

## POSTANOWIENIE

Warszawa, 23 kwietnia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik  
Monika Banaszekiewicz  
Marek Bienias

Protokolant:        Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku,

uczestnicy po stronie Odwołującego:

- 1) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie,
- 3) PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,

### **postanawia:**

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Rozbudowa Nabrzeża Węglowego – etap II oraz Nabrzeża Administracyjnego w Porcie Gdańsk*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 stycznia 2025 r. pod numerem 27227-2025.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. 7 kwietnia 2025 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 527 ustawy Pzp w zw. art. 5 Kc, art. 58 § 1 i 2, art. 3531 Kc i w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewykonanie pkt 1 ppkt b sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia lutego 2025 roku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 292/25, w którym Izba nakazała podniesienie „wartości waloryzacji zamówienia” o co najmniej 3%, co oznaczało podniesienie limitu maksymalnego z 7% do co najmniej 10 % wartości wynagrodzenia netto z oferty. Odwołujący podniósł, że zwiększenie limitu o 3% liczonego nie od wartości wynagrodzenia a od wskaźnika limitu 7% nie stanowi wykonania wyroku Izby i w dalszym ciągu oznacza wyznaczenie limitu waloryzacji na poziomie nieadekwatnym, nieproporcjonalnym, nierynkowym, a ponadto – jak stwierdziła Izba w wyroku KIO 292/25 – stanowiącym o iluzoryczności i nieadekwatności do zamówienia mechanizmu waloryzacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylecia lub zmiany odpowiedzi na pytanie nr 7 zawartego w Zestawieniu pytań i odpowiedzi – seria 2 jako zał. nr 1 do pisma DOD2/124/2025 z 28 marca 2025 r. oraz zmiany wzoru

umowy w ten sposób, aby § 7 ust. 6 wzoru umowy zawierał limit maksymalnej waloryzacji wyznaczony zgodnie z orzeczeniem Izby o sygn. akt KIO 292/25, tj. co najmniej 10% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem § 7 ust. 10 załącznika nr 8 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy): *Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to kwota stanowiąca 7% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy.*

Odwołujący 27 stycznia 2025 r. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 5 Kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp m.in. poprzez ustalenie łącznej maksymalnej wartości wszystkich zmian wynagrodzenia na skutek na poziomie 7% wynagrodzenia netto, wskazanego w ofercie, co – zdaniem Odwołującego – stanowiło o ustaleniu poziomu zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp w sposób oderwany od realiów rynkowych, a także sprawiało, że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne. Odwołujący wniósł w tym zakresie o nakazanie Zamawiającemu zmiany limitu waloryzacji określonego w §7 ust. 10 wzoru umowy w następujący sposób: *Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to kwota stanowiąca 15% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy.*

Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z 18 lutego 2025 r. (sygn. akt KIO 292/25) częściowo uwzględniła odwołanie i w punkcie 1 ppkt b sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu *podwyższenie łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba – w odniesieniu do tej kwestii – wskazała:*

*Ponadto, Izba uznała za uzasadnione twierdzenia odwołującego co do kwestii, iż ustalony przez zamawiającego w § 7 ust. 10 PPU limit waloryzacji wynagrodzenia na poziomie 7%, stanowi o iluzoryczności i nieadekwatności do zamówienia mechanizmu waloryzacji.*

*Izba, orzekając w tym zakresie, wzięła w szczególności pod uwagę długotrwałość okresu realizacji zamówienia.*

*Powszechnie bowiem wiadomym jest, że im dłuższy okres realizacji określonej inwestycji, tym trudniej przewidzieć ryzyka związane z możliwością zmian poziomu cen. Naturalną konsekwencją zawierania długich umów jest zwiększone prawdopodobieństwo wystąpienia wielu zdarzeń nieprzewidywanych na etapie zawierania umowy. Ustanowiony przez ustawodawcę obowiązek wprowadzenia do umów o zamówienia publiczne, zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy ma zabezpieczyć interesy obu stron umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

*Zamawiający w tym zakresie powoływał się na swobodę zamawiającego w określeniu tego limitu oraz na własne możliwości budżetowe.*

*Odnosząc się do argumentacji zamawiającego w powyższym zakresie, stwierdzić należy po pierwsze, że twierdzenia o własnych możliwościach budżetowych nie zostały szerzej uargumentowane przez zamawiającego. Zamawiający powołał się jedynie zdawkowo na ograniczone możliwości finansowe, nie wskazując nawet na czym opiera swoje twierdzenia.*

*Po drugie, skład orzekający w tej sprawie przyznaje, że zamawiający ma swobodę w określeniu limitu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, ale musi ona uwzględniać zarówno realia rynkowe, jak i realia danego kontraktu i oczywiście wspomniane możliwości budżetowe zamawiającego.*

*Mając powyższe na względzie Izba uznała, za uzasadnione, aby nakazać zamawiającemu podwyższenie limitu waloryzacji wynagrodzenia o co najmniej 3 %.*

Zamawiający udzielił 28 marca 2025 r. wyjaśnień do treści SWZ:

Treść pytania:

*Umowa par 7 ust 10 Wnosimy o podwyższenie limitu waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy z 7% do 20% wartości wynagrodzenia netto - w warunkach wysokiej inflacji ustalenie limitu waloryzacji wynagrodzenia w wysokości 7% powoduje, iż klauzula waloryzacyjna nie spełnia swojej roli, w tym zakresie wnoskujemy do Zamawiającego o zastosowanie w Umowie obowiązujących na rynku standardów.*

Odpowiedź:

*Zamawiający informuje, iż wykonując wyrok KIO z dnia 18.02.2025 r. w sprawie KIO 292/25 zwiększa maksymalny poziom waloryzacji określony w §7 ust. 10 projektowanych postanowień umowy o 3%, tj. zwiększa dotychczasowy limit wynoszący 7% kwoty netto oferty o 3%, co daje 7,21% kwoty netto oferty i dokonuje odpowiedniej zmiany w treści § 7 ust. 10 projektowanych postanowień umowy. Jednocześnie, Zamawiający zwraca uwagę, iż wyrok KIO z dnia 18.02.2025 r. w sprawie KIO 292/25 nakazuje zwiększyć ten limit o co najmniej 3%, a nie o co najmniej 3 punkty procentowe.*

W tej samej dacie Zamawiający opublikował modyfikację projektowanych postanowień umowy, nadając postanowieniu § 7 ust. 10 następujące brzmienie: *Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to kwota stanowiąca 7,21% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy.*

Izba zważyła, co następuje:

W związku z tym, że kwestia wykonania wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 292/25 jest istotą zarzutów odwołania, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie. Po przeprowadzeniu rozprawy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. W.w. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Kwestionowane w uprzednio wniesionym odwołaniu postanowienie § 7 ust. 10 projektowanych postanowień umowy stanowiło, że *łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to kwota stanowiąca 7% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy.* W wyniku rozpoznania odwołania z 27 stycznia 2025 r. Izba nakazała Zamawiającemu *podwyższenie łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%.* Zatem Zamawiający, określając limit zmiany wynagrodzenia na 7,21% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie, podwyższył ten limit o równo 3% ( $7 + 3\% = 7,21$ ), a więc wykonał wyrok Izby.

W ocenie Izby, rozstrzygnięcie zawarte w punkcie 1 ppkt b sentencji wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 292/25 jest jasne i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, a wynik działania matematycznego, jakie Zamawiający zobowiązany był wykonać wprowadzając nakazaną wyrokiem zmianę, w świetle reguł matematycznych jest oczywisty. Izba rozpoznając przedmiotową sprawę nie jest natomiast uprawniona do oceny merytorycznej prawidłowości tego wyroku, ocena taka może być bowiem dokonywana jedynie na drodze kontroli instancyjnej.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, brak jest podstaw do przyjęcia, że Izba uznała za zasadne podwyższenie limitu z 7% na co najmniej 10% i że dopiero taki limit będzie wystarczający i uzasadniony w świetle całości rozpoznanej sprawy. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać różnicy pomiędzy podwyższeniem limitu o 3% (tj. o 0,21), a podwyższeniem limitu o 3 punkty procentowe (tj. z 7% na 10%). Izba wyraźnie nakazała Zamawiającemu pierwszą z ww. zmian, Odwołujący natomiast próbuje twierdzić, że wyrok nakazywał dokonanie drugiej z ww. zmian, co nie ma żadnego oparcia w treści rozstrzygnięcia Izby.

Nie sposób również podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby pkt 1 ppkt b sentencji wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 292/25 mógł być rozumiany w dwojaki sposób, tj. z przyjęciem za wartość podlegającą zwiększeniu albo limitu 7% albo kwoty wynagrodzenia netto stanowiącej maksymalny próg waloryzacji. Rozstrzygnięcie Izby wyraźnie i jednoznacznie odnosi się do podwyższenia łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10. Określona w tym postanowieniu umownym łączna maksymalna wartość waloryzacji, to 7% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie, nie budzi zatem wątpliwości, że wartość 3%, o której mowa w wyroku Izby, odnosi się do limitu 7%.

Nieuzasadniona jest prezentowana przez Odwołującego teza, że rozstrzygnięcie Izby należy odczytywać inaczej, niż to wynika z jego literalnego brzmienia, w tym – poprzez próbę wyinterpretowania dalej idącego obowiązku Zamawiającego z uzasadnienia wyroku. Przede wszystkim podkreślić należy, że moc wiążącą ma wyrok Izby, nie zaś jego uzasadnienie. Sam Odwołujący powołał się w treści odwołania na stanowisko Izby przedstawione w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1052/21, w którym Izba stwierdziła, że wyłącznie sentencja stanowi rozstrzygnięcie, które podlega wykonaniu i ewentualnej ocenie z punktu widzenia prawomocności czy powagi rzeczy osądzonej, a uzasadnienie, stanowi wyjaśnienie, dlaczego zapadło takie a nie inne rozstrzygnięcie zarzutów zawartych w odwołaniu. Podkreślić należy, że próba wyczytania z uzasadnienia wyroku innej treści rozstrzygnięcia niż jednoznacznie wyrażone w sentencji wyroku, jest wadliwa pod względem formalnoprawnym i pozbawiona podstaw. Odwołujący próbuje bowiem wywieść z uzasadnienia wyroku nie tyle motywy, jakimi kierowała się Izba wydając wyrok, ale inną treść tego wyroku.

Biorąc pod uwagę, że sentencja wyroku jest jasna i precyzyjna, na marginesie jedynie wskazać należy, że również w uzasadnieniu tego wyroku Izba nie wskazała na konieczność podwyższenia limitu waloryzacji wynagrodzenia o 3 punkty procentowe, jak tego chce Odwołujący, a argumentacji Izby wskazującej na konieczność zapewnienia, aby limit tej waloryzacji nie był iluzoryczny, nie można uznać za wystarczającą podstawę do nadania wyrokowi w istocie innej treści. Z tych samych powodów nietrafne jest stanowisko Odwołującego, że o konieczności podwyższenia limitu waloryzacji wynagrodzenia do 10% świadczy okoliczność, że skoro Odwołujący domagał się w poprzednim odwołaniu ustalenia tego limitu na poziomie 15%, to uwzględnienie zarzutu nie mogło prowadzić do nakazania zmiany na 7,21%, lecz co najmniej na 10%. Zauważenia wymaga ponadto, że Izba częściowo uwzględniła odwołanie, nakazując podwyższenie limitu o 3%, a w pozostałym zakresie odwołanie oddaliła. Takie rozstrzygnięcie należy odczytywać w ten sposób, że Izba uwzględniła odwołanie w zakresie wskazanym w sentencji, odpowiadającym nakazanej Zamawiającemu zmianie postanowień umowy, uznając za niezasadną pozostałą część odwołania, w tym zmierzającą do podwyższenia limitu waloryzacji powyżej progu wskazanego przez Izbę.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że Zamawiający miał prawo działać w pełnym zaufaniu do wyroku Izby i nie może ponosić negatywnych konsekwencji wykonania tego wyroku zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Trudno też uznać, że Zamawiający, czy też Izba orzekając w niniejszej sprawie, mieliby wnioskować o zakresie nakazanych zmian na podstawie domysłów co do intencji Izby, a jednocześnie wbrew jednoznacznej treści wyroku.

Zauważenia wymaga również, że uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wnioskowanej przez Odwołującego zmiany limitu waloryzacji przedmiotowej sprawie stanowiłoby de facto niedopuszczalną zmianę prawomocnego wyroku Izby. Wyraźnie podkreślić należy, że zmiana wyroku Izby może być dokonana wyłącznie przez właściwy sąd okręgowy, w trybie kontroli instancyjnej zainicjowanej terminowo wniesioną skargą. Izba nie ma natomiast żadnych uprawnień ani aby oceniać, ani aby korygować wcześniejsze rozstrzygnięcie tego samego organu. W rozpoznawanej obecnie sprawie Izba nie odnosi się więc do kwestii merytorycznej prawidłowości wyroku w sprawie KIO 292/25, wskazując jedynie, że o ile można uznać za zrozumiałe, że wyrok ten nie był dla Odwołującego satysfakcjonujący, to trudno znaleźć wyjaśnienie dla zaniechania wniesienia skargi na ten wyrok, a następnie próby jego podważenia w kolejnym postępowaniu odwoławczym w pierwszej instancji. Wydaje się, że postępowanie Odwołującego może świadczyć o tym, że odczytując wyrok Izby nieprawidłowo utożsamiał on 3% z 3 punktami procentowymi, pozostając w błędnym przekonaniu o uzyskaniu rozstrzygnięcia nakazującego określenie limitu waloryzacji na poziomie co najmniej 10%. O ile taki błąd został przez Odwołującego popełniony, to w żadnej mierze nie może on uprawniać do podjęcia próby zmiany niesatysfakcjonującego wyroku w drodze kolejnego postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby i jako takie podlega odrzuceniu. Stosownie do art. 553 ustawy Pzp orzeczenie o odrzuceniu odwołania ma formę postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca.....

.....

.....