w §15 ust 1 pkt 32) umowy obowiązku uwzględnia w cenie oferty ewentualnych kosztów utylizacji odpadów w postaci destruktu asfaltowego, w przypadku braku możliwości utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego, bez podania w opisie przedmiotu zamówienia jakichkolwiek podstaw do oszacowania czy i w jakiej ilości odpad taki uwzględnić należy w cenie ofert, pomimo że zgodnie z formułą prowadzonego postępowania to obowiązkiem Zamawiającego jest dostarczenie wykonawcy informacji i dokumentów niezbędnych zgodnego z ustawą pzp opisu przedmiotu zamówienia
- I.3. **Art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez sformułowanie w §13 ust. 1 pkt 3 projektu umowy klauzuli waloryzacyjnej niezgodnej z treścią przywołanego przepisu ustawy pzp bo nie zawierającej wszystkich wymaganych ustawą elementów tejże klauzuli**, co w konsekwencji uniemożliwia jej późniejsze zastosowanie, jak też wprowadzenie zapisów o tym, że niezależnie od spełnienia się przesłanek waloryzacji jest to jedna z okoliczności stanowiących katalog zmian na które Zamawiający może wyrazić zgodę, nie stanowiąc jednak zobowiązania do wyrażenia takiej zgody.
- I.4. **art. 433 pkt 3) ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kc w zw. z 471 i 473 kc w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do projektu umowy (§22 ust 1 pkt 2 lit a) i b)) postanowień, z których wynika odpowiedzialność finansowa wykonawcy za okoliczności za które wyłączną

**odpowiedzialność ponosi Zamawiający**, tj. wstrzymanie realizacji robót na pisemne polecenie Inspektora nadzoru z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co stanowi o przeniesieniu na wykonawców odpowiedzialności finansowej za działania czy zaniechania Zamawiającego nie wykluczając winy umyślnej, stanowiąc klauzulę abuzywną, prowadzącą do nadużycia przez Zamawiającego prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy praw, równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców

- I.5. **art. 462, art. 463 i art. 464 ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 647 (1)§3 KC, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 353(1) kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp** poprzez wprowadzenie w §20 ust 2 pkt 2) Umowy postanowień ograniczających możliwość współpracy z podwykonawcami, a także możliwość wykonawcy do swobodnego kształtowania treści umowy z podwykonawcą w zakresie wynagrodzenia podwykonawcy, w sytuacji, w której dyspozycja art. 462 ustawy pzp nie ogranicza Wykonawcy w prawie do zlecenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, art. 463 i 464 ustawy pzp wskazuje zaś w jakim zakresie ta swoboda może zostać ograniczona, co w konsekwencji stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców i podwykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców

## **II. Żądanie.**

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

- II.1. w zakresie zarzutu nr I.1 – usunięcie §7 ust 8 Umowy

- II.2.** w zakresie zarzutu nr I.2. – zmianę w §15 ust 1 pkt 32 Umowy poprzez zastąpienie zdania o tym, że „W przypadku, gdy niespełnione zostaną warunki utraty statusu odpadów, o których mowa w §2 ust. 1 ww. Rozporządzenia, Wykonawca zobowiązany będzie do utylizacji odpadu destruktu asfaltowego na własny koszt, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa” zdaniem „W przypadku, gdy niespełnione zostaną warunki utraty statusu odpadów, o których mowa w §2 ust. 1 ww. Rozporządzenia, utylizacja odpadu destruktu asfaltowego w koniecznej ilości stanowiła będzie roboty dodatkowe”

w zakresie zarzutu I.3 – poprzez dodanie w klauzuli waloryzacyjnej zapisów o tym, że waloryzacja będzie dokonywana w okresach miesięcznych i będzie dotyczyła prac wykonanych w danym miesiącu rozliczeniowym oraz zmianę w §13 ust. 2 umowy poprzez zastąpienie zdania „*Wszystkie powyższe postanowienia stanowią katalog zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody.*” zdaniem „*Postanowienia §13 ust 1 Umowy stanowią katalog zmian, na które*

*Zamawiający może wyrazić zgodę. Nie stanowią jednocześnie zobowiązania do wyrażenia takiej zgody.”*

- II.3. w zakresie zarzutu I.4. – usunięcie §22 ust 1 pkt 2 lit a) i b)) umowy
- II.4. w zakresie zarzutu I.5. – usunięcie §20 ust 2 pkt 2) umowy lub wprowadzenie zapisu o tym, że jeżeli wynagrodzenie podwykonawcy będzie przekraczało wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie tego samego zakresu zamówienia, wykonawca i podwykonawca muszą zwolnić w umowie zamawiającego z odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawczy w kwocie wyższej niż wynikająca z umowy z wykonawcą

### III. **Interes w złożeniu odwołania.**

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

W odniesieniu do interesu prawnego Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej – „środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów **prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia).** Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w

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

#### IV. Termin oraz wymagania formalne.

Zamawiający opublikował SWZ dla przedmiotowego zamówienia 3 marca 2025r. na stronie internetowej <https://platformazakupowa.pl/transakcja/1071321>. Oznacza to, że Odwołujący składa odwołanie w terminie wymaganym zgodnie z art. 515 ust 2 pkt 2) ustawy pzp.

### UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Ostrołęka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa południowej obwodnicy miasta Ostrołęki wraz z budową obiektu mostowego przez rzekę Narew”* (Dalej: postępowanie). 3 marca br. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania dokumenty zamówienia w tym projektowanie postanowienia umowy (dalej: umowa), których treść stanowi przedmiot niniejszego odwołania.

#### I. Uzasadnienie zarzutu nr I.1.

##### Korygowanie kosztorysu ofertowego po podpisaniu umowy.

- I.1. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający przejął formułę wynagrodzenia ryczałtowego. Jednocześnie, zgodnie z postanowieniami SWZ i Umowy Zamawiający wymaga od wykonawcy złożenia w dniu podpisania umowy kosztorysu ofertowego, stanowiącego element przyszłej umowy o zamówienie publiczne.

I tak, w Rozdziale XX pkt 6 SWZ Zamawiający zapisał, że *„Przed zawarciem umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej lub szczegółowej. Kosztorys ofertowy będzie wykorzystywany do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku ich realizacji zgodnie z umową, odstąpienia od umowy (jej wypowiedzenia lub rozwiązania) lub też rezygnacji z części robót, a tym samym obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy”*.

Podobny zapis, Zamawiający zamieścił w §7 ust 6 umowy, zgodnie z którym *W dniu podpisania umowy Wykonawca zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu kosztorysy ofertowe, które stanowić będą załącznik do niniejszej umowy. Załączone kosztorysy ofertowe nie określają zakresu rzeczowego zobowiązania Wykonawcy, ale służą jedynie do obliczenia wysokości należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy lub rezygnacji Zamawiającego z wykonania części przedmiotu umowy lub w przypadku wystąpienia robót zamiennych lub dodatkowych (§7 ust 6 Umowy)*

Dodatkowo, w §6 ust 4 zapisane jest *„Szczegółowe terminy dla realizacji zadania objętego umową: Przekazanie kosztorysów ofertowych, które stanowić będą załącznik do niniejszej umowy : w dniu podpisania umowy”*

Zgodnie z §7 ust 10 Umowy Kosztorysy mają być sporządzone w formie analogicznej do przedmiarów Zamawiającego stanowiących załącznik do SWZ, zachowując identyczną kolejność pozycji.

W tym miejscu odwołujący dla porządku wskazuje również, że do SWZ Zamawiający załączył przedmiary stanowiące podstawę sporządzenia kosztorysów nadając im jednak – z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, charakter niewiążący. (Zgodnie z Rozdziałem XV pkt 10 SWZ Załączone do SWZ przedmiary robót mają charakter poglądowy i mogą stanowić materiał pomocniczy do sporządzenia kalkulacji ceny przez Wykonawcę, Rozdział III pkt 4 ppkt 6 SWZ Wykonawca nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych robót w dostarczonych przez Zamawiającego przedmiarach, które mają jedynie charakter pomocniczy, a ich treść nie może być podstawą jakichkolwiek roszczeń. Podstawą zamówienia jest dokumentacja projektowa i pozostałe dokumenty przetargowe tworzące SWZ, a wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zdefiniowany w art. 632 kodeksu cywilnego)

- I.2. **Pomimo, że kosztorys ofertowy jest dokumentem opracowywanym przez Wykonawcę i stanowi on szczegółowe rozbiecie zaproponowanej przez Wykonawcę i zaakceptowanej przez Zamawiającego na etapie oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty ceny ofertowej, Zamawiający przyznał sobie jednostronne uprawnienia do ingerowania w tę cenę i to na etapie już po wyborze oferty najkorzystniejszej i po podpisaniu umowy, poprzez obniżenie w oparciu o niejasne kryteria cen w kosztorysie tworzących cenę ofertowa.**

W §7 ust. 8 Zamawiający przewidział bowiem, że Zamawiający zastrzega sobie prawo korekty wartości poszczególnych elementów kosztorysów ofertowych w przypadku przyjęcia przez Wykonawcę dla robót objętych tym elementem cen rażąco odbiegających od średnich cen na rynku robót budowlanych, w tym m.in. określonych w publikacjach dotyczących analizy cen robót budowlanych lub w kosztorysie inwestorskim. Zamawiający korygując wartości poszczególnych robót nie może zmienić wynagrodzenia określonego w § 9 ust. 1 niniejszej umowy. Dodatkowo, w ust 7 Zamawiający zapisał, że „Zamawiający zgłosi uwagi do kosztorysów ofertowych przedstawicielowi Wykonawcy, w terminie do 14 dni od dnia przedłożenia kosztorysów ofertowych do zatwierdzenia. Brak zgłoszenia uwag oznacza zatwierdzenie kosztorysów ofertowych. Wykonawca uwzględni zgłoszone uwagi w terminie 14 dni od dnia ich przekazania przez Zamawiającego i w tym terminie przekaże Zamawiającemu poprawioną wersję kosztorysów ofertowych. **Wykonawca może powoływać się wyłącznie na kosztorysy zatwierdzone przez Zamawiającego.**”

- I.3. Niezależnie od różnego brzmienia przywołanych postanowień SWZ i umowy co do znaczenia kosztorysu ofertowego dla rozliczenia należnego wynagrodzenia wykonawcy (SWZ mówi o tym, że kosztorys ofertowy służy jego ustaleniu podczas gdy umowa nie zawiera takich postanowień) obydwie te dokumenty potwierdzają, że kosztorysy ofertowe mają służyć rozliczeniu wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od umowy lub rezygnacji Zamawiającego z wykonania części przedmiotu umowy lub w przypadku wystąpienia robót zamiennych lub dodatkowych.
- I.4. Dodatkowo należy też wskazać, że w rozdziale III SWZ pkt 7 Zamawiający przewidział udzielenie zamówienia z wolnej ręki o których mowa w art. 214 ust 1 pkt 7 ustawy pzp, o



szacunkowej wartości 20 000 000,00 netto które mają być udzielone na warunkach zamówienia podstawowego – określonych w SWZ – jeżeli zostaną spełnione przesłanki określone w ustawie pzp.

- I.5. Oznacza to, że kosztorysy ofertowe do których Zamawiający może wprowadzić wiążące dla wykonawcy korekty wartości poszczególnych elementów robót będą miały zastosowanie do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy co najmniej w przypadku (i) odstąpienia od umowy, (ii) ograniczenia zakresu umowy (zgodnie z §9 ust 9 umowy – do 15 % pierwotnej wartości umowy) (iii) zlecenia robót dodatkowych (próg ustawowy 50%) (iv) zlecenie robót zamiennych (v) zlecenia zamówień uzupełniających w trybie art. 214 ust 1 pkt 7 ustawy pzp. **W przypadku ingerencji Zamawiającego w kosztorysy ofertowe, do czego Zamawiający przyznaje sobie niczym nie ograniczone i jednostronne uprawnienie, wartość wynagrodzenia wykonawcy ustala będzie w takim przypadku w oparciu o ceny narzucone przez Zamawiającego a nie przyjęte przez Wykonawcę na etapie konstruowania oferty i składające się na zaproponowana przez niego cenę.**
- I.6. W ocenie Odwołującego tak sformułowane postanowienia umowy zastanowią zaprzeczenie zasadniczego podziału uprawnień stron w toku postępowania przetargowego jak też uprawnień wynikających z umowy zawartej w wyniku takiego postępowania, w zakresie uprawnienia Wykonawcy – nie zamawiającego, do kształtowania ceny oferty za jaką Wykonawca zobowiązuje się realizować zamówienie oraz żądania zapłaty.
- I.7. Zgodnie z art. 66 kc w zw. z art. 8 pzp przez ofertę należy rozumieć oświadczenie woli złożone drugiej stronie wyrażające wolę zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tejże umowy. Na prawidłowość stosowania definicji z art. 66 kc wobec braku własnych regulacji pzp wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z 25 maja 2021r. (sygn. akt KIO 992/21), czy wyroku z 19 lutego 2021r. (sygn. akt KIO 258/21).
- I.8. Istotne postanowienia umowy o roboty budowlane określa z kolei art. 647 kc zgodnie z którym przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Co z kolei oznacza, że skoro istotnym postanowieniem umowy o roboty budowlane jest określenie wynagrodzenia, to Wykonawca (nie Zamawiający) w ofercie na wykonanie robót budowlanych, w ramach umowy o roboty budowlane, w oparciu tylko o przepisy kc określić ma co najmniej żądane wynagrodzenie.
- I.9. W analizowanym stanie faktycznym szczegółowe wymagania dotyczące treści oferty Zamawiający zawarł w Rozdziale IVX SWZ Opis sposobu przygotowania ofert oraz wymagania formalne dotyczące składanych oświadczeń i dokumentów. Wynika z nich, że ofertę należy złożyć na Formularzu ofertowym zgodnie z załącznikiem nr 1 (Formularz ofertowy) . Zgodnie z Formularzem ofertowym (pkt III) wykonawca podać miał cenę oferty stanowiącą całkowite wynagrodzenie Wykonawcy uwzględniające wszelkie koszty związane

z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ wyrażone w kwocie netto i brutto i z rozbiem na cenę za etap I i etap II.

- I.10. **Nie może więc ulegać żadnym wątpliwościom to, że cena jest elementem oferty, która jako oświadczenie woli zawarcia umowy składane przez wykonawcę, kształtowana jest przez wykonawcę - nie zamawiającego.**
- I.11. **Kosztorys ofertowy jest zaś podstawą kalkulacji ceny oferty przez wykonawcę, informacją o sposobie skalkulowania ceny oferty tak w zakresie przyjętych asortymentów (rodzajów) robót, ich szacowanych ilości i cen jednostkowych i zbiorczych dla tychże asortymentów.**

W literaturze branżowej kosztorys ofertowy jest definiowany jako: (i) kalkulacja ceny oferty przygotowywana przez wykonawcę przed podpisaniem umowy jako propozycja wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.<sup>1</sup>, (ii) wycena prac budowlanych, która wykonywana jest na potrzeby przetargu lub negocjacji z Inwestorem <sup>2</sup> (iii) szczegółowy dokument, który zawiera wykaz wszystkich kosztów związanych z realizacją projektu budowlanego i pozwala na precyzyjne obliczenie przewidywanych kosztów związanych z wykonaniem określonych prac budowlanych, uwzględniając materiały, robociznę oraz sprzęt. W branży budowlanej istnieje kilka rodzajów kosztorysów, m.in. kosztorys inwestorski, ofertowy, powykonawczy czy zamienny. Każdy pełni inną funkcję i jest stosowany na różnych etapach inwestycji. Kosztorys ofertowy zawiera szczegółowy opis zakresu prac, robót budowlanych, materiałów oraz cen jednostkowych. Wykonawca przygotowuje go w odpowiedzi na zapytanie ofertowe lub przetarg. Celem dokumentu jest przedstawienie inwestorowi szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania danego projektu. Stanowi także podstawę do negocjacji warunków umowy i określenia wynagrodzenia wykonawcy.<sup>3</sup>

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu ofertowego, obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych (...) (Dz.U. 2021 poz. 2458 ) definiuje pojęcie kosztorysu inwestorskiego z czego wywodzić można, przez analogię, się również definicję kosztorysu ofertowego, szczególnie, że w Rozdziale XX SWZ Zamawiający przewidział, że kosztorysy ofertowe jakie złożyć ma wykonawca powinny być sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej lub szczegółowej dla których brak jest definicji ustawowych innych niż wynikające ze wskazanego rozporządzenia. I tak, zgodnie z §1 ust 1 ww. rozporządzenia *kosztorys inwestorski stanowi podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane (...).* Zgodnie zaś z §2 ust 1 *kosztorys inwestorski opracowuje się metodą kalkulacji uproszczonej polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiotem robót jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych (...).* W myśl §4 Rozporządzenia kalkulacja szczegółowa polega na obliczeniu ceny kosztorysowej obiektów lub robót budowlanych jako sumy iloczynów: ilości ustalonych jednostek przedmiarowych (obmiarowych) robót, jednostkowych nakładów rzeczowych i ich cen oraz doliczonych odpowiednio kosztów pośrednich i zysku, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT). Stosując przez

<sup>1</sup> <https://inzynierbudownictwa.pl/o-roznych-kosztorysach>, dr. O.Sielewicz Prezes Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych

<sup>2</sup> <https://www.kosztorysowaniebudowlane.pl/home/kosztorysy-ofertowe>

<sup>3</sup> <https://pep.pl/poradnik/kosztorys/>



analogię definicje zawarte w ww. rozporządzeniu kosztorys ofertowy stanowi podstawę określenia ceny oferty zamówienia na roboty budowlane i może być sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej (suma iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych) lub szczegółowy to suma iloczynów ilości przedmiarowych i cen jednostkowych z rozbiem na Robocizną, Materiały, Sprzęt, Koszty pośrednie i zysk).

Wreszcie o charakterze kosztorysu ofertowego wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza .I tak w wyroku z 6 kwietnia 2023r. (sygn. akt. 797/23) Izba stwierdził, że **Kosztorys ofertowy stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co** oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy.

- I.12. Dodatkowo wskazać można na przepisy art. 223 ust 2 ustawy pzp który przyznając zamawiającemu uprawnienie do poprawiania omyłek w ofercie - w tym również omyłek w kosztorysach ofertowych, warunkuje skuteczność takiego poprawienia zgodą Wykonawcy. **Wykonawca ma bowiem prawo przyjąć taką strategię budowania swojej ceny ofertowej i tworzących ją cen jednostkowych, która zapewni mu nie tylko uzyskanie zamówienia, ale i pokrycie kosztów realizacji zamówienia.** Dopóki więc Zamawiający, nie narzuca wykonawcom wytycznych co do budowania ceny jednostkowej, wykonawcy z tej swobody mogą w pełni korzystać. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Zamawiający przyznaje sobie uprawnienie do zmiany cen zaproponowanych przez Wykonawcę już po podpisaniu umowy nie określając przy tym jasnych kryteriów takich zmian i odrywając je chociażby od obowiązku przeanalizowania z czego wynika cena jednostkowa składająca się na cenę oferty.
- I.13. Zapis umowy, który mówi o możliwości zmiany cen jednostkowych przyjętych przez Wykonawcę w sytuacji gdy odbiegają one od średnich cen na rynku robót budowlanych, w tym m.in. określonych w publikacjach dotyczących analizy cen robót budowlanych lub w kosztorysie inwestorskim, wskazywałby na obowiązek wykonawcy skalkulowania ceny oferty w oparciu o średnie ceny ustalone w oparciu o dostępne publikacje czy kosztorys inwestorski, co byłoby zaprzeczeniem mieszczącej się w granicach prawa swobody kształtowania ceny oferty przez wykonawcę. Oferta skonstruowana w oparciu o ceny z kosztorysu inwestorskiego czy średnie ceny na rynku robót budowlanych określone w dostępnych publikacjach nie mieści się również w pojęciu oferty najkorzystniejszej – **przyjęcie przez wykonawców w ofertach takich samych cen średnich czy też cen z kosztorysu inwestorskiego powoduje, że oferty nie są one między sobą konkurencyjne.** Wszystkie bowiem opierają na takich samym cenach.
- I.14. **Zaskarżony zapis wprowadza dla wykonawcy ryzyko rozliczenia wykonywanych przez niego robót po pierwsze po cenach innych niż zakładane, po drugie po cenach dla wykonawcy nieosiągalnych.** Przygotowując ofertę wykonawca opiera kalkulację ceny – co do zasady - albo na własnych założeniach kalkulacyjnych (dla zakresów jakich nie zamierza podzlecać podwykonawcom) albo na ofertach podwykonawców. Tak sporządzona kalkulacja jest dla wykonawcy wiarygodna – obejmuje wszystkie koszty „pokryte” przyjętym w ofercie kosztem działań własnych lub uzyskanymi na etapie postępowania przetargowego ofertami podwykonawców (plus rozsądny zysk). Innymi słowy kalkulacja i przyjęte w niej ceny jednostkowe są wynikiem dostępnych wykonawcy sposobów wykonania umowy. **Nawet fakt**

istnienia rażąco odbiegających średnich cen na rynku od cen przyjętych w kosztorysie ofertowym nie oznacza, że będą one dostępne Wykonawcy. Tym bardziej trudno mówić o dostępności cen z kosztorysów inwestorskich skoro po pierwsze nie jest znane wykonawcy źródło ich pochodzenia, po drugie brak jest możliwości zweryfikowania prawidłowości ich przyjęcia.

- I.15. **Dodatkowo, taki zapis naraża wykonawcę na odpowiedzialność odszkodowawczą wobec podwykonawców z którymi nawiązał współpracę na etapie przygotowania oferty i w oparciu o oferty których skonstruował cenę swojej oferty.** „Skorygowanie” przez zamawiającego cen wymuszało bowiem będzie konieczność zmiany umowy wykonawcy z podwykonawcą a w przypadku braku zgody podwykonawcy szczególnie na realizację robót po zaniżonych w stosunku do zaproponowanych cenach, konieczność rozwiązania umowy z przyczyn objętych odpowiedzialnością wykonawcy. **Żaden z zapisów umowy nie przewiduje, że Zamawiający zwracał będzie wykonawcy tak poniesione, nieplanowane koszty.**
- I.16. Wprowadzanie analogicznych postanowień do umów podwykonawczych na etapie ich zawierania czy pozyskiwania może znacznie ograniczyć wykonawcę w możliwości pozyskania podwykonawców.
- I.17. Analizując ten zarzut warto również wskazać, że **zaskarżone postanowienia umowy mogą być traktowane jako obejście przepisów ustawy pzp w zakresie obowiązku badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.** Zapis umowy mówi bowiem o możliwości zmian cen jednostkowych rażąco odbiegających od przyjętych w kosztorysie inwestorskim lub średnich cen na rynku budowlany. Zgodnie bowiem z art. 244 ust 1 ustawy pzp **to na etapie oceny ofert Zamawiający ma obowiązek zbadać czy cena oferty lub jej istotne części składowe które wydają się rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia** lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania robót zgodnie z warunkami zamówienia nie mają takiego charakteru. **Sankcją za zaoferowanie elementów ceny o charakterze rażąco niskim, przekładających się na rażąco niski charakter całości ceny oferty, jest jej odrzucenie nie zaś konwalidowanie takich cen na etapie po podpisaniu Umowy.** Jakkolwiek w ocenie wykonawcy zaskarżony zapis niesie raczej ryzyko obniżania cen jednostkowych do nieznanego wykonawcy poziomu i rozliczenia po takich cenach robót niż ich podnoszenia.
- I.18. Rozważając podniesiony zarzut warto również zwrócić uwagę, że **w zakresie umownego prawa odstąpienia – na wypadek wykonania którego rozliczenie będzie dokonywane w oparciu o kosztorysy, umowa przyznaje je wyłącznie Zamawiającemu** a katalog podstaw odstąpienia wymienia w §30 ust 2 Umowy. Przyznane wykonawcy w §30 ust 2 prawo odstąpienia ma charakter o tyle iluzoryczny, że wymaga od Zamawiającego zawiadomienia Wykonawcy, iż wobec zaistnienia uprzednio nieprzewidzianych okoliczności nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań umownych wobec Wykonawcy a zatem nie wiąże się, ze stwierdzeniem przez wykonawcę nienależytego wykonywania umowy.
- I.19. **Zaskarżony zapis umowy analizowany w kontekście przepisów ustawy pzp dot. zmiany umowy tj. art. 454 i 454 ustawy pzp również nie stanowi ich transpozycji na grunt umowy.** Po pierwsze dlatego, że „zmiana” cen nie jest dokonywana w wyniku zgodnego oświadczenia woli stron o zmianie umowy – a stanowi jednostronne, arbitralne, dokonywane w oparciu o niejasne kryteria oświadczenia zamawiającego. Po drugie – nawet gdyby – to brak w umowie jasnych, jednoznacznych, precyzyjnych postanowień opisujących jak miałyby ona zostać dokonana. Umowa nie określa bowiem (i) kiedy element ceny będzie uznany za rażąco

odbiegający od średnich cen na rynku robót budowlanych (ii) co oznacza „średnia cena na rynku budowlanym” - zapis umowy mówi „w tym m.in. określonych w publikacjach dotyczących analizy cen robót budowlanych lub w kosztorysie inwestorskim” i przede wszystkich (iii) co jakich kwot miałyby zostać skorygowana taka cena.

- I.20. Wreszcie wskazać należy, że przepisy ustawy pzp dają zamawiającemu uprawnienie do jednostronnej ingerencji w treść zawartej umowy w zakresie opisanym w art. 433 pkt 4 ustawy. Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia wpisując w §9 ust 9 Umowy przyznając sobie uprawnienie do ograniczenia zakresu rzeczowego umowy o nie więcej niż 15%. **I o ile ustawa pzp daje zamawiającemu prawo jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia pod warunkiem wskazania w umowie minimalnej wartości świadczenia, to żaden z przepisów ustawy nie przyznaje Zamawiającemu prawa do jednostronnej zmiany zakresu swojego świadczenia w postaci obowiązku zapłaty.**

I.21.

## II. Uzasadnienie zarzutu 1.2. i 1.4.

### Wstrzymanie robót, odpad destruktu asfaltowego.

- II.1. W §15 pkt 32) projektu umowy, zamawiający przewidział, że „W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2022 r. Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego - **Zamawiający informuje, że Wykonawca robót, jako posiadacz odpadu, zobowiązany będzie do zlecenia laboratorium posiadającemu akredytację w tym zakresie lub certyfikowanej w tym zakresie jednostce badawczej, o których mowa w §3, ust. 2 pkt. 1 i pkt. 2 ww. Rozporządzenia, pobrania i badania próbek odpadu destruktu asfaltowego.** Metoda pobrania próbek, jak również ich ilość powinna spełniać wymagania określone w ww. Rozporządzeniu. **Wykonawca poinformuje Zamawiającego o wynikach badań próbek odpadu destruktu asfaltowego w terminie nie dłuższym niż 3 dni robocze od daty otrzymania wyników przeprowadzonych badań.**

Zamawiający zastrzega możliwość wykonania na własny koszt badań kontrolnych, w przypadku, gdy niespełnione zostaną warunki utraty statusu odpadów, o których mowa w §2 ust. 1 ww. Rozporządzenia.

**Odpady destruktu asfaltowego, które w wyniku przeprowadzonych badań utraciły status odpadu destruktu asfaltowego, mogą zostać wykorzystane podczas realizacji zamówienia, zgodnie z pozycjami przedmiarowymi. Niewykorzystany destruk asfaltowy, który w wyniku przeprowadzonych badań utracił status odpadu, zostanie przetransportowany przez Wykonawcę robót w miejsce wskazane przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego z kompletem wyników badań laboratoryjnych, protokołem i oświadczeniem o zgodności utraty statusu odpadów destruktu asfaltowego, zgodnie ze wzorami określonymi w załącznikach do ww. Rozporządzenia.**

**W przypadku, gdy niespełnione zostaną warunki utraty statusu odpadów, o których mowa w §2 ust. 1 ww. Rozporządzenia, Wykonawca zobowiązany będzie do utylizacji odpadu destruktu asfaltowego na własny koszt, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.**

- II.2. Z przytoczonych postanowień umowy wynika więc, że odpady destruktu asfaltowego, które nie utracą statusu odpadów i nie mogą zostać ponownie wykorzystane, muszą zostać przez wykonawcę jako wytwórcę odpadu destruktu asfaltowego zutilizowane a koszt utylizacji jako ponoszony przez Wykonawcę powinien zostać uwzględniony w cenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia nie daje jednocześnie podstaw do oszacowania w jakiej ilości odpad destruktu asfaltowego powstały może stanowić materiał co do którego możliwa jest utrata statusu odpadu oraz co do którego brak jest takiej możliwości. To bowiem każdy wykonawca samodzielnie, po podpisaniu umowy przeprowadzić ma badania laboratoryjne za pomocą certyfikowanego laboratorium, które pozwolą stwierdzić występowanie odpadu destruktu asfaltowego i konieczność jego utylizacji lub możliwość ponownego wykorzystania. Co w konsekwencji powoduje, że **każdy wykonawca dowolnie przyjąć musi takie ilości ofercie spekulując co do tego czy zakres udzielonego zamówienia będzie obejmował obowiązek w postaci utylizacji opadu destruktu asfaltowego a jeśli tak to w jakiej ilości**
- II.3. Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 r w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego (Dz. U. z 2021 roku poz. 2468), do którego odwołuje się projekt umowy i które reguluje warunki utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego, określa w §2 jakie warunki utraty statusu odpadów muszą zostać spełnione aby materiał ten utracił charakter odpadu. Są to łącznie:

„(...) odpady destruktu asfaltowego:

- a) *nie są zanieczyszczone substancjami innymi niż te, które są stosowane w ramach produkcji mieszanek mineralno - asfaltowych, oraz podczas ich stosowania i normalnego użytkowania,*
- b) *są przetwarzane w procesach odzysku R5 lub R12, wymienionych w załączniku nr 1 do ustawy;*
- 1) *łączna zawartość wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych, w tym zawartość benzo(a)pirenu, w odniesieniu do suchej masy próbki, nie przekracza maksymalnego dopuszczalnego stężenia określonego w tabeli 1 w załączniku nr 1 do rozporządzenia albo w badaniu na obecność wielopierścieniowych węglowodorów aromatycznych metodą uproszczoną określoną w załączniku nr 2 do rozporządzenia otrzymano negatywny wynik - w przypadku odpadów destruktu asfaltowego, dla których istnieją dowody, że powstały z mieszanki mineralno-asfaltowej wykorzystanej do budowy, przebudowy lub remontu dróg i wyprodukowanej po dniu 31 grudnia 2000 r.;*
- 2) *destrukt asfaltowy otrzymany w procesie odzysku spełnia co najmniej wymagania normy PN-EN 13108-8;*
- 3) *odciek próbki nie przekracza maksymalnych dopuszczalnych stężeń określonych w załączniku nr 3 do rozporządzenia;*
- 4) *próbka została pobrana i przebadana zgodnie z § 3;*
- 5) *destrukt asfaltowy otrzymany w procesie odzysku może zostać wykorzystany do budowy, przebudowy lub remontu dróg, w tym utwardzania placów i poboczy, lub infrastruktury lotniskowej, w tym dróg startowych, dróg kołowania, pasów lotniskowych i płyt postojowych*

- 6) *destrukt asfaltowy otrzymany w procesie odzysku może zostać wykorzystany do budowy, przebudowy lub remontu dróg, w tym utwardzania placów i poboczy, lub infrastruktury lotniskowej, w tym dróg startowych, dróg kołowania, pasów lotniskowych i płyt postojowych*
- II.4. Oceny o której mowa w §2 Rozporządzenia dokonuje się w oparciu o wspomniane próbki pobrane i przebadane przez akredytowane laboratoria lub certyfikowane jednostki badawcze (§3 Rozporządzenia) pobrane w trakcie badań których przeprowadzenia wymaga Zamawiający od Wykonawcy. Co bardzo istotne **Wykonawca nie ma ani możliwości ani obowiązku ich wykonania przed złożeniem oferty**
- II.5. Przenosząc jak określone obowiązki na opis przedmiotu zamówienia należy wskazać, że składają się na niego Część III SWZ, która tworzą dokument o nazwie Opis przedmiotu zamówienia, Projekty wykonawcze, STWiOR, Przedmiary robót o charakterze tylko i wyłącznie pomocniczym. **Żaden z dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia nie daje jakichkolwiek podstaw do oszacowania kosztów wynikających z :**
- a) **Tego czy na powierzchniach przeznaczonych do rozbiórki będzie znajdował się odpad destruktu asfaltowego konieczny do utylizacji czy też będzie znajdował się tam odpad destruktu asfaltowego, który będzie miał cechy pozwalające na utratę statusu destruktu**
  - b) **Jeżeli na wskazanej do rozbiórki nawierzchni asfaltowej będzie znajdował się odpad destruktu asfaltowego konieczny do utylizacji to w jakiej ilości tj. na jakiej powierzchni i na jakiej głębokości**
  - c) **Jeżeli na wskazanej do rozbiórki nawierzchni asfaltowej będzie znajdował się odpad destruktu asfaltowego który będzie miał cechy pozwalające na utratę statusu destruktu, to w jakiej ilości tj. na jakiej powierzchni i na jakiej głębokości**
- II.6. Zaskarżone postanowienia umowy naruszają zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia. Każą bowiem uwzględnić wykonawcy w cenie oferty elementy ewentualnego przyszłego świadczenia (utylizacja odpadów która będzie konieczna bądź nie bez możliwości określenia w jakiej ilości), których zakresu nie jest w stanie oszacować
- II.7. Zgodnie z art. 99 ust. 1 pzp, zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, oznacza zapewnienie, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym postąpić dostatecznie dokładnie i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), wskazując m.in. że



okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.

- II.8. Podobnie wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) wskazując, że z przepisu art. 29 ust. 1 pzp wynika, iż „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo”. „Zamawiający w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie”. (wyr KIO z 20 stycznia 2023r. sygn. akt. KIO 18/23).
- II.9. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 r., V ACa 846/13, **Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 PZP (obecnie art. 99 PZP). To na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami nienależytego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia.** W innym przypadku dochodziłoby do przerzucenia na wykonawcę ustawowego obowiązku precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w zaskarżonym postanowieniu umowy przerzuca na Wykonawcę ryzyko własnych błędów zaniedbań w opz, skoro zgodnie z art. 647 kc to obowiązkiem Zamawiającego jest przygotowanie dokumentacji projektowej zaś zgodnie z ww. Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska badania powinny zostać przeprowadzone przed przystąpieniem do prac prac remontowo budowlanych (§3 ust 3 ).
- II.10. Z kolei w wyroku KIO z 15.02.2018 r., KIO 173/18 stwierdza się „(...) **nie można akceptować przerzucania nadmiernego ryzyka na wykonawcę w zamówieniach publicznych. Zasada swobody umów w inwestycjach publicznych jest ograniczona, m.in. obowiązkiem Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na kalkulację wszystkich ryzyk.** Aby uniknąć wliczania w cenę ofertową niepotrzebnego, nieporównywalnego ryzyka, to Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcy o informacje i dane, które stworzą podstawy do kalkulacji przez wykonawców porównywalnych ofert.”
- II.11. Nie powinno podlegać wątpliwości, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie sprostął tym obowiązkom wprowadzając opis przedmiotu zamówienia obejmujący zakres świadczenia które może a nie musi wystąpić i nie wiadomo w jakim rozmiarze.
- II.12. Zaskarżone postanowienia umowy naruszają również art. 433 pkt 3 ustawy pzp. Poprzez art. 433 pkt 3 ustawodawca zakazał zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałyby na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego. Tylko zamawiający ma więc, zgodnie z przywołanym przepisem, odpowiadać za to, co jest w gestii jego odpowiedzialności, bez obarczania za to wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i



zapobiega nadużyciom w zakresie w jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy.

- II.13. Jak wynika z Uzasadnienia (Druk sejmowy Nr 3624, VIII kadencja) do nowelizacji z 11.9.2019 r. wprowadzającej art. 433 pzp do tej pory zamawiający kierowali się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, a postanowienia umów zawierały rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania był niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego. W ustawie z 11.9.2019 r. kluczowym rozwiązaniem, które ma zniwelować rzeczne zjawisko nadmiernej jednostronności umów jest zwłaszcza: wyraźne wskazanie zakazanych postanowień umownych.
- II.14. Jak wskazuje się w doktrynie *„Skutkiem więc nowego przepisu, tj. art. 433 jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie w tym zakresie z odwołania do KIO, co było wspomniane wyżej i co zostanie opisane dalszej części komentarza dotyczącej środków ochrony prawnej po nowelizacji.”* (PZP. Komentarz. P.Granecki, I.Granecka Warszawa 2021, Legalis)
- II.15. Podglądy doktryny podzieliło orzecznictwo. W wyroku z 19 listopada 2021r. (sygn. akt. 3260/21) KIO stwierdziła, że *„Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnień jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców.”*
- II.16. Tymczasem w zaskarżonych postanowieniach umowy Zamawiający przerzucił na wykonawcę odpowiedzialność finansową za okoliczności za które wykonawca zgodnie z przepisami ustawy nie może odpowiadać.
- II.17. Przedstawiona argumentacja powstaje aktualna również w zakresie zarzutu I.4. odwołania tj. zarzutu w zakresie postanowień §22 ust 1 pkt 2 lit a) i b), które przyznają Inspektorowi Nadzoru uprawnienie do wstrzymania robót w taki sposób i na taki okres jaki Inspektor Nadzoru uzna za konieczny z wyraźnym zastrzeżeniem, że wszelkie koszty powstałe w związku ze wstrzymaniem robót ponosi Wykonawca a jeżeli wstrzymanie realizacji robót nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, termin wykonania robót ulegnie przedłużeniu o okres wstrzymania robót lub o okres uzgodniony pomiędzy stronami. Tak jak wskazał odwołujący wyżej, w obecnym stanie prawnym klauzule umowne przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności za które wyłącznie odpowiedzialny jest

zamawiający mają charakter klauzul abuzywnych i są niedozwolone. Przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do wstrzymania robót na nieokreślony czas i na koszt wykonawcy narusza również opisane wyżej zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia.

### III. Uzasadnienie zarzutu I.3.

#### Niekompletna klauzula waloryzacyjna.

- III.1. **Art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp nakłada na zamawiających obowiązek wprowadzania, w umowach o zamówienie publiczne zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, klauzuli waloryzacyjnej oraz określa elementy jakie zawierać powinna ona zawierać. Z punktu widzenia zarzutu odwołania wynika z tego po pierwsze obowiązek wprowadzania klauzul celem dokonywania waloryzacji wynagrodzenia po drugie zaś obowiązek konstruowania kompletnych klauzul waloryzacyjnych**
- III.2. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo i doktryna zgodnie z którym, przepis art. 439 ust. 1 i 2 pzp wyznacza minimalny zakres postanowień waloryzacji wynagrodzenia, nie określa natomiast konkretnych zasad tej waloryzacji, które pozostawione zostały do decyzji zamawiającego (wyrok KIO z 21 kwietnia 2023r., sygn. akt 935/23). Podobnie w wyroku KIO z 11 września 2021r. sygn. akt 2558/21) stwierdza się, że „(...) obowiązkiem zamawiających jest określenie zasad, przy których będzie możliwa zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacji zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający musi zatem określić w umowie następujące elementy: w jakich okolicznościach może dojść do waloryzacji wynagrodzenia, od którego terminu będzie ona możliwa, sposób zmiany wynagrodzenia i metodę przeliczenia, liczbę okresów waloryzacyjnych, maksymalną granicę wartości zmiany wynagrodzenia (...)
- III.3. W wyroku KIO z 7 października 2022r. sygn. akt KIO 2512/22, zba uznała wskazany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie powód, dla którego Zamawiający odstąpił od sformułowania klauzuli waloryzacyjnej zgodnej z art. 439 pzp jest nietrafny. Odwołujący słusznie wskazał, że przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem wobec wypełnienia się jego przesłanek Zamawiający obowiązany jest zastosować się do dyspozycji tego przepisu.
- III.4. Stanowisko to jest zgodnie prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i w doktrynie. Tylko kompletna klauzula waloryzacyjna może bowiem zostać później zastosowana.
- III.5. I tak art. 439 ustawy pzp wymaga określenia w ramach klauzuli waloryzacyjnej poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia jako początkowego punkt odniesienia; sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia, sposobu określenia wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt

wykonania zamówienia oraz okresów w jakich może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, maksymalną wysokość zmiany wynagrodzenia. na wysokość wynagrodzenia

- III.6. W zaskarżonych postanowieniach umowy Zmawiający zapisał, że
- 1) *poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wyniesie co najmniej 3%;*
  - 2) *początkowy termin uprawniający do żądania ustalenia zmiany wynagrodzenia nastąpi w pierwszym miesiącu po upływie 12 miesięcy od zawarcia umowy;*
  - 3) *maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego punktu, wynosi **10%** wartości ceny całkowitej podanej w ofercie Wykonawcy brutto;*
  - 4) *zmiana cen materiałów lub kosztów uprawniająca stronę umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustalana będzie na podstawie wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za dany rok realizacji robót przewidzianych w Umowie.*
- III.7. Zaskarżone postanowienia nie określają więc, jak często dokonywana ma być waloryzacja (jednorazowo ?, raz na kwartał ?, przy każdym rozliczeniu częściowym ?) ani też jaka część wynagrodzenia ma być nią objęta (roboty wykonane ? jeżeli tak to z jakiego okres ? roboty pozostałe do wykonania ?). W praktyce uniemożliwia to możliwość zastosowania tej klauzuli jako mechanizmu zmiany wynagrodzenia.
- III.8. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje jednocześnie, iż zawarte jak w §13 ust. 2 Umowy postanowienie o tym, że w przypadku spełnienia się przesłanek przewidzianych w klauzuli waloryzacyjnej zamawiający może wyrazić zgodę na zmianę umowy ale ich spełnienie nie stanowi zobowiązania do wyrażenia takiej zgody przeczy tak celowi wprowadzenia waloryzacji jak i bezwzględnie obowiązującemu charakterowo przepisu art. 439 ustawy. Jak bowiem rozmieć obowiązek wprowadzania do umowy klauzuli waloryzacyjnej w sytuacji gdy wynikająca z niej waloryzacja nie stanowi obowiązku stron ?
- III.9. Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 PZP stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Pierwotnie ustawodawca przewidział, że trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotnym jest, że ustawodawca uznał, że okres 12 miesięcy jest zbyt długi i dokonał nowelizacji art. 439 PZP. Obecnie w wyniku zmiany ustawy waloryzuje się znacznie krótsze a to jest 6 miesięczne umowy. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływania zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. **Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia**

**wynagrodzenia.** Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Postanowienia umowy, które pomimo spełnienia się przesłanek waloryzacji wciąż pozostawiają decyzję o niej Zamawiającemu są niezgodne z tym celem.

#### IV. Uzasadnienie zarzutu I.5.

##### Nadmierna ingerencja w treść umowy podwykonawczej.

- IV.1. Zamawiający w §20 ust 2 pkt 2) umowy, zapisał, że umowa z podwykonawcą musi zawierać kwotę wynagrodzenia brutto za roboty jednak wskazana kwota nie może być wyższa niż wartość tego zakresu robót wynikająca z oferty Wykonawcy.
- IV.2. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w sposób zupełnie nieuprawniony i pozbawiony podstaw prawnych próbuje ograniczać wykonawcy możliwość swobodnego ukształtowania stosunku prawnego (umów) z podwykonawcami w zakresie ich wynagrodzenia, która wynika wprost z przepisów kodeksu cywilnego, tj. art. 3531 KC. Odwołujący nie zaprzecza, że Zamawiający na podstawie ustawy Pzp ma możliwość ingerowania w treść umów zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcami, ale ta ingerencja jest ograniczona do przypadków i zakresu wskazanego w ustawie Pzp, co wynika z art. 463, art. 464 oraz art. 437 ust. 1 ustawy Pzp.
- IV.3. Zgodnie z ustawą Pzp umowa o podwykonawstwo na roboty budowlane:
- 1) nie może „zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia, w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między zamawiającym a wykonawcą” (art. 463 pzp)
  - 2) nie może przewidywać postanowień, z których wynika, że termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy jest dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy lub dalszemu podwykonawcy f-ry lub rachunku (art. 464 ust 2 ustawy pzp)
- IV.4. Uwzględniając powyższe, a także okoliczność, że wszelkie ograniczenia zasady swobody umów należy traktować w sposób ścisły, podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie jest uprawnionym do ingerencji w ustalenia pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą (i analogicznie pomiędzy podwykonawcą i dalszym podwykonawcą) dotyczące samej wysokości wynagrodzenia. Powyższe pośrednio potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która przykładowo w wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. KIO 3267/21 wskazała, że „Przepis art. 464 pzp dotyczy postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy, w zakresie kar umownych oraz postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia. Przepis ten może być zastosowany do umów podwykonawczych w ramach wszystkich rodzajów umów o zamówienie publiczne (roboty budowlane, usługi lub dostawy). Ma on charakter bezwzględnie obowiązujący i stanowi wyjątek od zasady swobody umów uregulowanej w art. 353(1) k.c. Jednakże przepis odnosi się wyłącznie do uregulowań dotyczących kar umownych i warunków wypłaty wynagrodzenia. Oznacza to również, że interpretacja postanowień tego przepisu winna odbywać się w sposób ścisły. (...) W przypadku umów na usługi i dostawy ustawodawca w sposób ścisły określił poziom ingerencji zamawiających w umowy z podwykonawcami, ograniczając go do kar umownych i

zapłaty wynagrodzenia. Zatem w tym przypadku ograniczenie swobody umów, w tym zakres tego ograniczenia, wynika wprost z przepisu ustawy”.

- IV.5. Nadto, należy podkreślić, że zakres odpowiedzialności Zamawiającego jako inwestora za wynagrodzenie podwykonawcy wynika wprost z ustawy, tj. przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 6471 § 3 kc, odpowiedzialność Zamawiającego (inwestora) za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy jest ograniczona, do wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy. Natomiast zgodnie z art. 647(1) § 6 kc „Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1-5 są nieważne”.
- IV.6. Z powyższego wynika więc, że odpowiedzialność Zamawiającego co do płatności należnej na rzecz podwykonawcy ma charakter ograniczony (limitowany przepisami KC), nie uzasadniając tak dalekiej ingerencji w treść umów podwykonawczych jak zaplanował Zamawiający, nie mającej umocowania w przepisach ustawy pzp. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że niejednokrotnie umowy podwykonawcze podpisywane i finalnie negocjowane są już na etapie realizacji zamówienia, wymagając niejednokrotnie aktualizacji założeń czynionych na etapie składania oferty. W konsekwencji, rynkową koniecznością, mającą na celu kontynuację i prawidłowe wykonanie zamówienia może być zawarcie umowy podwykonawczej opiewającej na kwotę przekraczającą założone przez Wykonawcę wynagrodzenie za ten zakres. „Usztywnienie” wysokości wynagrodzenia, na które wykonawca mógłby umówić się z podwykonawcą, sparaliżować może finalnie realizację kontraktu.
- IV.7. Zastosowany przez Zamawiającego mechanizm, w postaci wymogu maksymalnej wysokości wynagrodzenia należnego podwykonawcy zrównanego z wynagrodzeniem należnym wykonawcy, stanowi jednocześnie próbę obejścia przepisu art. 462 ustawy pzp w ramach którego ustawodawca ukształtował zasadę możliwości realizacji zamówienia przy współpracy z podwykonawcami, nie wprowadzając jednocześnie jakiegokolwiek ograniczenia w tym zakresie. Podobnie żadnych ograniczeń nie wprowadził Zamawiający w ramach przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji, nie istnieje żaden ustawowy limit możliwego do podzlecenia zakresu realizacji, a ingerencja w ten obszar nie znajduje umocowania w przepisach ustawy Pzp, ograniczając swobodę wykonawcy co do planowego sposobu realizacji zamówienia.

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

Magdalena Zadora-Redźko

radca prawny

Załączniki:

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