

Warszawa, dn. 19.06.2026r.

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

Zamawiający: **Gmina Miejska Biała Podlaska**
ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 3, 21-500 Biała Podlaska
NIP: 5372335662, REGON: 030237380
tel.: 83-343-66-92, fax: 83-343-70-64
Pocztą elektroniczną: zamowienia@org.bialapodlaska.pl
Strona internetowa prowadzonego postępowania na której
udostępniane będą zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne
dokumenty zamówienia bezpośrednio związane z
postępowaniem o udzielenie zamówienia [URL]:
<https://bialapodlaska.ezamawiajacy.pl>.

Odwołujący: **Balzola Polska Sp. z o.o.**
Al. Jana Pawła II 12
KRS 0000319478, NIP 1010002981
tel. +48 (22) 8508317
e-mail: balzola@balzola.pl
adres do e-doręczeń:
reprezentowany przez:
r.pr. Magdalenę Zadorę-Redźko
adres do doręczeń jw.:
tel. kom. +48 691 951 019
e-mail: redzko@balzola.pl,
adres do e-doręczeń: AE:PL-94566-86951-WDRGD-16

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację inwestycji pn. „**Budowa I etapu wschodniej obwodnicy miasta Biała Podlaska**”, Nr postępowania: ZP.271.1.21.2026.MCH2

Numer ogłoszenia: Numer publikacji ogłoszenia: 393574-2026, Numer wydania Dz.U. S: 109/2026,
Data publikacji: 09/06/2026

Postępowanie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

ODWOŁANIE

W imieniu Balzola Polska Sp. z o.o., zwanej dalej „Odwołującym” lub Balzola, działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które przedkładałam w załączeniu wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 ppkt 1) ustawy z dnia 11.09.2019 roku r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą pzp” lub „ppz”, wnoszę odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Budowa I etapu wschodniej obwodnicy miasta Biała Podlaska**”

I. Zarzuty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. **Art. 112 ust. 1, art. 116 ust 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp** poprzez sformułowanie, w Rozdziale VII pkt 2 ppkt 4 oraz 5.1.6 Ogłoszenia o zamówieniu, warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny, nadmierny a w konsekwencji naruszający zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. poprzez postawienie warunku zgodnie z którym:

„ W zakresie niniejszego warunku Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że:

a) W zakresie niniejszego warunku Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że w okresie ostatnich 10 lat, od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

- co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie obiektu mostowego **nad infrastrukturą PKP PLK; (podkreślenie własne Odwołującego)**

- co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie/rozbudowie/przebudowie ulic/dróg o nawierzchni bitumicznej uzbrojonych w sieci i urządzenia wodno-kanalizacyjne o wartości robót min. 30.000.000,00 zł brutto;

- co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie obiektu mostowego o długości minimum 60 m;

i niezasadne ograniczenie w treści ww. warunku doświadczenia jakim legitymować może się wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, do realizacji zadania polegającego na budowie obiektu mostowego nad infrastrukturą jednego tylko zarządcy infrastruktury kolejowej tj. PKP PLK.

2. **naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. 353 (1) kc, art. 5 kc w zw. z art.627 kc, 647 kc, art. 652 kc**, poprzez nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu, ukształtowanie postanowień przyszłej umowy w sposób sprzeczny z naturą stosunku prawnego, zasadą równowagi stron i wprost przepisami prawa i przyznanie sobie przez Zamawiającego, w sposób niezgodny z prawem w §6 ust. 17 Umowy

uprawnienia do odmowy dokonania odbioru wykonanych robót, a w konsekwencji odmowy dokonania zapłaty, na wypadek zgłoszenia jakichkolwiek uwag i zastrzeżeń, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami dokonanie odbioru aktualizującego dokonanie zapłaty i odbioru jest obowiązkiem inwestora i nie może być uzależnione od bezusterkowego wykonania działu czy obiektu.

3. **naruszenie art. 433 pkt 4) ustawy pzp, art. 8 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) kc oraz art. 5 kc** poprzez zastrzeżenie w §3 ust 8 Umowy uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego ograniczenia zakresu umowy bez określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron, podczas gdy zgodnie ze wskazanym przepisem ustawy uprawnieniu do jednostronnego ograniczenia umowy musi towarzyszyć określenie minimalnego minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron a przez to nadużycie pozycji dominującej organizatora przetargu i ukształtowanie postanowień umownych z przekroczeniem zasady swobody kształtowania treści przyszłej umowy .
4. **naruszenie art. 433 pkt 1 ustawy pzp, art. 8 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) kc oraz art. 5 kc** poprzez zastrzeżenie w §6 ust. 16 Umowy uprawnienia do zlecenia wykonawstwa zastępczego na wypadek opóźnienia wykonawcy w usuwaniu usterek, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami projektowanie postanowienia umowne nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia a Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla zastosowania odstępstwa od zakazu wprowadzania odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie czym w konsekwencji nadużył pozycji dominującej organizatora przetargu i ukształtował postanowienia umowne z przekroczeniem zasady swobody kształtowania treści przyszłej umowy.
5. **naruszenie art. 134 pkt 6 w zw. z art. 436 pkt 1) ustawy pzp** poprzez określenie w §3 projektu umowy terminu wykonania zamówienia do 30 listopada 2027r. tj. datą kalendarzową bez wskazania obiektywnej przyczyny podczas gdy zgodnie ze wskazanym przepisem planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone są w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną;

II. Żądanie.

- 1) Nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VII pkt 2 pkt 4 oraz 5.1.6 Ogłoszenia o zamówieniu, w przedstawiony niżej sposób:

„W zakresie niniejszego warunku Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że:

a) W zakresie niniejszego warunku Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że w okresie ostatnich 10 lat, od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

- co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie obiektu mostowego nad infrastrukturą **kolejową** PKP-PLK;
- co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie/rozbudowie/przebudowie ulic/dróg o nawierzchni bitumicznej uzbrojonych w sieci i urządzenia wodno-kanalizacyjne o wartości robót min. 30.000.000,00 zł brutto;
- co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie obiektu mostowego o długości minimum 60 m;

- 2) Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §6 ust.17 Umowy w przedstawiony niżej sposób:

„Za termin wykonania umowy uważać się będzie datę zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru na zasadach określonych stosownie w § 6 niniejszej Umowy, o ile protokół odbioru częściowego oraz protokół odbioru końcowego zostanie podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń. Jeżeli w trakcie odbiorów zostaną **stwierdzone wady istotne i usuwane, Zamawiający ma prawo odmówić dokonania odbioru i wyznaczyć odpowiedni termin na ich usunięcie.** ~~zgłoszone uwagi lub/i zastrzeżenia, za termin wykonania Umowy uważać się będzie datę podpisania stosownie protokołu odbioru częściowego oraz protokołu odbioru końcowego, bez uwag i zastrzeżeń.~~

- 3) Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §7 ust.7 Umowy w przedstawiony niżej sposób:

„Zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, **nie więcej niż o 10% wartości Umowy podanej w §7 ust. 1** w sytuacji gdy wykonanie danych robót będzie zbędne do prawidłowego, wykonania przedmiotu określonego w §2.

- 4) Nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §6 ust.16 Umowy w przedstawiony niżej sposób:

„Jeżeli Wykonawca nie wykona poprawek, uzupełnień lub nie usunie usterek w terminie wykonania Umowy lub w **odpowiednim** dodatkowym terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, a opóźnienie przekroczy 10 dni, Zamawiający, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania obowiązków, będzie uprawniony do powierzenia wykonania poprawek, uzupełnień lub usunięcia usterek osobie trzeciej lub wykonania ich we własnym zakresie, na koszt i ryzyko Wykonawcy (wykonanie zastępcze), bez konieczności uzyskiwania odrębnego upoważnienia sądowego. Zamawiający będzie uprawniony do potrącenia kosztów wykonania zastępczego z wynagrodzenia Wykonawcy lub zabezpieczenia należytego wykonania Umowy a także naliczenia kar umownych. Skorzystanie z wykonania zastępczego nie wyłącza innych uprawnień Zamawiającego wynikających z Umowy lub przepisów prawa.”

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. Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w sposób naruszający przepisy ustawy PZP, w tym naruszający podstawowe zasady przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówień publicznych. 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).¹

IV. Termin oraz wymagania formalne.

Numer publikacji ogłoszenia: 393574-2026, Numer wydania Dz.U. S: 109/2026, Data publikacji: 09/06/2026

SWZ dla przedmiotowego zamówienia opublikowana została w tej samej dacie.

Oznacza to, że Odwołujący składa odwołanie w terminie wymaganym zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

¹ Analogiczne wnioski płyną z zachowujących aktualność orzeczeń wydanych na gruncie ustawy pzp z 2004r., wśród których wskazać można wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 roku, KIO 443/16; wyrok KIO z dnia 28 lutego 2012 roku, KIO 229/12; KIO 238/12; KIO 239/12; KIO 242/12; KIO 245/12; KIO 247/12).

Uzasadnienie

I. Uwagi ogólne.

- I. Zamawiający Gmina Miejska Biła Podlaska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest **„Budowa I etapu wschodniej obwodnicy miasta Biła Podlaska”** (dalej: Postępowanie).

W Rozdziale VII pkt 2. ppkt 4.I SWZ oraz 5.1.6 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający sformułował następujące warunki udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenie wymaganego od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

„W zakresie niniejszego warunku Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że:

a) W zakresie niniejszego warunku Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi wykazać, że w okresie ostatnich 10 lat, od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie:

- [] co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie obiektu mostowego nad infrastrukturą PKP PLK;*
- [] co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie/rozbudowie/przebudowie ulic/dróg o nawierzchni bitumicznej uzbrojonych w sieci i urządzenia wodno-kanalizacyjne o wartości robót min. 30.000.000,00 zł brutto;*
- [] co najmniej 1 (jedno) zadanie polegające na budowie obiektu mostowego o długości minimum 60 m;*

W ocenie Odwołującego w zakresie w jakim przytoczony warunek wymaga doświadczenia tylko przy budowę obiektów inżynierskich nad infrastruktura PKP PLK narusza on obowiązujące przepisy.

Zarzut I.

II. Sformułowanie warunków w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia, nadmierny, nieproporcjonalny.

- I. Zgodnie z art. 112 ustawy pzp „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w **sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia** oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako **minimalne poziomy zdolności.**” Dodatkowo w zakresie doświadczenia, art. 116 ust 1 ustawy pzp doprecyzowuje, że „W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące **niezbędnego** wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, **doświadczenia**, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, **umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.**”
- II. Ustawodawca ogranicza swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne, gdy

jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający może więc określić wyłącznie takie warunki udziału w postępowaniu, które są związane z przedmiotem zamówienia a ponad to związek ten ma charakter proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w ten sposób, że umożliwia weryfikację niezbędnych zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia.

- III. W orzecznictwie i doktrynie rozważania na temat pojęcia związku warunku z przedmiotem zamówienia jak też jego proporcjonalnego charakteru prowadzone są bardzo często łącznie.
- IV. Odwołujący pragnie w tym miejscu wskazać, że nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do ustalenia warunków udziału w Postępowaniu w sposób adekwatny do Jego uzasadnionych oczekiwań. Jest to uprawnienie Zamawiającego jako dysponenta postępowania o udzielenie zamówienia. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający może formułować warunki udziału w Postępowaniu w sposób dowolny, niezwiązany z przedmiotem zamówienia lub nieadekwatny do niego (tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie). **Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być bowiem związane z przedmiotem zamówienia ale w sposób adekwatny co z jednej strony pozwala na zadośćuczynienie wymogom zamawiającego co do wyboru podmiotu zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś nie ogranicza dostępu do zamówienia innym wykonawcom w sposób nieuzasadniony (co stanowiłoby naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Szczególnie że dla przedmiotowego postępowania Zamawiający przyjął tryb przetargu nieograniczonego, który ma najszerzej urzeczywistniać zasadę konkurencyjności postępowania. Zgodnie z art. 132 ustawy pzp „Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.” Tym bardziej więc sposób postawienia warunków udziału w postępowaniu nie może powodować, że przyjęty tryb postępowania będzie miał charakter iluzoryczny.**
- V. Zasady konstruowania przez zamawiających publicznych treści warunków udziału w postępowaniu były przedmiotem wielokrotnych analiz ze strony Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoim orzecznictwie precyzyjnie wypowiedziała się na temat na temat sposobu ich formułowania. W ocenie Odwołującego podniesione w nich postulaty nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego w pełnym zakresie w toku prac nad treścią ogłoszenia i SWZ. I tak wskazać można:
- wyrok z dnia 8 lutego 2024 roku, sygn. akt. KIO 163/24 zgodnie z którym „warunki udziału w postępowaniu wobec opisu przedmiotu zamówienia mają być proporcjonalne i pozwolić na wybór wykonawcy, który dysponuje adekwatnym do zakresu zamówienia doświadczeniem zawodowym. Zasadą podstawową w zamówieniach publicznych jest ustalenie warunków udziału w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający ocenę zdolności danego wykonawcy do należytego wykonania zobowiązania umownego.”
 - wyrok z dnia z dnia 5 marca 2021 roku (sygn. KIO 418/21) zgodnie z którym „Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.”
 - wyrok z dnia 1 lutego 2021 roku, sygn. akt. KIO 33/21) „Zasada proporcjonalności nakazuje postawienie wymagań adekwatnych do okoliczności danej sprawy, tj. uzasadnionych

wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności przedmiotu zamówienia oraz warunkami realizacji zamówienia, a także aby nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.”

- VI. Z przedstawionego powyżej zbioru orzeczeń i stanowisk wynika, że obowiązkiem każdego zamawiającego publicznego jest takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu aby dawały one gwarancję wyboru wykonawcy dającego rękojmię wykonania zamówienia w sposób należyty. **Nie mogą to być jednak warunki prowadzące do eliminowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, wobec upoważnienia dla Zamawiającego do badania w ramach warunku udziału w postępowaniu minimalnego poziomu zdolności (art. 112 pzp) w ramach niezbędnego doświadczenia (art. 116 pzp) koniecznego do wykonania.** Treść warunku ma być *de facto* „wypośrodkowana” w taki sposób, aby umożliwić realizację słusznym interesów zamawiającego przy jednoczesnym zapewnieniu możliwości dostępu do zamówienia przedsiębiorcom (w tym małym i średnim przedsiębiorcom, co jest istotne z punktu widzenia dyrektywy zamówieniowej i unijnych zasad udzielania zamówień).
- VII. Treść warunku, szczególnie wobec prowadzenia postępowania w procedurze która z założenia ma gwarantować pełną otwartość i jak najszerszą konkurencyjność, nie może prowadzić do ograniczenia rynku. W ocenie odwołującego, zamawiającemu powinno zależeć na tym, by w postępowaniu uczestniczyło wielu wykonawców, spośród których będzie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.
- VIII. Warto w tym miejscu wskazać, na zachowujący aktualność w obecnym stanie prawnym wyrok z 6.12.2013 r. (KIO 2683/13), Izba podkreśliła, że: „(...) **zamawiający ma pełne prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb. Nie jest to jednak prawo nieograniczone. Swoboda zamawiającego w tym zakresie nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężyć kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia.** Zatem oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (aktualnie art. 16) należy ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy - czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać. (...). Nie ma przy tym znaczenia podnoszony przez Zamawiającego fakt, że na rynku działa wielu wykonawców będących w stanie ww. wymaganie spełnić. **Nieuzasadnione ograniczenie konkurencji może mieć bowiem miejsce nie tylko w sytuacji, gdy krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie zostaje ograniczony do jednego czy dwóch, ale również wtedy, gdy dopuszczając do postępowania wielu wykonawców, w sposób nieuzasadniony uniemożliwia się udział w nim równie dużej grupie.**”
- IX. W ocenie Odwołującego, na podstawie przedstawionego powyżej zestawienia okoliczności i wytycznych związanych z interpretacją przepisów ustawy pzp, należy uznać, że związanie warunku z przedmiotem zamówienia rozumieć należy jako takie jego sformułowanie, które w swojej treści nawiązuje wprost do nabywanego przez instytucje zamawiające przedmiotu dostaw, usług lub robót budowlanych. **Istotne jest, aby stopień powiązania nie określał konieczności wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia.** Już tylko słownikowo doświadczenie tożsame to przecież doświadczenie znacznie wyższe niż związanie z przedmiotem zamówienia w sposób proporcjonalny. Z punktu widzenia zamawiającego wystarczające powinno być bowiem ustalenie, iż wykonawca zrealizował zamówienia, których zasadnicze cechy zbieżne są tym, które powierzyć zamierza zamawiający.

Dlatego też, że „związek z przedmiotem zamówienia” rozpatrywać należy przez pryzmat punktów stykających pomiędzy treścią warunku a przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia.

- X. Naruszenie art. 112 ust. 1 ustawy pzp w zakresie „związku z przedmiotem zamówienia” zatem polega na takim sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu, który, poprzez nadmierne nawiązanie do szczegółów przedmiotu zamówienia, stanowi istotne ograniczenie w dostępie do postępowania. Taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku sprowadza się bowiem w swej istocie do wymagania od wykonawców tożsamy z przedmiotem zamówienia a nie związanych z nim i to w sposób możliwy do określenia jako proporcjonalny. Szczególnie wobec jasnej dyrektywy płynącej z treści art. 112 ustawy pzp dotyczącej minimalnego poziomu zgodności wykonawcy. Szczególnie, że istota warunków udziału w postępowaniu polega na ocenie możliwości wykonawcy w zakresie realizacji **przyszłego zamówienia, nie natomiast weryfikacji czy w swoim portfolio posiada on doświadczenie czy potencjał tożsamy z przedmiotem zamówienia** w zakresie elementów niemających znaczenia dla zbadania czy dany wykonawca daje gwarancję należytego wykonania przyszłego zamówienia
- XI. Powyższe rozumienie zasad związanych z formułowanie warunków udziału w postępowaniu potwierdza orzecznictwo Izby. W wyroku z dnia 30 listopada 2014 roku sygn. akt **KIO 2075/14** Izba stwierdza bowiem, że: **„Ustawodawca dozwala do żądania wykazania wykonania nie takiego samego przedmiotu, ale jedynie wykazania wykonania przedmiotu związanego z przedmiotem zamówienia”**. Analogicznie w wyroku z 24 czerwca 2016r. sygn. akt **KIO 995/16** Izba stwierdziła, że **ustawodawca dopuszcza żądanie wykazania wykonania przedmiotu związanego z zamówieniem, a nie identycznego, co oznacza, że warunki udziału muszą być proporcjonalne i nie mogą nadmiernie ograniczać konkurencji, eliminując wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia**.
- XII. Reasumując, każdorazowo konstrukcja warunku winna być skorelowana nie tylko z uzasadnionymi oczekiwaniami zamawiającego, ale i oceną czy zastosowanie prostej analogii do przedmiotu zamówienia nie będzie skutkowało nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencyjności.
- XIII. Odrębnej ocenie podlega wywiązanie się przez zamawiającego z postawienia warunku uwzględniającego regułę proporcjonalności. To pojęcie oznacza, iż opis oceny spełnienia warunków powinien być adekwatny od osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. *„Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy [...] rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.”* (por. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 112.)

- XIV. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 *Contse SA v. Instituto Nacional de Gestion Sanitaria*, naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. **Ponadto Trybunał w wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja v. Królestwo Hiszpanii*, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu.**
- XV. Zasada proporcjonalności wymaga więc dwustopniowej oceny wprowadzanego środka. Po pierwsze należy ocenić, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu. Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to w drugiej kolejności należy się zastanowić, czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu, a także czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków. Stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi.
- XVI. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający ogranicza doświadczenie w realizacji obiektów referencyjnych tj. obiektów mostowych położonych nad infrastrukturą PKP PLK. Położenie obiektu nad infrastrukturą kolejową zarządzaną przez jednego, wybranego przez Zamawiającego zarządcę takiej infrastruktury nie znajduje uzasadnienia w prawidłowym rozumieniu przywołanych wyżej przepisów.
- XVII. Zgodnie z treścią zaskarżonego warunku wymagane jest doświadczenie w (i) budowie obiektu mostowego położonego nad (ii) infrastrukturą (iii) PKP PLK. Potocznie sformułowanie o „infrastrukturze PKP PLK” rozumieć należy jako infrastrukturę zarządzaną przez PKP PLK. Podmiot ten (PKP PLK) zgodnie z obowiązującymi przepisami pełni funkcję zarządcy infrastruktury kolejowej. I tak zgodnie w myśl art. 4 pkt 7 ustawy z 28 marca 2003r o transporcie kolejowym. (t.j. Dz.U. z 2024r. poz. 697 z późn. zm.), *pod pojęciem zarządcy infrastruktury rozumieć należy podmiot odpowiedzialny za zarządzanie infrastrukturą kolejową, jej eksploatację, utrzymanie, odnowienie lub udział w rozwoju tej infrastruktury, a w przypadku budowy nowej infrastruktury, podmiot, który przystąpił do jej budowy w charakterze inwestora.*
- XVIII. **Wskazane w zaskarżonym warunku PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. bez wątpienia stanowią głównego zarządcę infrastruktury kolejowej w Polsce. Jest to jednak tylko jeden z zarządców i na dodatek działający w tym charakterze tylko na rynku krajowym. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie może być jednak prowadzone w sposób dowolnie preferujący doświadczenie w realizacji inwestycji w określonym kraju (Polska) lub inwestycji na rzecz określonych podmiotów (PKP PLK jako zarządca infrastruktury kolejowej jest również inwestorem realizowanych na jego terenie zadań)**

lub na terenie należącym do określonych podmiotów (wiadukt nad infrastrukturą PKP PLK).

- XIX. Oprócz jednak PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zarządcą infrastruktury kolejowej odpowiedzialnym m.in. za realizację inwestycji budowlanych w kraju są m.in.: CTL Maczki-Bór S.A., Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, Euroterminal Sławków sp. z o.o., Infra Silesia S.A., Kopalnia Piasku Kotłarnia – Linie Kolejowe Sp. z o.o., Pomorska Kolej Metropolitalna S.A., PMT Linie Kolejowe sp. z o.o., Cargotor sp. z o.o., Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o. i UBB Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Transportowo-Sprzętowe „Bettrans” sp. z o.o., PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Elektrociepłowni w Lublinie Wrotków i Track Tec S.A. Dodatkowo na rynku funkcjonują zarządcy, którzy łączą funkcję zarządcy i przewoźnika kolejowego poprzez zarządzanie infrastrukturą kolejową i wykonywanie przewozów kolejowych na liniach przeznaczonych wyłącznie do wykonywania miejskich lub podmiejskich przewozów kolejowych oraz na linii szerokotorowej. Są to: PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o., Warszawska Kolej Dojazdowa sp. z o.o., PKP Linia Hutnicza Szerokotorowa sp. z o.o.²
- XX. Przywołany zapis w sposób zupełnie niezrozumiały nie pozwala na udział w postępowaniu podmiotom, które mają doświadczenie w budowie obiektów mostowych nad infrastrukturą kolejową ale zarządzaną przez podmiot innych niż PKP PLK w sytuacji gdy już tylko na rynku krajowym liczba takich podmiotów nie jest ograniczona tylko do jednego zarządcy tj. PKP PLK.
- XXI. Tymczasem obowiązujące przepisy techniczno– budowlane (mówimy o doświadczeniu w budowaniu obiektów mostowego) nie wprowadzają innych wymagań w zakresie realizacji drogowych obiektów inżynierskich w zależności od tego czy obiekty mają przebiegać nad infrastrukturą kolejową tego czy innego zarządcy. Sama zresztą różnica w przepisach technicznych nie mogłaby również uzasadniać takiego ograniczenia bo wobec różnic w przepisach poszczególnych krajów oznaczała preferowanie rynku krajowego.
- XXII. Również objęcie zakresem przedmiotu zamówienia budowy wiaduktu nad linią kolejową zarządzaną przez PKP PLK nie może stanowić uzasadnienie w sposobie sformułowania zaskarżonego warunku. Nie byłby to bowiem warunek tylko związany z przedmiotem zamówienia ale identyczny i to w zakresie cech nieistotnych z punktu widzenia doświadczenia wykonawcy robót budowlanych tj. tego nad czym terenem posadowiony jest obiekt mostowy nie zaś jakie ma np. parametry użytkowe czy np. pośrednio wynikającą również z nich wartość.
- XXIII. W wyroku z dn. 25 stycznia 2025r. sygn. akt KIO 4913/25 Krajowa Izba Odwoławcza, wyjaśniła że **„Określenie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie doświadczenia w sposób, który nie jest niezbędny dla stwierdzenia zdolności do należytego wykonania zamówienia oznacza, że warunek ten nie jest „warunkiem dotyczącym niezbędnego doświadczenia”, o którym mowa w art. 116 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, oraz że nie został określony w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i niezbędny dla umożliwienia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 112 ust. 1 ustawy, a tym samym niezgodnie z wynikającym z art. 16 pkt 3 ustawy nakazem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny, gdyż w rozumieniu tych**

² <https://utk.gov.pl/pl/dostep-do-infrastruktur/dostep-do-infrastruktury/zarzaczy-infrastruktury/16224,Zarzaczy-infrastruktury.html>

przepisów proporcjonalne jest takie działanie, które nie tylko może służyć osiągnięciu celu, w jakim jest podejmowane, ale także jest niezbędne dla jego osiągnięcia.

- XXIV. Sposób rozumienia doświadczenia nie jest sporny również w systemie zamówień publicznych. Można powołać tu wyrok KIO z 14 lutego 2020r. (sygn. akt. KIO 190/20) zgodnie z którym „Istotą doświadczenia jest nabywanie go w wyniku powtarzającego się wykonywania określonych czynności, co odpowiada definicji tego pojęcia. Mianem doświadczenia określa się bowiem ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć.” W tym przypadku chodzi o doświadczenie w budowie obiektu mostowego na obszarze kolejowym niezależnie od tego kto jest zarządcą infrastruktury na tym terenie.
- XXV. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy jest zarzutem wynikowy w stosunku do opisanego zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1, art. 116 ust 1 ustawy pzp.

Zarzut II.

- I. W §6 ust 17 Umowy Zamawiający przewidział, że:

17. Za termin wykonania umowy uważać się będzie datę zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru na zasadach określonych stosownie w § 6 niniejszej Umowy, o ile protokół odbioru częściowego oraz protokół odbioru końcowego zostanie podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń. Jeżeli w trakcie odbiorów zostaną zgłoszone uwagi lub/i zastrzeżenia, za termin wykonania Umowy uważać się będzie datę podpisania stosownie protokołu odbioru częściowego oraz protokołu odbioru końcowego, bez uwag i zastrzeżeń.

- I. Z przywołanego postanowienia Umowy jasno wynika, Zamawiający przyznaje sobie uprawnienie do odmowy dokonania odbioru częściowego lub końcowego na wypadek stwierdzenia w trakcie takiego odbioru jakichkolwiek uwag lub zastrzeżeń. Zdanie drugie potwierdza jedynie, że na wypadek stwierdzenia jakichkolwiek uwag lub zastrzeżeń zamawiający nie tylko odmówi dokonania odbioru ale zmianie ulegnie data w której uważało będzie, że umowa została wykonana – za termin wykonania umowy będzie uważana bowiem już nie data zgłoszenia gotowości do odbioru ale data jego dokonania przez Zamawiającego pod warunkiem braku jakichkolwiek uwag lub zastrzeżeń.
- II. W doktrynie i orzecnictwie jest jednolicie i zgodnie przyjmowane, że nie istnieje coś takiego jak „idealne wykonanie dzieła”, Zamawiający ma obowiązek dokonania odbioru i zapłaty wynagrodzenia chyba że odbiór nie jest możliwy z uwagi na istnienie wad tzw. wad istotnych tj. wad uniemożliwiających jego użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem.
- III. W protokole z odbioru niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualnie wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. **Gdy zamawiający, z przyczyn leżących po jego stronie, uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a roszczenie**

jego staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór ten winien nastąpić (II CKN 29/08).

- IV. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (II CSK 476/12). Z ostatniego powołanego orzeczenia wynika również, że tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnienie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, uznawane jest za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą. Skutkuje to uznaniem, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, będą bezwzględnie nieważne jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (tak: B. Lanckoroński, Kodeks cywilny. Komentarz, red. K. Osajda, Legalis).
- V. Wskazać można również, na wyrok SN z 12 marca 2021 r. w sprawie sygn. akt. V CSK 14/21 wyjaśnił, że „Zgodnie z art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, natomiast inwestor zobowiązuje się do jego odebrania. **Dokonanie odbioru obiektu jako rezultatu robót budowlanych jest zatem obowiązkiem inwestora. Odbiór ten powinien nastąpić niezwłocznie po tym, gdy wykonawca zaoferował przedmiot umowy o roboty budowlane inwestorowi, chyba że łącząca strony umowa określa termin i sposób dokonania odbioru.** (...) Odbiór obiektu jest jednostronną czynnością zamawiającego (inwestora), stanowiącą pokwitowanie spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 462 k.c.), uznanie świadczenia wynikającego z umowy za wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, co otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia. Z kolei w
- VI. Z kolei w wyroku z 3 sierpnia 2017r. SA w Warszawie w sprawie sygn. akt I ACa 698/16 wskazał, że „**W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót,** w tym ewentualnego wykazu wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. **Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne,** że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 k.c. i art. 638 k.c., jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane.
- VII. Zasada, iż niedopuszczalne jest uzależnienie odbioru robót budowlanych i zapłaty wynagrodzenia od bezusterkowego odbioru, została jednoznacznie przesądzona również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej,
- VIII. Na przykład w wyroku sygn. KIO 1601/18: "zgodnie ze stanowiskiem dominującym w judykaturze oddanie przez przyjmującego zamówienie dzieła z wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, uprawnia zamawiającego do odmowy odbioru dzieła, a tym samym wynagrodzenie nie staje się wymagalne (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt: 111 CZP

8/15). W sytuacjach, w których dzieło wykazuje jedynie wadę nieistotną, jego oddanie powoduje w myśl art. 642 § 1 wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, natomiast zamawiający powinien wówczas skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi (Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa, wyd. II). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r. sygn. akt: V CSK 544/12: Tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie mogą być poczytane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru; istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem."

- IX. Również w wyroku z 19 stycznia 2021r. sygn. akt 3440/20 Izba wskazała, że „Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. (...)
- X. Powyższe potwierdzają także: wyrok SN z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07; wyrok SN z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 oraz wyrok sygn. KIO 1507/11, idące wyraźnie w kierunku, że "odbior bezusterkowy" jako warunek odbioru robot budowlanych nie ma podstaw prawnych, jest sprzeczny z treścią art. 647 Kodeksu cywilnego oraz naturą stosunku prawnego.
- XI. Powyższa argumentacja oznacza, że treść wskazanych w zarzutach odwołania postanowień Umowy, które referują do odmowy dokonania odbioru w sytuacji stwierdzenia jakiegokolwiek wad narusza wskazane w treści niniejszego odwołania przepisy prawa oraz pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania czynności do których jest zobowiązany zgodnie z art. 647 kc (przystąpienie do odbioru, odmowa dokonania odbioru a w konsekwencji również zapłata wynagrodzenia) w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych.

Zarzut III

- I. W §7 ust 7 ust 7 Umowy, Zamawiający przewidział, że:
7. Zamawiający przewiduje możliwość ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy, w sytuacji gdy wykonanie danych robót będzie zbędne do prawidłowego, wykonania przedmiotu określonego w § 2.
- II. Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

- III. Niewątpliwie projektowane postanowienia umowne przewidujące możliwość ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez jednoczesnego określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Stron stanowią klauzulę abuzywną niedopuszczalną na gruncie przepisów ustawy Pzp.
- IV. Przepis art. 433 ustawy Pzp określa katalog postanowień, które nie mogą być wprowadzane do umowy w sprawie zamówienia publicznego (są to tzw. klauzule abuzywne). Jak słusznie wskazuje się w doktrynie: *"Celem tego przepisu jest dążenie do zrównoważenia pozycji stron umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez ukształtowanie odpowiedzialności wykonawcy adekwatnie do przedmiotu zamówienia, okoliczności faktycznych realizacji umowy i ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia, a także zapewnienie gwarantowanej wielkości lub wartości świadczenia stron"* (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska 2026).
- V. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w ramach projektowanych postanowień umowy zawarł klauzulę abuzywną w §7 ust. 7 gdzie Zamawiający dopuścił możliwość rezygnacji z realizacji części przedmiotu Umowy jednocześnie nie wskazując przy tym minimalnej wartości lub wielkości świadczenia Stron (czyli gwarantowanego zakresu świadczenia).
- VI. Skoro zaś w §7 ust 7 projektowanych *przewidział możliwość rezygnacji z realizacji części przedmiotu Umowy*, to w myśl powołanego art. 433 pkt 4 ustawy Pzp powinien określić minimalną wartość lub wielkość świadczenia Stron. Stanowisko to jednomyślnie prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej która stwierdza *„Zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p. projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Do obowiązków zamawiającego należy zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantującego wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. Zamawiający może przewidzieć możliwość ograniczenia zakresu świadczenia w pewnych ściśle określonych sytuacjach, jeżeli jednocześnie wskaże minimalną wielkość lub wartość tego świadczenia.”*³
- VII. Przywołany postanowienia projektowanej umowy w sposób jednoznaczny i niepozostawiający wątpliwości zostały sformułowane w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami.

Zarzut IV

- I. §6 ust 16 Umowy przewiduje, że:

³ KIO 99/24, podobnie: KIO 3233/21 Zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.

16. Jeżeli Wykonawca nie wykona poprawek, uzupełnień lub nie usunie usterek w terminie wykonania Umowy lub w dodatkowym terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, a opóźnienie przekroczy 10 dni, Zamawiający, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do należytego wykonania obowiązków, będzie uprawniony do powierzenia wykonania poprawek, uzupełnień lub usunięcia usterek osobie trzeciej lub wykonania ich we własnym zakresie, na koszt i ryzyko Wykonawcy (wykonanie zastępcze), bez konieczności uzyskiwania odrębnego upoważnienia sądowego. Zamawiający będzie uprawniony do potrącenia kosztów wykonania zastępczego z wynagrodzenia Wykonawcy lub zabezpieczenia należytego wykonania Umowy a także naliczenia kar umownych. Skorzystanie z wykonania zastępczego nie wyłącza innych uprawnień Zamawiającego wynikających z Umowy lub przepisów prawa.

- II. Przepis art. 433 pkt 1 ustawy Pzp - jako pierwszą z niedozwolonych klauzul umownych, odnosi się do zakazu ustanawiania odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, za wyjątkiem przypadków, gdy jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia. Z kolei art. 433 pkt 3 ustawy zabrania obciążania Wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający.
- III. Regulacja art. 433 pkt 1 ustawy pzp nawiązuje do tradycyjnego w cywilistyce rozróżnienia zwłoki i opóźnienia. Zgodnie z art. 476 k.c. dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi odpowiedzialności. Zwłoka jest zatem kwalifikowaną postacią nieterminowego wykonania zobowiązania w tym znaczeniu, że jest następstwem zdarzeń, za które dłużnik ponosi odpowiedzialności. Sama z kolei odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie zobowiązania jest powiązana z winą dłużnika.
- IV. Już na gruncie Kodeksu cywilnego możliwa jest modyfikacja ustawowej zasady odpowiedzialności opartej na winie, ponieważ art. 473 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Jednak już tu, rozszerzenie tej odpowiedzialności wymaga oznaczenia okoliczności za które ma odpowiadać dłużnik na zasadzie ryzyka.
- V. Jednak powyższa modyfikacja zasady odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy) dopuszczalna na gruncie art. 473 kc, jest co do zasady niedopuszczalna w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a zamawiającemu nie wolno kształtować umowy w taki sposób, że wykonawca będzie odpowiedzialny za zwykłe opóźnienie, niezawinione przez siebie. Zakaz ten dotyczy wszelkich postanowień umownych, wiążących jakąkolwiek postać odpowiedzialności wykonawcy z opóźnieniem. Wyjątek jest dopuszczalny w przypadku gdy uzasadniają to jakieś szczególne okoliczności lub zakres zamówienia. Wyjaśniła to KIO w wyroku z **20 marca 2023r. sygn.. akt KIO 551/23**), wskazując, że art. 433 pkt 1 ustawy pzp najczęściej poddawany jest ocenie w zw. z zastrzeżeniem odpowiedzialności w postaci kar umownych za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy czy jego części. **Jego treść wskazuje jednak, że przepis art. 433 pkt 1 ustawy pzp powinien być postrzegany również jako przeszkoda w formułowaniu takich postanowień umownych, w których zwykłe opóźnienie wykonawcy (a nie zwłoka) stanowi podstawę do skorzystania przez zamawiającego z uprawnień prawokształtujących, takich jak np. uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od**

umowy w związku z opóźnieniem wykonawcy, czy też uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia lub zwiększenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy.

- VI. W §6 ust. 16 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przyznał sobie uprawnienie do zlecenia wykonawstwa zastępczego w przypadku opóźnienia wykonawcy o co najmniej 10 dni w usuwaniu wad stwierdzonych w trakcie odbioru w stosunku do wyznaczonego przez siebie terminu, po pierwsze nie wskazując co mogłoby uzasadniać skuteczne odstąpienie od wymagań art. 433 pkt 1 ustawy pzp po drugie nie oznaczając również okoliczności powodujących takich opóźnienie zgodnie z art. 476 §1 kc. i wreszcie wiążąc to uprawnieniem z upływem wyznaczonego przez siebie niezależnie od oceny czy będzie to termin realny. **O tym, czy wyznaczony termin jest odpowiedni, przesądzą okoliczności danej umowy, stan zaawansowania prac, użytych materiałów, niebezpieczeństwa związanego z kontynuowaniem wadliwego wykonywania umowy.**⁴
- VII. **Odpowiedniość terminu w każdym przypadku będzie oceniana indywidualnie, stosownie do okoliczności danej inwestycji i rodzaju oraz skali naruszenia.** Termin będzie odpowiedni, jeżeli wykonawca - przy założeniu woli zastosowania się do wezwania - będzie zdolny (obiektywnie) podjąć niezwłocznie kroki zmierzające do doprowadzenia do stanu zgodnego z umową. Termin ten powinien uwzględniać w szczególności przyjętą technologię i konieczność jej skorygowania, używane materiały, ale także wpływ zarzucanych wykonawcy błędów realizacji na możliwość powstania nieodwracalnych skutków wskutek wadliwego wykonywania przedmiotu umowy.
- VIII. Tymczasem przywołane postanowienia Umowy pozwalają obciążyć Wykonawcę odpowiedzialnością za opóźnienie w nieusunięciu wady również wówczas gdy opóźnienie jest wynikiem nierealnego i niemożliwego do dotrzymania terminu narzuconego przez Zamawiającego a więc okoliczności nie tylko nie objętej odpowiedzialnością wykonawcy

Zarzut V.

- I. W zaskarżonych postanowieniach wzoru umowy Zamawiający określił termin wykonania zamówienia jako 30 listopada 2027.
- II. Zgodnie z art. 436 pkt. 1 ustawy pzp obligatoryjnym elementem umowy o zamówienie publiczne są postanowienia określające *planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.*
- III. Pzp narzuca zatem zamawiającym sposób, w jaki należy określić termin realizacji zamówienia, tj. poprzez używanie jednostek czasu. Zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale

⁴ Art. 636 KC red.Gniewek/Machnikowski 2025, wyd. 12/Krzysztof Zagrobelny

poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczyć pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów.⁵ W wyroku KIO sygn. akt 4766/25 Krajowa Izba Odwoławcza przypomniała, że zasadą jest określenie planowanego terminu realizacji zamówienia w dniach, miesiącach lub latach - vide art. 436 pkt 1 PZP. **Skoro określenie terminu realizacji zamówienia konkretną datą jest wyjątkiem od reguły, to jako wyjątek nie może być interpretowane na rozszerzająco.** Stanowisko to zajęła izba uznając, że nie stanowi takiej „wyjątkowej okoliczności” ubieganie się o uzyskanie finansowania zewnętrznego przez Zamawiającego.

- IV. Termin zakończenia powinien więc być określony w czasookresach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykazał obiektywnej przyczyny, dla której określił w postępowaniu datę dzienną. Rozwiązanie przyjęte w art. 436 pkt 1 ustawy pzp służy zrównoważeniu pozycji stron kontraktu, stanowi wyraz partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz stwarza realne podstawy dla każdego wykonawcy do oszacowania ryzyka związanego z terminem realizacji zamówienia. Określenie czasu realizacji powinno kończyć się po upływie określonego czasokresu, niezależnie od tego kiedy dojdzie do zawarcia umowy.
- V. Termin 15 miesięcy na wykonanie zamówienia, Odwołujący oszacował jako odpowiednik terminu wyrażonego dziś w swz datą 30 listopada 2027r. tj. przy założeniu że termin składania ofert upływa 09.07.2026 a sprawnie przeprowadzona procedura wyboru najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy to 2 miesiące.

Resumując, podtrzymuję stanowisko przedstawione w petitum odwołania i wnoszę o jego uwzględnienie w całości

Z poważaniem

Magdalena Zadora-Redźko

radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. KRS
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

⁵ Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II. Pod red. H.Nowaka i M.Winiarza, UZP