

Sygn. akt: KIO 2181/25

POSTANOWENIE
z dnia 1 lipiec 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu **1 lipiec 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 maja 2025 r.** przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Gdański, ul. Jana Bażyńskiego 8, 80-309 Gdańsk**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

Odwołującego **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę uiszczonego wpisu.

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.**

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2181/25

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „*Remont i przebudowa części budynku Wydziału Matematyki, Matematyki, Fizyki i Informatyki Uniwersytetu Gdańskiego przy ul. Wita Stwosza 57 – etap II,*” (numer referencyjny: 5B10.291.1.3.2025.PC, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (wydanie Dz.U. S: 96/2025) pod numerem: 324262-2025, dnia 20.05.2025 r. przez: Uniwersytet Gdański ul. Jana Bażyńskiego 8, 80-309 Gdańsk zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: „ustawą Pzp” albo „PZP”. Zamawiający w dniu 20.05.2025 r. opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania tj. na <https://platformazakupowa.pl/transakcja/1112805>, tj. treść ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SWZ” wraz z załącznikami.

Dnia 30.05.2025 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 20.05.2025 r. złożyła Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zwany dalej: „Budimex S.A.” albo „Odwołującym”. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 09.05.2018 r. udzielonego przez dwóch Cz. Z. ujawnionych i umocowanych do łącznej reprezentacji zgodnie z załączonym KRS-em. Zarzucił:

1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do projektu umowy (załącznik nr 4 do SWZ, dalej jako „Umowa”) definicji wad istotnych uzależniających de facto dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia od usunięcia wszelkich wad i usterek, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);

2) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 353(1) KC poprzez sformułowanie w ramach Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 2);

3) art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp poprzez wprowadzenie postanowień umożliwiających zmianę umowy wyłącznie w zakresie terminu jej realizacji, bez uwzględnienia wpływu zmian niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę na należne mu wynagrodzenie, co narusza zasady zmiany umowy, generując niemożliwe do skalkulowania ryzyka związane ze sposobem realizacji przedmiotowego zamówienia (zarzut nr 3);

4) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 578 KC, art. 58 KC, art. 5 KC i art. 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z

art. 433 pkt 3) ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień rozszerzających odpowiedzialność gwarancyjną wykonawcy w sposób niczym nieograniczony, obejmujący również odpowiedzialność za działania osób trzecich, w tym Zamawiającego, co stanowi postanowienie nadmierne i nieadekwatne, wymuszające konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji ryzyk w ramach ceny ofertowej, co w konsekwencji uniemożliwia racjonalną kalkulację ceny oferty i jej przygotowanie, a tym samym działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużycia prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 4).

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zamawiający w dniu 02.06.2025 r. (opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania tj. na) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 25.06.2025 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut 1, 3 /częściowo/ i 4 odwołania, a w pozostałym zakresie wnosil o oddalenie odwołania. Niniejsza odpowiedź została podpisana przez radcę prawnego uprawnionego na podstawie pełnomocnictwa 25.06.2025 r. udzielonego przez Rektora Uniwersytetu Gdańskiego. Stwierdził: „(...) *Stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutu nr 1: Zamawiający uwzględnia powyższy zarzut Odwołującego. Zamawiający informuje, że w dniu 11.06.2025 r. dokonał zmiany postanowienia § 14 ust. 6 projektu umowy – załącznika nr 4 do SWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:*

Strony przyjmują, że wada istotna występuje wtedy, gdy:

- 1) *uniemożliwia ona lub znacząco ogranicza czynienie właściwego użytku z przedmiotu prac lub robót (w tym także z uwagi na brak wymaganej dokumentacji) lub*
- 2) *wyłącza lub znacząco ogranicza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy lub odbiera im cechy właściwe lub zastrzeżone w umowie znacząco zmniejszając ich wartość lub*
- 3) *przedmiot zamówienia został, w istotnej części, wykonany sprzecznie z opisem przedmiotu zamówienia lub podstawowymi zasadami wiedzy technicznej. (...)*

Stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutu nr 2:

Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby postanowienia § 17 ust. 3 projektu umowy – załącznika nr 4 do SWZ przewidujące mechanizm waloryzacyjny, w szczególności w zakresie poziomu tzw. „aktywatora waloryzacji” wynoszącego 8%, stanowiły naruszenie przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 439, lub zasad proporcjonalności i przejrzystości. Zamawiający wskazuje, że § 17 ust. 3 projektu umowy – załącznika nr 4 do SWZ został opracowany w zgodzie z art. 439 ustawy Pzp. Zamawiający wprowadził do projektu umowy postanowienia, które w pełni realizują dyspozycję ustawową, przewidując:

- *poziom zmiany ceny uprawniający do zmiany wynagrodzenia (8%),*
- *sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia (przy wykorzystaniu wskaźników GUS),*
- *wskazanie okresów, w których może następować waloryzacja (nie częściej niż raz na 6 miesięcy),*
- *limit waloryzacji (15%).*

Zamawiający podkreśla, że klauzula waloryzacyjna nie może być traktowana jako narzędzie gwarantujące pełną rekompensatę wszelkich zmian kosztowych, lecz stanowi instrument ograniczenia nadmiernego ryzyka Wykonawcy i zachowania równowagi ekonomicznej stron. W ocenie Zamawiającego przyjęty model waloryzacji spełnia tę funkcję i jest zgodny z przepisami prawa. Jednocześnie zaznaczyć należy, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, przepis ten pozostawia Zamawiającemu swobodę co do sposobu ukształtowania szczegółowych reguł waloryzacji. Swoboda ta – jak podnosi również sam Odwołujący – nie ma charakteru absolutnego, lecz musi być podporządkowana specyfice przedmiotu zamówienia i racjonalności wydatkowania środków publicznych. Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, Zamawiający może posługiwać się wskaźnikami ogłaszanymi w komunikatach Prezesa GUS. W tym postępowaniu przyjęto mechanizm oparty na ogólnym wskaźniku cen produkcji budowlano-montażowej (CPBM) oraz cen towarów i usług konsumpcyjnych (CPI) – adekwatnie do danego zakresu przedmiotu zamówienia. Zastosowanie ogólnego wskaźnika jest zgodne nie tylko z ustawą Pzp, ale również z rekomendacjami Urzędu Zamówień Publicznych. W publikacji „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa” (listopad 2022 r.) jako pierwszy przykład wskazano klauzulę opartą o jeden wskaźnik CPBM – dokładnie taki, jak zastosowany przez Zamawiającego. Publikacja ta wyraźnie wskazuje, że przedstawione klauzule, bazujące na różnych mechanizmach, mają charakter przykładowy i zamawiający mogą swobodnie stosować inne rozwiązania, dopasowane do specyfiki zamówienia. Tym samym

Odwołujący niezasadnie twierdzi, że rozwiązania zaproponowane przez Zamawiającego są sprzeczne z publikacją UZP. Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że klauzula przyjęta przez Zamawiającego odbiega od praktyki rynkowej lub standardów stosowanych przez innych dużych zamawiających publicznych. Wskazane przez Odwołującego GDDKiA oraz PKP PLK stosują tzw. „metodę koszykową”, która polega na analizie zmian cen wybranych materiałów i przypisaniu im wag – co wymaga szerokiej analizy jednostkowych składników kosztowych danego przedsięwzięcia. Metoda ta może być odpowiednia dla dużych, powtarzalnych projektów infrastrukturalnych o jednolitym i przewidywalnym charakterze, i nie jest jedynym dopuszczalnym modelem waloryzacji. Zamawiający wybrał model uproszczony i adekwatny do zakresu zamówienia, które jest realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Warto w tym miejscu zauważyć, że Odwołujący wskazał w treści Odwołania, że dotyczy ono postępowania pn. Remont i przebudowa części budynku Wydziału Matematyki, Fizyki i Informatyki Uniwersytetu Gdańskiego przy ul. Wita Stwosza 57 – etap II, podczas gdy pełna i prawidłowa nazwa postępowania to: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Remont i przebudowa części budynku Wydziału Matematyki, Fizyki i Informatyki Uniwersytetu Gdańskiego przy ul. Wita Stwosza 57 – etap II”. Tym samym, wykorzystanie wskaźników CPBM i CPI, które odzwierciedlają ogólne trendy cenowe na rynku, jest w ocenie Zamawiającego zasadne i adekwatne – zapewnia jednolite, proporcjonalne i sprawiedliwe podejście do całego zakresu przedmiotu zamówienia, a tym samym Zamawiający świadomie nie zastosował metody koszykowej. Takie podejście w pełni mieści się w granicach swobody określonej w art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdzają wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.: z dnia 10 marca 2022 r., sygn. akt KIO 226/22 – „Zamawiający może swobodnie decydować, co do maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza się w efekcie zastosowania postanowień wprowadzających waloryzację.”, z dnia 10 marca 2022 r., sygn. akt KIO 232/22 – „Zamawiający ma pełne prawo dobrać wskaźniki waloryzacyjne jak i próg aktywacji – art.439 Pzp nie nakłada konkretnych, domyślnych wartości.”, z dnia 10 marca 2022 r., sygn. akt KIO 234/22 – „Jak słusznie wskazał Zamawiający, przepis art. 439 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp pozostawia do wyboru Zamawiającego określenie wskaźników stanowiących podstawę dokonywania waloryzacji wynagrodzenia.”, czy też z dnia 25 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1151/22 – „W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia.”, które jednolicie wskazują na swobodę Zamawiającego w kształtowaniu mechanizmu waloryzacji. Zarzuty dotyczące rzekomej nieadekwatności progu 8% oraz limitu 15% są również nietrafne. Poziom aktywatora waloryzacyjnego został przyjęty w oparciu o rzetelną analizę i stanowi rozwiązanie racjonalne i mierzalne. Zamawiający wskazuje, że przed wszczęciem przedmiotowego postępowania dokonał rzetelnej analizy oraz weryfikacji zapisów dotyczących zastosowanego mechanizmu waloryzacji, w tym dokonał starannych obliczeń oraz symulacji wysokości zastosowanych wskaźników waloryzacyjnych, tj. miesięcznych wskaźników CPBM oraz miesięcznych wskaźników CPI. Poziom aktywatora waloryzacyjnego został ustalony na podstawie analizy danych statystycznych dotyczących zmian wskaźników GUS, o których mowa powyżej, z ostatnich kilku lat. Model przyjęty przez Zamawiającego zakłada, że Wykonawca ponosi ryzyko standardowych, rynkowych wahań cen (do 8%), a dopiero przekroczenie tego progu – świadczące o nadzwyczajnych zmianach – stanowi przesłankę do korekty wynagrodzenia. Ustalenie aktywatora na poziomie 8% ma na celu również ograniczenie potrzeby uruchamiania procedury waloryzacyjnej w sytuacjach przejściowych, krótkoterminowych, marginalnych wahań cen, które nie wpływają w sposób istotny na opłacalność umowy, przy jednoczesnym zachowaniu efektywności administracyjnej i budżetowej. Z kolei limit 15%, przyjęty w projekcie umowy, chroni interes publiczny, zapewniając proporcjonalność i przewidywalność zobowiązań finansowych, ale jednocześnie stanowi realne narzędzie ochrony Wykonawcy przed nadzwyczajnym wzrostem cen. Podkreślenia wymaga, że mechanizm waloryzacyjny jest obustronny – umożliwi zarówno podwyższenie, jak i obniżenie wynagrodzenia, co zapewnia symetryczny rozkład ryzyka pomiędzy stronami. Zamawiający zaznacza, że zgodnie z wyrokami KIO z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2063/22, czy też z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt KIO 440/22, celem zastosowania art. 439 ustawy Pzp jest zachowanie równowagi stron, a nie pełne wyrównanie kosztów. Zamawiający wskazuje również, że wyrok KIO z 2 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1822/22, potwierdza, że waloryzacja nie musi obejmować wszystkich kosztów oraz może być ograniczana programami aktywacyjnymi. W ocenie Zamawiającego, zastosowanie aktywatora na poziomie 8% znajduje oparcie nie tylko w danych statystycznych, ale również w bieżącej sytuacji rynkowej. W latach 2020–2022 rynek charakteryzował się dużą zmiennością, związaną m.in. z pandemią COVID-19, wojną w Ukrainie oraz zakłóceniami łańcuchów dostaw. Obecnie, w 2024 i 2025 roku, obserwujemy stopniową stabilizację – inflacja wyhamowuje, a ceny materiałów budowlanych utrzymują się na bardziej przewidywalnym poziomie. W tym kontekście, nieznaczące zmiany cen materiałów lub kosztów na poziomie do 8% mogą być z dużym prawdopodobieństwem przewidziane i skalkulowane przez profesjonalnego Wykonawcę. Dopiero istotne zmiany cen materiałów przewyższające określony próg, które powodują realne, negatywne skutki finansowe – mogą stanowić podstawę do zmiany wysokości wynagrodzenia, proporcjonalnie do zaistniałych warunków rynkowych. Zdaniem Zamawiającego, takie rozwiązanie jest racjonalne i zgodne z zasadą efektywności ekonomicznej w zamówieniach publicznych. Dzięki temu Zamawiający chroni

środki publiczne przed skutkami niewielkich zmian cen, które Wykonawca może uwzględnić w swojej ofercie, a jednocześnie zapewnia Wykonawcy ochronę przed poważnymi, nieprzewidywalnymi zmianami cen lub kosztów, w przypadku rzeczywistej presji kosztowej. Odwołujący wskazuje na postępowania, w których aktywator waloryzacji ustalono na niższym poziomie (np. 1%, 3%, 4%). Należy jednak zauważyć, że praktyka ta nie jest jednolita i nie może stanowić podstawy do uznania mechanizmu przyjętego w niniejszym postępowaniu, w tym wysokości aktywatora, za wadliwy. Każdy Zamawiający ma prawo dostosować mechanizm waloryzacji do specyfiki danego zamówienia oraz własnej polityki budżetowej i zarządzania ryzykiem. Warto przy tym zauważyć, że nawet w przywoływanym przez Odwołującego orzeczeniu KIO z dnia 4 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 850/24, Izba odnosiła się do konkretnego stanu faktycznego, odmiennych wskaźników i okoliczności. Brak jest jakichkolwiek podstaw, aby automatycznie przenosić te ustalenia na grunt każdego innego postępowania. Warto wskazać, iż w przytoczonym wyżej wyroku, KIO pozytywnie ocenia stosowanie progów jako narzędzia proporcjonalnego. Zamawiający pragnie zauważyć, że orzecznictwo KIO potwierdza, że mechanizm waloryzacyjny może mieć aktywator i nie musi działać od 1% zmiany, jak również zaznacza, że mechanizmy waloryzacyjne służą obu stronom umowy, wzmacniając równowagę i minimalizując skutki zmian kosztów. W ocenie Zamawiającego próg aktywatora ustalony na poziomie 8% stanowi rozwiązanie umiarkowane i wyważone, które jednocześnie chroni przed koniecznością reagowania na nieistotne, krótkoterminowe wahania cen. Przyjęcie zbyt niskiego progu skutkowałoby nadmierną liczbą wniosków waloryzacyjnych, generując koszty administracyjne i obciążenia dla obu stron umowy, przy jednoczesnym braku istotnych podstaw ekonomicznych. Powyższe podkreśla również KIO w przytoczonym wyżej wyroku o sygn. akt KIO 498/24, gdzie wskazuje, że mechanizmy waloryzacyjne nie mogą prowadzić do nadmiernego obciążenia Zamawiającego, ale muszą być też „realistyczne i obiektywnie racjonalne”. Ustalenie poziomu aktywatora na 8% oznacza, że mechanizm waloryzacyjny zostanie uruchomiony wyłącznie w przypadku trwałych i istotnych zmian kosztów realizacji zamówienia, a nie przy drobnych, przejściowych fluktuacjach rynkowych. Tym samym rozwiązanie to chroni budżet Zamawiającego przed nieproporcjonalnymi korektami wynagrodzenia, zapewnia równowagę ekonomiczną oraz pozostaje w zgodzie z zasadami przejrzystości i efektywności gospodarowania środkami publicznymi. W świetle powyższego, zgodnie z linią orzecznictwa KIO (m.in. wyroki: z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 2063/22, z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt KIO 440/22, z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. KIO 3476/21), można jednoznacznie stwierdzić, że celem waloryzacji jest realne przywrócenie równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami – przy czym waloryzacja nie ma pokrywać 100% wzrostu kosztów, natomiast to Wykonawca powinien w swojej ofercie skalkulować oraz uwzględnić wszelkie ryzyka ekonomiczne. Dodatkowo, nie sposób zgodzić się z wyliczeniami Odwołującego zawartymi w tabelach zawartych w odwołaniu. Wykonawca błędnie przyjął, że ustalenie „wskaźnika waloryzacyjnego” powinno nastąpić po 6 miesiącach i jedynie w odniesieniu do tego okresu. Tymczasem projekt umowy wyraźnie stanowi, że wskaźnik ustala się poprzez przemnożenie kolejnych miesięcznych wskaźników GUS w okresie co najmniej 6 pełnych miesięcy kalendarzowych poprzedzających miesiąc złożenia wniosku o waloryzację. Oznacza to, że okres referencyjny może obejmować także 7, 10 czy 14 miesięcy – aż do momentu osiągnięcia progu aktywującego. Odwołujący, opierając się na błędnej metodologii, doszedł do nieprawidłowego wniosku, jakoby próg 8% był „niemożliwy do osiągnięcia”. Tymczasem, nawet z danych przedstawionych przez Odwołującego wynika, że próg ten zostałby osiągnięty w okresie 14 miesięcy (w przypadku wskaźnika CPBM). Co istotne w tym kontekście – termin realizacji zamówienia obejmuje łącznie 22 miesiące na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych oraz dodatkowo co najmniej 36 miesięcy (w zależności od zaofferowanego okresu gwarancji) na świadczenie usług serwisu, przeglądów i konserwacji. Zatem sama konstrukcja obliczania wskaźnika waloryzacyjnego umożliwia Wykonawcy skorzystanie z klauzuli waloryzacyjnej, a wyliczenia Odwołującego są nietrafne i wprowadzają w błąd. Zamawiający podkreśla, że zapisy umowne dotyczące waloryzacji nie mają charakteru iluzorycznego. Są precyzyjne oraz oparte na powszechnie dostępnych i transparentnych wskaźnikach publikowanych przez GUS. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej argumenty, proponowana przez Odwołującego zmiana progu aktywatora do poziomu 3% jest całkowicie niezasadna i w ocenie Zamawiającego stanowiłaby rozwiązanie nieproporcjonalne, prowadzące do destabilizacji realizacji umowy oraz nieuzasadnionego przeniesienia ryzyk ekonomicznych na Zamawiającego. Tak niski próg skutkowałby generowaniem nadmiernej liczby wniosków waloryzacyjnych, także w przypadku krótkotrwałych i nieistotnych wahań cen, co utrudniłoby sprawne zarządzanie kontraktem oraz naruszałoby równowagę kontraktową. Postanowienia § 17 ust. 3 projektu umowy zostały ukształtowane w zgodzie z art. 439 ustawy Pzp, z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia oraz potrzeb ochrony środków publicznych. Pozostają one również w pełnej zgodności z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zapewniając racjonalny, przejrzysty i możliwy do zastosowania mechanizm waloryzacyjny, uruchamiany wyłącznie w sytuacjach istotnych i trwałych zmian rynkowych. W ocenie Zamawiającego, każde zamówienie wymaga indywidualnego podejścia do konstrukcji klauzuli waloryzacyjnej, w tym także do określenia poziomu tzw. aktywatora, co znajduje wyrażne potwierdzenie w orzecznictwie KIO. Zamawiający podkreśla jednocześnie, że ciężar wykazania naruszenia przepisów ustawy Pzp spoczywa na Odwołującym. W tym przypadku nie tylko nie wykazano, że przyjęta klauzula jest sprzeczna z przepisami prawa, w szczególności art. 439 ustawy Pzp, ale także nie udowodniono, że narusza zasadę proporcjonalności

lub równowagi stron. W związku z powyższym, Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu Odwołującego w całości jako bezzasadnego. (...)

Stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutu nr 3:

Zamawiający uwzględni powyższy zarzut Odwołującego w części.

Zamawiający informuje, że w dniu 11.06.2025 r. dokonał zmiany postanowienia § 3 ust. 10 projektu umowy – załącznika nr 4 do SWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego, poprzez jego usunięcie. Jednocześnie Zamawiający nie podziela zarzutu, jakoby brak powiązania możliwości zmiany wynagrodzenia z przesunięciem terminu realizacji zamówienia stanowił naruszenie przepisów ustawy Pzp lub generował po stronie Wykonawcy niemożliwe do skalkulowania ryzyko. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zmiana umowy w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć, jest dopuszczalna, o ile spełnione są przesłanki wskazane w tym przepisie – w tym ograniczenia wartościowe. Samo przesunięcie terminu realizacji – oparte na wystąpieniu okoliczności nadzwyczajnych – nie wymusza automatycznej zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, zwłaszcza gdy nie doszło do wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w sposób znaczący lub trwały. Zamawiający przypomina, że w projektowanych postanowieniach umowy przewidziano odpowiednie zapisy umożliwiające zmianę terminu realizacji umowy w uzasadnionych przypadkach (np. siła wyższa), a także zastosowanie mechanizmu waloryzacyjnego w odniesieniu do wynagrodzenia, w sytuacjach uzasadnionych trwałą i istotną zmianą cen. Brak bezpośredniego, automatycznego powiązania przesunięcia terminu z obowiązkiem waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy ma na celu zachowanie przejrzystości i proporcjonalności rozwiązań umownych, zgodnie z zasadą efektywności wydatkowania środków publicznych. Zmiana terminu nie musi bowiem każdorazowo generować zmiany kosztów po stronie Wykonawcy – a w przypadkach, gdy tak się dzieje, możliwe jest zastosowanie innych przewidzianych przepisami ustawy Pzp i umową mechanizmów. W konsekwencji, wprowadzenie proponowanego przez Odwołującego zapisu – przewidującego automatyczną możliwość modyfikacji wynagrodzenia wraz ze zmianą terminu realizacji zamówienia – należałoby uznać za nadmierowe i nieproporcjonalne wobec ryzyk, które Wykonawca powinien uwzględnić przy sporządzaniu oferty, w oparciu o dostępne dokumenty zamówienia oraz ogólną znajomość realiów rynkowych. W ocenie Zamawiającego dopuszczenie automatycznego powiązania zmiany wynagrodzenia z każdorazową zmianą terminu realizacji prowadziłoby do nieuzasadnionego rozszerzenia zakresu ryzyk ponoszonych przez Zamawiającego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami gospodarności, efektywności i przejrzystości wynikającymi z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2024 r. poz. 1530 z późn. zm.) oraz art. 44 ust. 3 pkt 1 tej ustawy. W związku z powyższym, Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu Odwołującego w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego. (...)

Stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutu nr 4:

Zamawiający uwzględni powyższy zarzut Odwołującego. Zamawiający informuje, że w dniu 11.06.2025 r. dokonał zmiany postanowienia § 15 ust. 9 projektu umowy – załącznika nr 4 do SWZ, zgodnie z żądaniem Odwołującego, poprzez nadanie mu następującego brzmienia: W przypadku dokonania przez Zamawiającego, bez zgody Wykonawcy, dodatkowych prac na terenie robót objętym niniejszą umową, Wykonawca nie pozbawi Zamawiającego gwarancji na zakres swoich prac, o ile wykonanie takich dodatkowych prac nie będzie stanowiło ingerencji w zakres prac Wykonawcy albo o ile wykonanie takich prac będzie dokonane zgodnie z wytycznymi producentów, dostawców oraz przepisów regulujących kwestie ich wykonania i odbioru, zarówno w zakresie prac Wykonawcy, jak i Zamawiającego. (...)

W dniu 01.07.2025 r. (e-mailem) Odwołujący złożył wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego/cofnięcie odwołania stwierdził, że: „(...) Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2025 r. przekazał Odwołującemu odpowiedź na odwołanie, w której wskazał na uwzględnienie odwołania w części, tj.:

- stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutu nr 1: „Zamawiający uwzględni powyższy zarzut Odwołującego”;
- stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutu nr 2: „Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu Odwołującego w całości jako bezzasadnego”;
- stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutu nr 3: „Zamawiający uwzględni powyższy zarzut Odwołującego w części”;
- stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutu nr 4: „Zamawiający uwzględni powyższy zarzut Odwołującego”.

Wobec powyższego, oświadczam, iż Odwołujący cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez Zamawiającego zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności podnoszę zasadność umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp wobec częściowego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego i wycofania pozostałych zarzutów przez Odwołującego. W konsekwencji, na podstawie §9 ust. 1 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, wnoszę o wzajemne rozliczenie kosztów postępowania odwoławczego.

Alternatywnie, w przypadku braku możliwości dokonania przez Krajową Izbę Odwoławczą umorzenia postępowania odwoławczego na ww. podstawie z jakichkolwiek względów, oświadczam, iż wycofuję w całości odwołanie wniesione w dniu

30 maja 2025 r. w ramach przedmiotowego Postępowania. W przypadku tej kwalifikacji, wnoszę o zwrot 90% wpisu od odwołania na rachunek bankowy, z którego został uiszczony wpis. (...)”. Pismo zostało podpisane tak jak odwołanie.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części a pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił się żaden Przystępujący. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 NPzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem: *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 3 i art. 568 pkt 3 NPzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: