



CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, 27.05.2024 r.

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

Zamawiający: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku**
ul. Mostowa 11A; 80-778 Gdańsk
e-mail: sekretariat@zdwgdansk.pl
adres strony internetowej: www.zdw-gdansk.pl
tel.: +48 58 3264-990

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.**
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
e-mail: pl_office.strabag@strabag.com
tel.: +48 22 7144-800
KRS: 0000054588

reprezentowany przez:
adwokata Marcina Chojnackiego

adres do korespondencji:
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
tel.: + 48 22 714 43 95
fax: (22) 714 49 08
KRS: 0000127873
e-mail: marcin.chojnacki@bauholding.com

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na robotę budowlaną pn. „Budowa obwodnicy Kartuz - etap II” (znak sprawy: 18/WZP/2024/PN/WRI).

Data ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 15.03.2024 r., nr 159117-2024 (numer wydania Dz. U.S: 54/2024).

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza progi unijne.

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 27.05.2024 r. za pośrednictwem platformy zakupowej oraz na adres mailowy sekretariat@zdwgdansk.pl

Strona 1 z 19

ODWOŁANIE

Działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. (dalej jako „**STRABAG**” lub „**Odwołujący**”), na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1) i art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „**pzp**”, wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa obwodnicy Kartuz - etap II” (dalej jako „**Postępowanie**”), polegających na:

- ukształtowaniu i modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w sposób sprzeczny z przepisami pzp oraz Kodeksu cywilnego (dalej „**kc**”) na skutek podjętych przez udzielenia w dniu 17.05.2024 r. wyjaśnień SWZ w ramach odpowiedzi na pytania nr 143 oraz 144 do treści SWZ (w dokumencie „Zapytania nr 5”, który Zamawiający opatrzył adnotacją „Aneks nr 10 do SWZ”);
- udzielenie w dniu 17.05.2024 r. niejednoznacznych odpowiedzi na pytania wykonawców nr 143 i 144, które doprowadziły do faktycznej zmiany treści SWZ w sposób umożliwiający dowolną interpretację postanowień SWZ oraz wykluczający złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert;
- opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niedokładny wskutek udzielenia w dniu 17.05.2024 r. niejednoznacznych, niewyczerpujących odpowiedzi na pytania wykonawców nr 143 i 144;
- zaniechaniu przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania.

I. Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 i 4 pzp w zw. z art. 433 pkt 3) pzp oraz art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w następstwie odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 143 w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia oraz uwarunkowań ich wykonywania, a także wykorzystanie dominującej pozycji organizatora przetargu polegające na dopuszczeniu dokonania przez wykonawców oferty ramach ofert składanych w Postępowaniu optymalizacji rozwiązań projektowych objętych dokumentacją przetargową w zakresie branży geotechnicznej i zaproponowania przez wykonawców wykonania ww. prac w technologii innej niż wskazana w dokumentacji przetargowej pod warunkiem uzyskania odpowiednich parametrów, w sytuacji gdy Zamawiający nie określił zamkniętego i wyczerpującego katalogu tych parametrów, co świadczy o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i skutkować będzie nieporównywalnością ofert

- złożonych w tym Postępowaniu i w dalszej kolejności naruszeniem art. 16 pkt 1) i 2) pzp;
- 2) art. 99 ust. 1 i 4 pzp, art. 433 pkt 3) pzp oraz art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc, art. 647 kc i art. 5 kc poprzez ukształtowanie treści SWZ i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na skutek udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 143 w sposób niejednoznaczny jednocześnie bezpodstawnie przerzucając na wykonawcę odpowiedzialność za wszelkie ewentualnych ryzyka (w tym finansowe i terminowe) w razie dokonania optymalizacji rozwiązań projektowych robót branży geotechnicznej tj. zaproponowania przez wykonawcę wykonania ww. prac w technologii innej niż wskazana w dokumentacji przetargowej, w sytuacji gdy nie sprecyzowano zakresu tych ryzyk, co uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie ceny oferty w sposób prawidłowy i skutkować będzie nieporównywalnością ofert złożonych w tym Postępowaniu, a w dalszej kolejności naruszeniem art. 16 pkt 1) i 2) pzp;
 - 3) art. 99 ust. 1 i 4 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 58 § 2 kc poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na skutek udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 143 w sposób naruszający naturę stosunku zobowiązaniowego i wbrew zasadom współzycia społecznego (a w szczególności zasadom lojalności kontraktowej) w ten sposób, że Zamawiający wykorzystując swoją dominującą pozycję jako gospodarza Postępowania i autora projektowanych postanowień umownych przyznał sobie możliwość arbitralnego kształtowania zakresu świadczenia wykonawcy w części dotyczącej robót branży geotechnicznej poprzez przyznanie sobie i Projektantowi niczym nieograniczonego uprawnienia na etapie realizacji umowy do odmowy akceptacji rozwiązań optymalizacyjnych przyjętych przez wykonawcę na etapie przygotowania oferty, czym Zamawiający w ww. zakresie wykreował stosunek nadrzędności względem wykonawcy;
 - 4) art. 99 ust. 1 i 4 pzp i art. 433 pkt 3) pzp oraz art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 353¹ kc, art. 647 kc i art. 58 § 2 kc poprzez ukształtowanie SWZ w drodze odpowiedzi na pytanie nr 144 w arbitralny i niedozwolony sposób wynikający z wykorzystania dominującej pozycji Zamawiającego jako organizatora Postępowania i autora projektowanych postanowień umowy, polegający na przeniesieniu na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wystąpieniem warunków gruntowych odmiennych w stosunku do przedłożonej w Postępowaniu dokumentacji geologiczno – inżynierskiej (a więc również ryzyk, których wykonawca nie jest w stanie skwantyfikować na etapie przygotowania oferty) i w następstwie tego wykluczenie ww. okoliczności (tj. wystąpienia odmiennych warunków gruntowych) jako okoliczności uprawniającej do zmiany wynagrodzenia umownego w sytuacji, gdy za prawidłowość ww. dokumentacji wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, jako podmiot odpowiedzialny za jej dostarczenie,

a w konsekwencji ww. zarzutów

- 5) art. 16 pkt 1 i 2 pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie

przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z przygotowaniem postępowania, a tym samym uniemożliwienie wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenia porównywalnych ofert.

II. Żądania:

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienie czynności udzielenia odpowiedzi na pytania nr 143 i 144;
- 2) powtórzenie czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 143 w ramach której Zamawiający dopuszczając optymalizację rozwiązań projektowych objętych dokumentacją przetargową w zakresie robót branży geotechnicznej (w tym kompleksowego wykonania wzmocnienia podłoża (doprowadzenie do G1) oraz warstw ulepszanego podłoża; kompleksowego wykonania zabezpieczenia skarp nasypu oraz kompleksowego wykonania zabezpieczenia skarp wykopu) i wykonanie powyższych robót w zaproponowanej przez wykonawcę technologii (innej niż wskazanej w dokumentacji przetargowej) dokona opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z pzp (a więc dokona zmian w treści SWZ, które spowodują usunięcie naruszeń wskazanych w petitum odwołania), w tym:
 - a) wskaże wyczerpujący i zamknięty katalog parametrów, które powinno spełniać zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie optymalizacyjne, względnie ograniczy i sprecyzuje parametry Stanu Granicznego Użytkowalności (dalej „SGU”) i Stanu Granicznego Nośności (dalej „SGN”) wraz z podaniem wartości granicznych oraz norm lub innych wytycznych na podstawie których będą one określone;
 - b) wskaże katalog obiektywnych przesłanek, których zaistnienie mogłoby uzasadniać brak zgody Zamawiającego na prowadzenie robót branży geotechnicznej zgodnie z optymalizacją rozwiązań projektowych przyjętą na etapie wyceny i złożenia oferty;
względnie
 - c) wskaże katalog obiektywnych przesłanek warunkujących wdrożenie optymalizacji rozwiązań projektowych przyjętych na etapie sporządzenia oferty np. w drodze przedstawienia na etapie realizacji robót sporządzonego przez projektanta posiadającego stosowne uprawnienia projektu wykonawczego uwzględniającego przyjętą technologię i zapewniającego spełnienie sprecyzowanych warunków SGN i SGU wraz z określeniem norm lub innych wytycznych na podstawie których będą one określone;
- 3) powtórzenie czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 144, w ramach której Zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa (a więc dokona zmian w treści SWZ, które spowodują usunięcie naruszeń wskazanych w petitum odwołania), potwierdzający przy

tym, że w przypadku występowania warunków gruntowych, odmiennych od przedstawionych w dokumentacji geologiczno – inżynierskiej i konieczności wykonania w związku z tym robót dodatkowych i/lub zamiennych, Wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie na zasadach wynikających z projektowanych postanowień umowy;

- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści SWZ, które spowodują usunięcie naruszeń przepisów prawa wskazanych w odwołaniu.

III. Inne wnioski:

Niezależnie od powyższego wnoszę o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przedstawionych na rozprawie oraz dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego;
- 3) niewyznaczanie terminu posiedzenia w tej sprawie w dniach 5 – 7 czerwca 2024 r. ze względu na kolizję terminów wynikającą z udziału pełnomocnika Odwołującego w uprzednio zaplanowanym szkoleniu poza Warszawą.

IV. Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych i drogowych realizowanych w trybie pzp. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z pzp oferty, podczas gdy posiada wymagane w Postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień dokumentacji postępowania, Odwołujący nie jest w stanie złożyć konkurencyjnej oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów pzp. Pozbawia to Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że *„środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. 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 przyjęć 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. Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.”¹.

V. Termin:

W dniu 17.05.2024 r. opublikował dokument zatytułowany jako „Zapytania nr 5”, który opatrzył adnotacją „Aneks nr 10 do SWZ”, zawierający odpowiedzi na złożone wnioski o wyjaśnienie treści SWZ tj. odpowiedzi na pytania od nr 110 do 173.

Pomimo, iż Zamawiający formalnie nie zatytułował ww. dokumentu „zmiana treści SWZ”, treść udzielonych odpowiedzi na ww. pytania wprowadza do dokumentacji nowe elementy, a tym samym stanowi zmianę SWZ. Zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie, „*wyjaśnienie treści SWZ, w sytuacji gdy wprowadza do dokumentacji nowe elementy, nie musi pociągać za sobą formalnej czynności zamawiającego zatytułowanej «zmiana treści SWZ», by za taką zmianę była uważana. Istotna jest bowiem rzeczywista treść wyjaśnień i ich charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SWZ, a nie ich zatytułowanie jako «zmiana SWZ»*”².

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 27.05.2024 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1 lit a) pzp w zw. w art. 8 ust. 1 i 5 pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

UZASADNIENIE

I. Informacje ogólne

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z pkt 4.1. SWZ Zamawiający przyjął, że realizacja inwestycji będzie prowadzona w formule „buduj” przedkładając w ramach dokumentacji przetargowej również dokumentację projektową, w tym dokumentację geologiczną-inżynierską. Zgodnie z § 3 ust. 1 – 3 projektowanych postanowień Umowy oraz pkt 20.1. – 20.4. SWZ wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu Umowy ma mieć charakter mieszany

¹ Wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. KIO 2036/10.

² Wyrok Izby z dnia 25.05.2022 r., sygn. KIO 1248/22

(obmiarowy). Cena ofertowa wyliczana jest na podstawie udostępnionego przez Zamawiającego formularza kosztorysu ofertowego stanowiącego Załącznik nr 1 do Rozdziału III SWZ.

2. Zgodnie z art. 647 k.c. w zw. z art. 651 k.c. i art. 8 ust. 1 pzp obowiązkiem Zamawiającego w tym Postępowaniu jest dostarczenie wykonawcy dokumentacji projektowej, na podstawie której dojdzie do realizacji inwestycji. W związku z tym to właśnie Zamawiający odpowiada za błędy, nieścisłości, czy wady tejże dokumentacji (z uwzględnieniem normy przewidzianej art. 651 kc).
3. Biorąc pod uwagę dalsze wywody odwołania należy w tym miejscu wspomnieć o następujących kwestiach.
4. Pierwsza – w pierwotnie umieszczonym kosztorysie ofertowym Zamawiający przewidywał w zakresie części branży drogowej konieczność wyceny robót związanych z ulepszeniem podłoża z warstwy niezwiązanej, wykonaniem warstwy mieszanki niezwiązanej stabilizowanej georusztem wielokształtnym, ułożeniem geotkaniny separacyjno-wzmacniającej oraz wykonaniem w ramach podbudowy warstwy mrozoochronnej. Są to pozycje nr 23 – 29 oraz 33 – 34 formularza kosztorysowego dla branży drogowej. Każda z tych robót miała być wyceniana poprzez iloczyn wskazanej przez wykonawcę ceny jednostkowej za m² lub mb i ilości podanej przez Zamawiającego, co korespondowało z przyjętym w projektowanych postanowieniach umowy i SWZ obmiarowym modelem wynagrodzenia.
5. W zakresie prac właściwych dla branży geotechnicznej tj. wykonanie wglębnego wzmocnienia podłoża, wykonanie zabezpieczenia skarp nasypu oraz wykonanie zabezpieczenia skarp wykopu, wykonawcy mieli za zadanie wycenić roboty te ryczałtowo w ramach 1 kompletu każdej z ww. pozycji.
6. Druga - w projektowanych postanowieniach Umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany zakresu robót. W § 13 ust. 1 wskazano m.in., że Zamawiający ma prawo, jeżeli jest to niezbędne do wykonania przedmiotu Umowy, polecać Wykonawcy na piśmie:
 - wykonanie rozwiązań i robót zamiennych lub dodatkowych w stosunku do zaprojektowanych w dokumentacji, wynikających z zasad wiedzy technicznej i związanych z wystąpieniem odmiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków geologicznych, geotechnicznych lub hydrologicznych skutkujących niemożnością realizowania obiektu budowlanego lub jego elementu przy dotychczasowych założeniach technologicznych (§ 13 ust. 1 pkt 1) Umowy);
 - wykonanie rozwiązań i robót dodatkowych lub zamiennych w stosunku do zaprojektowanych w dokumentacji, wynikających z zasad wiedzy technicznej lub związanych z wystąpieniem warunków terenowych budowy odbiegających w sposób istotny od przyjętych w dokumentacji projektowej, w szczególności napotkania niezinventaryzowanych lub odmiennie niż na mapach zlokalizowanych w terenie zinventaryzowanych sieci, instalacji, urządzeń lub innych obiektów budowlanych, a także rozpoznania terenu w zakresie znalezisk archeologicznych (§ 13 ust. 1 pkt 2)),
 - wykonania rozwiązań i robót zamiennych lub dodatkowych, wynikających z konieczności usunięcia błędów w dokumentacji lub wprowadzenia zmian

przyjętych rozwiązań, w szczególności w przypadku zaistnienia odmiennych niż w dokumentacji warunków zagospodarowania pasa drogowego i jego sąsiedztwa lub uzasadnionych wniosków osób trzecich (§ 13 ust. 1 pkt 3)).

7. Wydane przez Zamawiającego polecenia, o których mowa w § 13 ust. 1 stanowią zgodnie z § 13 ust. 2 projektowanych postanowień podstawę do zmiany Umowy w zakresie terminu jej realizacji lub zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.
8. Niezależnie od tego Zamawiający w § 18 projektowanych postanowień Umowy przewidział, że zmiana Umowy w zakresie terminu realizacji łącznie ze zmianą wynagrodzenia, albo jedynie zmiany wynagrodzenia, możliwa jest m. in. wówczas, gdy:
 - zaistnieje inna, niemożliwa do przewidzenia w momencie zawarcia Umowy, okoliczność prawna, ekonomiczna lub techniczna, za którą żadna ze stron nie ponosi odpowiedzialności, skutkująca brakiem możliwości należytego wykonania Umowy zgodnie z SWZ;
 - wystąpi konieczność zmiany Umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 3) i 4) lub art. 455 ust. 2 pzp, w tym wykonania robót dodatkowych, które to zmiany wstrzymują, opóźniają lub wydłużają realizację przedmiotu Umowy, gdy wystąpi niebezpieczeństwo kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty robotami w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tych kolizji lub w przypadku realizacji przewidzianych zamówień podobnych, których realizacja będzie miała wpływ na realizację Przedmiotu Umowy;
 - Zamawiający wyda polecenie, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt 1-7 projektowanych postanowień Umowy.
9. Opierając się na ww. postanowieniach wykonawcy biorący udział w Postępowaniu mają uzasadnione prawo zakładać, że w przypadku wystąpienia odmiennych warunków gruntowych niż te wynikające z dokumentacji projektowej przedstawionej przez Zamawiającego (a w szczególności dokumentacji geologicznej/geotechnicznej) i podyktowanych tym robót dodatkowych uzyskają za nie dodatkową płatność, która nie została objęta ceną ofertową.
10. Trzecia – w toku Postępowania Zamawiającemu złożono m.in. dwa następujące wnioski o wyjaśnienie SWZ w trybie art. 135 pzp:
 - **„Prosimy o potwierdzenie, że w związku z ryczałtowym charakterem wycen w zakresie wzmocnienia podłoża, Zamawiający dopuszcza możliwość optymalizacji rozwiązań projektowych w przypadku potwierdzenia przez Wykonawcę spełnienia warunków nośności SGN i SGU (np. na podstawie wykonanego Projektu Technologicznego), a Wykonawca w takim przypadku otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe określone w kosztorysie ofertowym.”** (oznaczone w Zapytaniach nr 5 jako pytanie nr 143);
 - **„Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku występowania warunków gruntowych, odmiennych od przedstawionych w dokumentacji geologiczno – inżynierskiej i konieczności wykonania w związku z tym robót dodatkowych i/lub zamiennych, Wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie”.** (oznaczone w Zapytaniach nr 5 jako pytanie nr 144).

11. Czwarta – w toku Postępowania w dniu 17.05.2024 r. Zamawiający opublikował Zmianę nr 6 do SWZ, a także dokument pt. „Zapytania nr 5”, obejmujący wyjaśnienia treści SWZ w związku z zadanymi przez oferentów pytaniami od nr 110 do nr 173.
12. W ramach Zmiany nr 6 Zamawiający dokonał „przesunięcia” w ramach formularza kosztorysu ofertowego pozycji nr 23 – 29 oraz 33 – 34 z branży drogowej do branży geotechnicznej. Na skutek tej zmiany, wykonawcy mieli za zadanie wycenić w ramach ryczałtu kompleksowe wykonanie wzmocnienia podłoża (doprowadzenie do G1) i warstw ulepszanego podłoża, kompleksowe wykonanie zabezpieczenia skarp nasypu oraz kompleksowe wykonanie zabezpieczenia skarp wykopu. Innymi słowy zmianie uległ zakres prac objętych koniecznością wyceny ryczałem, które wcześniej miały być wyceniane obmiarowo.
13. Z kolei w Zapytaniach nr 5 Zamawiający przedstawił odpowiedzi na wspomniane wcześniej pytania.
14. Odnośnie pierwszego z nich – pytania nr 143 – wskazał co następuje:
„Zamawiający informuje, iż pozycje 1-3 działu 8. kosztorysu ofertowego – Branża geotechnika (Kompleksowe wykonanie wzmocnienia podłoża (doprowadzenie do G1) i warstw ulepszanego podłoża / Kompleksowe wykonanie zabezpieczenia skarp nasypu / Kompleksowe wykonanie zabezpieczenia skarp wykopu) obejmują, jak wskazuje opis pozycji, kompleksowe wykonanie powyższych robót na całym obszarze objętym inwestycją. Zamawiający dopuszcza optymalizację rozwiązań projektowych objętych dokumentacją przetargową i wykonanie powyższych robót w zaproponowanej przez Wykonawcę technologii (innej niż wskazanej w dokumentacji przetargowej) pod warunkiem uzyskania odpowiednich parametrów, w tym m.in. spełnienia warunków nośności SGN i SGU. Przedstawione rozwiązania będą wymagały akceptacji Projektanta oraz Zamawiającego. Bez względu na wybraną technologię rozliczenie ww. pozycji po cenie określonej w kosztorysie ofertowym będzie miało charakter ryczałtowy. Cena powinna obejmować ewentualne zaprojektowanie i kompleksowe wykonanie wszystkich robót oraz ewentualne ryzyka Wykonawcy. Zamawiający publikuje zaktualizowany kosztorys ofertowy.”
15. W przypadku drugiego pytania – oznaczonego nr 144 – Zamawiający odpowiedział w następujący sposób:
„Zamawiający zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pytanie 143 nie potwierdza”.
16. Obie przytoczone odpowiedzi mają charakter wiążący w Postępowaniu zgodnie z orzecznictwem Izby³. Choć nie przybrały one formy zmiany treści SWZ, niemniej biorąc pod uwagę ich treść, należy traktować je za takową zmianę – „*wyjaśnienie treści SWZ w sytuacji, gdy wprowadza do dokumentacji nowe elementy, nie musi pociągać za sobą formalnej czynności Zamawiającego zatytułowanej „zmiana treści SWZ”, by za taką zmianę była uważana. Istotna jest bowiem rzeczywista treść wyjaśnień i ich charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SWZ”*”⁴.

³ Zob. np. wyrok Izby z dnia 28.01.2015 r., sygn. KIO 110/15, a także wyrok z dnia 24.01.2022 r., sygn. KIO 3809/21

⁴ Zob. wyrok Izby z dnia 25.05.2022 r., sygn. KIO 1248/22

Dowód: SWZ, Załącznik nr 1 do Rozdziału III SWZ w pierwotnym brzmieniu i dokonanym Zmianą nr 6, projektowane postanowienia umowy – Rozdział V SWZ; Zmiana nr 6; Zapytania nr 5 (wszystkie ww. dokumenty w aktach Postępowania)

II. Wyjaśnienie i ukształtowanie treści SWZ w następstwie odpowiedzi na pytanie nr 143 narusza przepisy pzp i kc (zarzuty nr 1 – 3)

17. Odpowiedź na pytanie nr 143 skutkuje tym, że wykonawcy na etapie złożenia oferty mogą w zakresie prac branży geotechnicznej wycenić inne rozwiązanie pozwalające na kompleksowe wykonanie ww. robót niż rozwiązanie, które zawiera dokumentacja projektowa przedstawiona przez Zamawiającego. *De facto* więc dochodzi w tej części do modyfikacji formuły wykonania zamówienia z „buduj” na „zaprojektuj i buduj”, o czym zresztą wspomina Zamawiający podkreślając, że „cena powinna obejmować ewentualne zaprojektowanie i kompleksowe wykonanie wszystkich robót oraz ewentualne ryzyka Wykonawcy”.
18. Odwołujący uważa, że odpowiedzią na pytanie nr 143 Zamawiający ukształtował SWZ w sposób sprzeczny z pzp i kc w kilku aspektach:
 - po pierwsze – opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym wyceny robót branży geotechnicznej jest niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwia jednoznaczne określenie zakresu wyceny, skutkując tym, że oferty złożone w tym postępowaniu będą nieporównywalne;
 - po drugie – na skutek wykorzystania swojej pozycji dominującej jako organizatora Postępowania i autora wzorca umownego Zamawiający w sposób sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego uzależnił rozmiar świadczenia wykonawcy od swojej arbitralnej decyzji na etapie realizacji inwestycji. Co więcej, przerzucił na wykonawcę konieczność wyceny ryzyka dotyczącego ewentualnej odmowy udzielenia zgody przez Zamawiającego lub Projektanta na etapie wykonawczym na uwzględnione w ofercie rozwiązanie optymalizacyjne i związany z tym obowiązek wykonania robót w inny sposób niż ten, który wykonawca założył i wycenił w ofercie.

II.1. Niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wykonania robót branży geotechnicznej

19. Zgodnie z art. 99 ust. 1 p.z.p., 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 posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania

- i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13.05.2005 r., sygn. 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.
20. Podobnie wyjaśnił Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27.11.2006 r., sygn. 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”*⁵.
21. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12.03.2014 r., sygn. 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.
22. Z kolei w wyroku Izby z dnia 15.02.2018 r., sygn. KIO 173/18 stwierdza się, że *„(...) nie można akceptować przerzucania nadmiernego ryzyka na wykonawcę w zamówieniach publicznych. Zasada swobody umów w inwestycjach publicznych jest ograniczona, m.in. obowiązkiem Zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia pozwalającego wykonawcy na kalkulację wszystkich ryzyk. Aby uniknąć wliczania w cenę ofertową niepotrzebnego, nieporównywalnego ryzyka, to Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcy o informacje i dane, które stworzą podstawy do kalkulacji przez wykonawców porównywalnych ofert.”*
23. Sposób, w jaki Zamawiający dopuszcza optymalizację rozwiązań projektowych w zakresie branży geotechnicznej nie jest jednoznaczny, wyczerpujący, ani dokładny. Co więcej, przewiduje on konieczność wyceny ryzyk, które nie sposób skwantyfikować.
24. Po pierwsze, Zamawiający enigmatycznie wskazuje warunki dotyczące dopuszczalności rozwiązań optymalizacyjnych i zakres, który podlega w tym względzie wycenie. Zamawiający stawia warunek *„uzyskania odpowiednich parametrów, w tym m.in. spełnienia warunków nośności SGN i SGU”* przez odmienne rozwiązanie przyjęte do wyceny przez poszczególnych wykonawców, lecz nie precyzuje katalogu tych parametrów. Z odpowiedzi Zamawiającego wynika jedynie, że tymi parametrami są jedynie warunki SGN i SGU bez uszczegółowienia dotyczących tych warunków oraz norm lub innych wytycznych na podstawie których będą one określane. Posłużenie się

⁵ Wyrok Izby z dnia 20.01.2023r. sygn. KIO 18/23.

skrót „m.in.” oznacza, że tych parametrów jest więcej, lecz nie wiadomo ile ostatecznie i jaka jest ich treść. Na tę chwilę można jedynie przypuszczać, że może w tym względzie chodzić o parametry wskazane w pierwotnym rozwiązaniu wzmocnienia gruntu przewidzianym w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej. Jest to jednak wyłącznie przypuszczenie, które w dalszym ciągu nie pozwala jednoznacznie ustalić katalogu parametrów, które ma spełnić alternatywne do projektowego rozwiązanie dot. wzmocnienia podłoża, aby zostać zakwalifikowane jako zgodne z SWZ.

25. Brak jednoznacznego opisu parametrów rozwiązania optymalizacyjnego i w konsekwencji niejasność opisu przedmiotu zamówienia skutkować będzie brakiem porównywalności ofert. Każdy z wykonawców może bowiem do oceny zgodności rozwiązania optymalizacyjnego z rozwiązaniem projektowym przyjmować różnego rodzaju parametry lub ograniczać się wyłącznie do wybiórczych parametrów SGN i SGU.
26. Po drugie, w ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający podaje, że w ryczałtowej cenie ofertowej prac branży geotechnicznej oczekuje się uwzględnienia kompleksowego zaprojektowania i wykonania wszystkich robót oraz ewentualnego ryzyka wykonawcy. Zamawiający nie wskazuje jednak o jakie ryzyka w tym przypadku chodzi, co w zasadzie uniemożliwia dokonanie ich wyceny w ramach oferty. Nie sposób bowiem oczekiwać od wykonawcy, że wyceni ryzyka, co do których nie ma wiedzy. Stawia to pod znakiem zapytania możliwość rzetelnego porównania i oceny ofert wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu.
27. W odpowiedzi na pytanie nr 143 Zamawiający wskazuje, że finalne wprowadzenie obranego przez wykonawcę przy wycenie oferty rozwiązania zakładającego wykonanie robót branży geotechnicznej w innej technologii niż przewidziana w dokumentacji projektowej będzie możliwe na etapie wykonawstwa i wymagać akceptacji Zamawiającego i Projektanta. Oznacza to, że wykonawca zmuszony jest na etapie kalkulacji oferty wycenić ryzyko akceptacji danego rozwiązania przez Zamawiającego i Projektanta. Problem w tym, że w odpowiedzi na pytanie nr 143 Zamawiający nie wyjaśnił w żaden sposób od czego uzależniona jest zgoda każdego z ww. tych podmiotów. W rezultacie, każdy z nich może w toku obowiązywania umowy na zamówienie publicznej arbitralnie i bez jakiegokolwiek uzasadnienia odmówić akceptacji danego rozwiązania, które wykonawca przyjął w ofercie, nawet jeżeli spełnia ono warunki SGN i SGU. Na obecnym etapie zgoda Zamawiającego i Projektanta jest czysto uznaniowa.
28. Konstatacji tej nie zmienia § 13 ust. 3 projektowanych postanowień umowy, który stanowi, że *„Zamawiający dopuszcza wprowadzenie rozwiązań zamiennych w stosunku do zaprojektowanych w dokumentacji projektowej, zaproponowanych przez Wykonawcę, jeżeli proponowane rozwiązanie nie pogorszy jakości i okaże się korzystne dla Zamawiającego, w szczególności pod względem ekonomicznym, technologicznym lub czasowym, a także pod względem trwałości lub zmniejszenia kosztów eksploatacji. Pełną odpowiedzialność projektową, wykonawczą i umowną za wprowadzone za zgodą Zamawiającego rozwiązanie zamienne ponosi Wykonawca”*. Po pierwsze, w odpowiedzi na pytanie nr 143 Zamawiający nie referuje do treści tego postanowienia, jako wyznaczającego warunki udzielenia zgody przez Zamawiającego. Po drugie, w postanowieniu tym mowa jest wyłącznie o zgodzie Zamawiającego, podczas gdy w odpowiedzi na pytanie nr 143 Zamawiający wskazuje na obowiązek uzyskania zgody jego i Projektanta. Po trzecie, § 13 ust. 3 projektowanych postanowień umowy nie

obejmuje swoim zakresem etapu Postępowania i przyjmowania na etapie kalkulacji oraz składania ofert rozwiązań optymalizacyjnych, które w skrócie można byłoby określać mianem zamiennych. Cytowane postanowienie wzorca umowy dotyczy etapu realizacyjnego. Jest to sytuacja odmienna, gdyż zakłada, że w ofercie wycenie podlega rozwiązanie zawarte w dokumentacji projektowej, a dopiero na etapie wykonawstwa ujawnia się potrzeba/możliwość wykonania robót zamiennych (optymalizacyjnych) i składa się w tym względzie stosowny wniosek. Odmowa wprowadzenia rozwiązania zamiennego w sytuacji, o której mowa w § 13 ust. 3 wzorca umowy nawet jeśli odbywa się w drodze uznaniowej decyzji Zamawiającego nie ingeruje w zakres pierwotnego świadczenia wykonawcy, gdyż wykonuje on dalej roboty według pierwotnych, wycenionych w Postępowaniu rozwiązań.

29. W takiej sytuacji należy postawić pytanie w jaki sposób wykonawcy mają wycenić ryzyko braku zgody Zamawiającego i Projektanta (każdego z nich odrębnie) nie wiedząc od czego będą one uzależnione? Jak wycenić ryzyko braku zgody, gdy nie jest ono w żaden sposób limitowane? W ocenie Odwołującego na ww. pytania nie sposób udzielić jednoznacznej odpowiedzi w świetle SWZ, który ukształtował Zamawiający.
30. Konieczność wyceny w wynagrodzeniu za wykonanie robót branży geotechnicznej ryzyka związanego z uznaniową zgodą Zamawiającego lub Projektanta dla obranego przez wykonawcę rozwiązania optymalizacyjnego na etapie oferty w uznaniu Odwołującego narusza m.in. art. 433 pkt 3) pzp. Zgodnie z tym przepisem projektowane postanowienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. W tym przypadku dochodzi jednak do przerzucenia na wykonawcę całości ryzyka, na które nie ma on de facto żadnego wpływu. Zgoda Zamawiającego lub Projektanta, jak już wcześniej wspomniano, nie doznaje żadnych ograniczeń. Innymi słowy, wykonawca musi liczyć się z tym, że nawet jeśli rozwiązanie optymalizacyjne, które uwzględnił i wycenił na etapie oferty, spełnia warunki SGN i SGU, a także inne parametry (jakiegokolwiek by one nie były, gdyż na tę chwilę nie sposób ustalić ich zamkniętego katalogu), to i tak Zamawiający lub Projektant mogą wedle własnego uznania i bez konieczności przedstawiania jakiegokolwiek argumentacji odmówić wykonawcy wdrożenia tego rozwiązania. Wykonawca, w przeświadczeniu Zamawiającego, winien więc skalkulować ryzyko, że przyjdzie mu na etapie realizacji umowy i tak zastosować inne rozwiązanie niż kalkulował w ofercie odnośnie robót branży geotechnicznej.
31. Wykonawca ma więc wziąć na siebie ryzyko za wystąpienie okoliczności, na którą nie ma żadnego wpływu, a które zależne są jedynie od Zamawiającego i Projektanta. Jest to sytuacja nieakceptowalna w świetle art. 433 pkt 3) pzp.
32. Odwołujący stoi na stanowisku, że omówiona powyżej modyfikacja SWZ narusza art. 99 ust. 1 i 4 pzp, a także art. 433 pkt 3) pzp oraz wskazane w petitum odwołania przepisy kc.
33. Usunięcie stanu naruszenia przepisów pzp i kc w tym przypadku wedle oceny Odwołującego powinno sprowadzać się do:
 - unieważnienia czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 143;
 - nakazania powtórzenia czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 143, i

- nakazanie, aby w ramach tej odpowiedzi Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z pzp dopuszczając optymalizację rozwiązań projektowych w zakresie robót branży geotechnicznej (Kompleksowe wykonanie wzmocnienia podłoża (doprowadzenie do G1) i warstw ulepszanego podłoża / Kompleksowe wykonanie zabezpieczenia skarp nasypu / Kompleksowe wykonanie zabezpieczenia skarp wykopu) wskazał zamknięty i wyczerpujący katalog parametrów, które musi spełniać rozwiązanie optymalizacyjne, a także określił jakie ryzyka w wycenie tego elementu winien wycenić wykonawca.

II.2. Naruszenie natury stosunku zobowiązaniowego w zakresie, w jakim Zamawiający jest władny arbitralną decyzją kształtować zakres zobowiązania wykonawcy

34. Niezależnie od poprzednio poczynionych uwag związanych z kwestią arbitralnej zgody Zamawiającego lub Projektanta i braku możliwości wyceny ryzyka z tym związanego, Odwołujący podnosi, że takie rozwiązanie jest sprzeczne z art. 353¹ kc oraz art. 58 § 2 kc, gdyż narusza naturę stosunku zobowiązaniowego i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.
35. Zastrzeżenie sobie przez Zamawiającego na etapie realizacji inwestycji możliwości arbitralnej odmowy akceptacji rozwiązania optymalizacyjnego przyjętego i następnie wycenionego przez wykonawcę w ofercie, nawet jeśli spełnia ono wszelkie parametry techniczne pozwalając na kompleksowe wykonanie prac branży geotechnicznej, stanowi przyznanie sobie przez Zamawiającego uprawnienia do samowolnego i niczym nieskrępowanego kształtowania rozmiaru świadczenia wykonawcy.
36. Odwołującemu chodzi w tym przypadku w szczególności o sytuację, gdy przyjmuje i wycenia w ofercie obrane przez siebie rozwiązanie optymalizacyjne, którego Zamawiający nie kontestuje na etapie Postępowania. Truizmem jest, iż dokonanie optymalizacji rozwiązań projektowych ma służyć m.in. obniżeniu kosztów realizacji danego elementu robót bez uchybienia dla ich jakości i finalnego rezultatu, oszczędności czasu, czy też usprawnieniu procesów produkcyjnych i wykonawczych i w rezultacie dać możliwość złożenia jeszcze bardziej atrakcyjnej cenowo oferty. Należy więc zakładać, że zastosowana przez wykonawcę optymalizacja będzie mniej kosztowna niż rozwiązanie przewidziane w dokumentacji projektowej przedłożonej przez Zamawiającego, co pozwala przyjąć w tym względzie niższą cenę za wykonanie prac geotechnicznych, w tym w szczególności wzmocnienie podłoża do grupy nośności G1. W ramach odpowiedzi na pytanie nr 143 Zamawiający ukształtował SWZ w taki sposób, że przyznał sobie i Projektantowi arbitralne uprawnienie do odmowy akceptacji przyjętego w ofercie rozwiązania optymalizacyjnego bez jakiegokolwiek uzasadnienia. W przypadku skorzystania z tego uprawnienia przez Zamawiającego lub współpracującego z nim Projektanta skutkować będzie to zmianą zakresu świadczenia wykonawcy, w ten sposób, iż przyjdzie mu co najmniej wykonać prace w inny sposób niż ten, który wykonawca założył i wycenił w ofercie przy cenie za ten element oszacowanej z uwzględnieniem optymalizacji.
37. W ocenie Odwołującego mamy w tym przypadku do czynienia z wykreowaniem stosunku nadrzędności pomiędzy stronami, który nie jest w żaden sposób poddany obiektywnym kryteriom pozwalającym określić granicę kształtowania sytuacji prawnej wykonawcy przez Zamawiającego (lub kooperującego z nim Projektanta). Umowa przewidująca takie

rozwiązanie pozostaje w sprzeczności naturą stosunku zobowiązaniowego i jest niezgodna z art. 353¹ kc.

38. Natura stosunków zobowiązaniowych wynika z założenia równorzędności podmiotów stosunku cywilnoprawnego.⁶ Każdy z podmiotów uczestniczących w stosunku zobowiązaniowym jest uprawniony do realizacji swojego partykularnego interesu. Natura stosunku prawnego odnosi się do ogólnych właściwości każdego stosunku zobowiązaniowego powstałego na podstawie umowy.⁷ Innymi słowy, chodzi w tym przypadku o pewne normatywne minimum w zakresie kształtu (cech) zobowiązaniowego stosunku prawnego, którego naruszenie sprawia, że wykreowany przez strony stosunek nie mieści się już w ramach założeń porządku prawnego co do funkcji zobowiązania lub wartości, z którymi musi pozostawać ono w zgodzie.⁸
39. Pogląd o niedopuszczalności ukształtowania stosunku zobowiązaniowego w taki sposób (tj. gdzie jedna strona może w niczym nieskrępowany sposób oddziaływać na rozmiar świadczenia drugiej) potwierdził w swoim dorobku Sąd Najwyższy. Przykładem tego jest wyrok z dnia 22.05.2014 r., sygn. IV CSK 597/13: *„nie zasługuje na aprobatę pogląd uznający dopuszczalność przyznania wyłącznie jednej stronie stosunku zobowiązaniowego możliwości zmiany warunków umowy. Stanowisko takie zdaje się wywodzić skarżąca z treści przytoczonego w skardze art. 353¹ k.c. Jak jednak zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 maja 1991 r., III CZP 15/91, OSNC 1992, nr 1 poz. 1, wyrażona w tym przepisie zasada wolności umów ma wyraźne trzy granice: natura stosunku zobowiązaniowego, ustawa i zasady współżycia społecznego. Sprzeczna z naturą umowy gospodarczej byłaby regulacja dająca jednej stronie całkowitą dowolność w dokonywaniu jednostronnych zmian w każdym czasie obowiązywania umowy. Klauzula tego rodzaju naruszałaby też zasadę słuszności kontraktowej, a w konsekwencji zachodziłyby podstawy do jej kwalifikowania jako sprzecznej z zasadami współżycia społecznego, zarówno w rozumieniu art. 58 § 2 k.c., jak i art. 353¹ k.c. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 933/99, Lex nr 54492 oraz w uchwałach z 26 listopada 1991 r., III CZP 121/91, OSNC 1992, Nr 6, poz. 99 czy z 3 lipca 1991 r., III CZP 59/91, OSNC 1992, Nr 3, poz. 41)”.*
40. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10.10.2017 r., sygn. VI ACa 726/16: *„umowa, w której jedna ze stron może dowolnie wpływać na zakres własnego zobowiązania, nie mieści się w granicach swobody umów, zaprzeczając istocie (naturze) stosunku obligacyjnego, w rozumieniu art. 353¹ k.c.”.*
41. Odwołujący podnosi, iż „danie zielonego światła” wykonawcom na etapie przetargu dla zoptymalizowania rozwiązań projektowych i zaproponowania atrakcyjniejszej oferty za zakres prac geotechnicznych przy jednoczesnej możliwości niczym nieskrępowanego zaniegowania tej optymalizacji po wyborze oferty, gdy ta ostatnia jest inkorporowana do umowy, pozostaje w sprzeczności z zasadami lojalności kontraktowej (art. 58 § 2 kc). Odwołujący nie przeczy, iż Zamawiający powinien móc zakwestionować wprowadzenie rozwiązania optymalizacyjnego przyjętego na etapie składania oferty, lecz winno być to ograniczone do okoliczności obiektywnych (np. sprzeczność rozwiązania

⁶ Tak R. Flejszar, 4. Zasada autonomii woli stron a zasada dyspozycyjności [w:] *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warszawa 2017.

⁷ Tak. Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2010, str. 132.

⁸ R. Trzaskowski, *Właściwość (natura) zobowiązaniowego stosunku*, str. 348.

z obowiązującymi na etapie realizacji przepisami prawa; niezgodność rozwiązań z zasadami sztuki budowlanej), a nie subiektywnego i dowolnego stanowiska strony umowy.

42. Odwołujący uważa, że w ww. sytuacji mamy do czynienia z naruszeniem m.in. art. 353¹ kc w zw. z art. 58 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp. Wykreowany stosunek nadrzędności Zamawiającego nad wykonawcą w drodze przyznania sobie przez tego pierwszego arbitralnego uprawnienia zanegowania optymalizacji, staje w sprzeczności z obowiązkiem współdziałania w realizacji umowy, gdyż wyklucza jej stabilną realizację w zaufaniu do drugiej strony stosunku zobowiązaniowego.
43. Konsekwencją powyższego winno być (niezależnie od czynności wskazanych w nb 33):
- unieważnienia czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 143;
 - nakazania powtórzenia odpowiedzi czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 143, i
 - nakazanie, aby w ramach tej odpowiedzi Zamawiający określił katalog obiektywnych okoliczności na podstawie których może na etapie realizacji umowy zakwestionować obrane przy kalkulacji i złożeniu oferty rozwiązanie optymalizacyjne w odniesieniu do rozwiązań projektowych w zakresie robót branży geotechnicznej (Kompleksowe wykonanie wzmocnienia podłoża (doprowadzenie do G1) i warstw ulepszanego podłoża / Kompleksowe wykonanie zabezpieczenia skarp nasypu / Kompleksowe wykonanie zabezpieczenia skarp wykopu).

III. Przeniesienie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z odmiennymi warunkami gruntowymi (zarzut nr 4)

44. Odpowiedź na pytanie nr 144 w ocenie Odwołującego skutkuje modyfikacją SWZ i postanowień wzorca umowy w ten sposób, iż wystąpienie odmiennych warunków podpowierzchniowych w stosunku do dokumentacji geologiczno-inżynierskiej załączonej do dokumentacji przetargowej i wynikająca z tego konieczność wykonania robót dodatkowych i/lub zamiennych nie uprawnia do zmiany wynagrodzenia umownego.
45. Innymi słowy, Zamawiający dokonał wyłączenia z katalogu podstaw do zmiany wynagrodzenia umownego przytoczonego w nb 6 - 9 uzasadnienia odwołania okoliczności wystąpienia odmiennych warunków podpowierzchniowych odbiegających od przyjętych w dokumentacji geologiczno – inżynierskiej udostępnionej przez Zamawiającego.
46. Skoro bowiem Zamawiający oświadcza, że nie potwierdza, czyli neguje uprawnienie wykonawcy do uzyskania dodatkowej płatności z ww. przyczyn, a jednocześnie w ramach odpowiedzi na pytanie nr 144 odsyła do odpowiedzi na pytanie nr 143, gdzie oczekuje od wykonawcy skalkulowania w cenie ryczałtowej za prace geotechniczne ewentualnych ryzyk, jasnym wydaje się być, że Zamawiający ryzykiem wystąpienia odmiennych warunków podpowierzchniowych w całości obciąża wykonawcę
47. Odwołujący uważa, że taki zabieg narusza art. 433 pkt 3) pzp. Zamawiający obciąża bowiem wykonawcę w całości odpowiedzialnością za prawidłowość i rzetelność dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, której dostarczenie, a w rezultacie także

prawidłowość spoczywa na Zamawiającym zgodnie z art. 647 kc, art. 651 kc, a także art. 99 ust. 1 i 4 pzp.

48. Co więcej, w ramach tego transferu ryzyka wykonawca obciążony zostaje odpowiedzialnością również za wszelkie napotkane pod ziemią odmienne warunki, których nie miał możliwości przewidzieć kalkulując ofertę. Jest to sytuacja rażąco nieuczciwa, naruszająca równowagę zobowiązań i ekwiwalentność świadczeń stron umowy. Warto podkreślić, że Zamawiający nie sformułował wymogu, aby wykonawcy mieli na etapie przygotowania oferty wykonać we własnym zakresie badania geologiczne.
49. Wręcz przeciwnie, ciężar prawidłowości rozeznania warunków gruntowych przyjął na siebie Zamawiający przyjmując w tym Postępowaniu formułę „buduj” i dostarczając stosowną dokumentację.
50. Zasadność stanowiska Odwołującego potwierdza judykatura. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 18.02.2016 r., sygn. II CSK 197/15 *„niedopuszczalne jest przerzucenie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego ryzyka gospodarczego wynikającego z niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia i błędnej treści wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia”*. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 22.02.2019 r., sygn. VII AGa 574/18: *„Wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, a nie przewidzianych w dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego, na podstawie której przygotowana jest oferta wykonawcy, a wiążących się jednocześnie, ze znacznymi kosztami”*. Nadto, w tym ostatnim orzeczeniu potwierdzono, że nie można od wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagać prowadzenia własnych badań na etapie ofertowania.
51. Istotnym w tej mierze jest również wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 10.11.2020 r., sygn. I AGa 133/19, który wyraźnie wskazał, że **niedopuszczalnym jest przerzucanie na wykonawcę wszelkich ryzyk, w tym również tych, których nie da się stwierdzić i skwantyfikować**: *„umowne wynagrodzenie ryczałtowe nie obejmowało wszelkich istniejących ryzyk związanych z wykonaniem inwestycji - ich określenie na etapie zawierania zobowiązania jest bowiem obiektywnie niewykonalne - lecz tylko takich, które były możliwe do dostrzeżenia przez wykonawcę działającego z należytą starannością (art. 355 § 2 k.c.), w granicach jego możliwości i po przeprowadzonej analizie dokumentacji kontraktowej i terenu budowy. Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do nieakceptowalnych, z punktu widzenia racjonalnego odbiorcy oświadczenia woli, wyników. Jak bowiem słusznie wskazuje się w orzecznictwie, choć pewne błędy opracowań przygotowanych przez zamawiającego wykonawca powinien dostrzec na etapie przedkontraktowym albo po przystąpieniu do wykonania umowy, w miarę postępu prac, to jednak obowiązek ten nie może być rozciągnięty na wszystkie wady takiej dokumentacji (patrz: wyrok SN z 29 kwietnia 2016 r. I CSK 306/15). Jedynie na marginesie należy dodać, że gdyby omówione wyżej postanowienia umowne wyłączyły na powoda przeniosły wszelkie ryzyka, w tym związane z wadliwościami projektu, to uchybiałyby zasadzie swobody kontraktowania. Byłyby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego z uwagi na naruszenie równej pozycji stron zobowiązania (art. 3531 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 PZP). To zaś, jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy, czyniłoby je nieważnymi, a umowa nie wiązałaby w omawianym zakresie (art. 58 § 2 k.c. i art. 58 § 3 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 PZP). Również zatem w takiej*

sytuacji należałoby przyjąć, że powód nie ponosiłby odpowiedzialności za wykonanie tych czynności związanych z realizacją inwestycji, które nie zostałyby przewidziane w dokumentacji umownej i byłyby niemożliwe do dostrzeżenia”.

52. Wniosek dotyczący niedopuszczalności przerzucania na wykonawcę wszelkich ryzyk, a więc również takich których nie jest on w stanie przewidzieć i oszacować wynika także z orzecznictwa Izby. Jako przykład można wskazać orzeczenia z dnia 20.01.2023 r., sygn. KIO 18/23, a także z dnia 15.02.2018 r., sygn. KIO 173/18.
53. W kontekście przytoczonego już art. 433 pkt 3) pzp ustawodawca zakazał zamawiającemu tym przepisem 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. Bezspornie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy.
54. Jak wynika z Uzasadnienia (Druk sejmowy Nr 3624, VIII kadencja) do nowelizacji z 11.09.2019 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 11.09.2019 r. kluczowym rozwiązaniem, które ma zniwelować rzeczony zjawisko nadmiernej jednostronności umów jest zwłaszcza: wyraźne wskazanie zakazanych postanowień umownych.
55. 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.”*⁹
56. Tymczasem na skutek odpowiedzi na pytanie nr 144 Zamawiający ukształtował/zmodyfikował SWZ w ten sposób, że przerzucił na wykonawcę odpowiedzialność finansową za odmienne warunki gruntowe w stosunku do przedstawionej przez Zamawiającego dokumentacji geologiczno - inżynierskiej za co wykonawca zgodnie z przepisami pzp nie może odpowiadać.

⁹ PZP. Komentarz. P.Granecki, I.Granecka Warszawa 2021, Legalis

IV. Brak przygotowania Postępowania z należytą starannością skutkujący brakiem dochowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut nr 5).

57. Zarzut nr 5 ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu zarzutów nr 1 – 4, w ocenie STRABAG Postępowanie utraciło status przejrzystego. Ukształtowanie SWZ w drodze odpowiedzi udzielonych na pytania nr 143 i 144 wyklucza złożenie porównywalnych ofert przez konkurentów. Implikuje to brak zachowania uczciwej konkurencji i stawia pod znakiem zapytania czy wykonawcy, którzy zdecydują się na udział w tym Postępowaniu będą równo traktowani.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo,
2. KRS Odwołującego,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
5. Potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.