

**POSTANOWENIE**

Warszawa, 12 września 2025 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 lipca 2025 r. przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Energia Ciepła Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Budynek Skylight, XII p. przy ul. Złotej 59

**postanawia:**

1. Umorzyć postępowanie,

2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20 000 zł. (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego tytułem zwrotu uiszczzonego wpisu.

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

Przewodnicząca:.....

**Sygn. akt KIO 3217/25**

**Uzasadnienie**

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa źródła kogeneracyjnego na paliwo gazowe opartego na układzie silników gazowych o mocy ok. 36 MWe dla PGE Energia Ciepła S.A. Oddział Wybrzeże w Gdańsku” ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 lipca 2025 r. pod nr 473829-2025, Numer wydania Dz.U. S: 137/2025

31 lipca 2025 r. wykonawca Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 15 czerwca 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Odwołanie opłacono oraz przedstawiono dowód jego przekazania zamawiającemu. Odwołanie wniesiono od czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy i KC, tj.:

1) art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 3531 KC w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 632 § 2 KC przez wyłączenie możliwości stosowania klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa, przez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy, a w konsekwencji nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych (zarzut nr 1);

2) art. 16 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 431 ustawy w zw. art. 3531 KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC przez zastrzeżenie możliwości dowolnego wydania polecenia zawieszenia wykonywania umowy przez zamawiającego, co stanowi wyraz nadużycia prawa zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków umowy i całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (zarzut nr 2);

3) art. 433 pkt 4) ustawy, art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie do projektu umowy postanowień, z których wynika, że zamawiający nie wskazał minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku, gdy przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, w sytuacji, w której dyspozycja art. 433 ustawy wprost wskazuje, że taka klauzula jest klauzulą abuzywną, co w konsekwencji oznacza, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i dokładny, a 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 3);

4) art. 452 i art. 453 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647, art. 5, art. 58 i art. 3531 KC przez wprowadzenie do projektu umowy postanowień dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zostały sformułowane w sposób niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny, a jednocześnie wypaczający idee

zabezpieczenia, w sposób sprzeczny z celem i zasadami określonymi w ustawie oraz godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, co stanowi wyraz nadużycia prawa zamawiającego 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).

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu Cywilnego interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

Zarzuty dotyczą treści projektowanych warunków umowy udostępnionych przez zamawiającego w ramach załącznika do SWZ. Jakkolwiek odwołujący akceptuje, że zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez zamawiającego, niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353(1) KC.

W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współzycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko zamawiającego, ale również wykonawcy.

I. Zarzut wyłączenia możliwości stosowania klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków (zarzut nr 1)

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień umowy, w Klauzuli 4.35 podał, że:

„Wynagrodzenie Umowne, o którym mowa w ust. 4.1 jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego z tym zastrzeżeniem, że jeżeli nie zostanie przez wykonawcę wykonany i odebrany którykolwiek z Kamieni Milowych, wynagrodzenie za ten Kamień Milowy nie przysługuje wykonawcy. Określone w ust. 4.1. Wynagrodzenie Umowne nie ulega zmianie przez cały okres trwania umowy, za wyjątkiem przypadków wyraźnie opisanych w Umowie. Przepisu art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego nie stosuje się.”

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wyłączenie przez zamawiającego możliwości sądowej korekty wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia okoliczności niemożliwych do uwzględnienia na etapie przygotowywania oferty oraz skutkujących rażąco strata dla wykonawcy, jako sprzeczne z podstawowymi

zasadami ustawy, jest niedopuszczalne. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (por. wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r., sygn. KIO 892/15).

W wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. (sygn. KIO 145/18) Izba stwierdziła co następuje: „(...) dyspozytywny charakter przedmiotowych norm, na który zwrócił uwagę Zamawiający, nie uprawnia zamawiającego do jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób, który odbiera stronom umowy prawo do obiektywnego, niezależnego uregulowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia wyjątkowych sytuacji, niemożliwych do przewidzenia w umowie. Działania takiego nie uzasadnia pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych doznaje ograniczenia. Ograniczenie to polega na tym, że to zamawiający, którego możliwość swobodnego wyboru kontrahenta jest ograniczona, jest uprawniony do kształtowania warunków umowy. Wykonawcy z kolei mają ograniczony wpływ na jej kształt, co mogą rekompensować sobie przez właściwą wycenę oferty. Uprawnienie zamawiającego nie ma jednak charakteru absolutnego. Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć. Wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji.

Odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować.

Rezygnacja z przedmiotowych klauzul może również skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji zważywszy na okoliczność, że tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, pozwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku zaistnienia niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem, zgodnie z zasadami zamówień publicznych uregulowanymi w art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy, opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.”

Podobnie w wyroku z dnia 30 listopada 2018 r. (sygn. KIO 2358/18)

Powyższe wyroki KIO zostały wskazane jako przykładowe. Analogiczne stanowisko, jak zaprezentowane w powyższych orzeczeniach, Izba zajęła także w wyrokach: z dnia 10 lipca 2018 r. (sygn. KIO 1266/18), z dnia 8 sierpnia 2018 r. (sygn. KIO 1436/18), z dnia 13 sierpnia 2018 r. (sygn. KIO 1494/18), z dnia 8 listopada 2018 r. (sygn. KIO 2196/18).

Także w doktrynie wskazuje się, że wyłączenie normy objętej artykułem 632 § 2 KC można oceniać z perspektywy swobody umów (swobody kontraktowej), precyzyjniej - granic swobody umów wskazanych w przepisie art. 3531 Kodeksu cywilnego, a którą stanowią: natura (właściwość) stosunku prawnego, ustawa i zasady współżycia społecznego. Wskazuje się, że normy dyspozytywne nie są pozbawione znaczenia dla granic swobody kontraktowej. Zgłaszany jest postulat, by organy stosujące prawo kontrolowały odstępstwa od norm dyspozytywnych poczynione w poszczególnych czynnościach prawnych (E. Łętowska, Ujęcie problematyki umów w kodeksie cywilnym (w) Instytucje prawne w gospodarce narodowej, Wrocław 1981, s. 201, Z. Radwański (w) System prawa prywatnego, t. II, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2002, s. 254-255). Wskazuje się również, że przepisy o charakterze dyspozytywnym mogą oddziaływać na ograniczenie swobody umów pośrednio: jako optymalny model rozkładu prawa i obowiązków istotny z punktu widzenia kryteriom natury umowy i zasad współżycia społecznego (M. Piotrowski, Normy prawne imperatywne i dyspozytywne, Warszawa-Poznań 1990, s. 70, K. Bączyk, Zasada swobody umów w prawie polskim, Studia Iuridica Toruniensia, Przemiany Polskiego Prawa 2002, t. II, s. 50). Charakterystyczna jest tu wypowiedź M. Piotrowskiego, który stwierdził: „Nie może ulegać wątpliwości, że stworzenie przez prawodawcę stronom umowy możliwości czynienia odstępstw od norm *iuris dispositivi* opiera się na założeniu, że zgodnie z podstawowymi ideami i zasadami prawa cywilnego, uczynienie w umowie takich odstępstw powinno następować w wyniku negocjacji, w trakcie których obie strony mają możliwość prezentowania i obrony swoich interesów, a zawarta umowa będzie jakimś rozsądnym kompromisem między tymi interesami. Zdając sobie sprawę z faktycznej nierównoczesności podmiotów w obrocie i tolerując w pewnym zakresie płynące stąd skutki, prawodawca, jak można mniemać, nie godzi się jednakowoż na takie rozstrzygnięcie w umowie kolizji interesów stron, które w sposób nadmierny preferowałoby interesy tylko jednej strony” (M. Piotrowski, Normy prawne imperatywne i dyspozytywne, Warszawa-Poznań 1990). Także R. Trzaskowski,

autor najbardziej pogłębionej pracy poświęconej granicom swobody umów, stanął na stanowisku, że normy dyspozytywne mogą stanowić dla sędziego pomoc w ustaleniu, czy doszło do istotnego naruszenia sprawiedliwości kontraktowej (R. Trzaskowski, Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 3531 K.C., s. 242).

Przenosząc powyższe na grunt kontestowanego postanowienia odwołujący skonkludował, że zamawiający za sprawą wyłączenia przepisu art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego w sposób nieuprawniony wykorzystuje swoją pozycję dominującą w ramach postępowania, wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa. Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, że tzw. „mała” klauzula rebus sic stantibus ma charakter wyjątkowy, a ponadto jest nakierowana na ochronę tej strony umowy, która mogłaby zostać rażąco poszkodowana w wyniku nadzwyczajnej zmiany stosunków. Jej główną funkcją jest złagodzenie skutków obowiązywania zasady pacta sunt servanda, przez umożliwienie dostosowania przez sąd istniejącego pomiędzy stronami stosunku prawnego do takich zmian jego otoczenia społeczno-gospodarczego, jakie zaszły po nawiązaniu zobowiązania, a przed jego wykonaniem. Celem normy wyrażonej w art. 632 Kodeksu cywilnego jest zapewnienie określonej elastyczności treści stosunków kontraktowych, niezależnie od uzgodnienia przez ich strony umownych mechanizmów adaptacyjnych. Jego podstawa aksjologiczna sprowadza się do zapobieżenia rażąco niesłusznym, a niekiedy nieracjonalnym skutkiem ścisłego przestrzegania zasady pacta sunt servanda. Cel omawianego przepisu należy z jednej strony identyfikować z potrzebą ochrony interesów stron stosunków kontraktowych przed niekorzystnymi zmianami stosunków społecznych w całym toku trwania danego stosunku kontraktowego, a z drugiej – z zapewnieniem słuszności kontraktowej, przy czym słuszność należy traktować jako sposób realizacji sprawiedliwości. Niezgodne z tą istotą, a więc niesprawiedliwe, byłoby trzymanie się zasady pacta sunt servanda i wykonywanie umowy, w efekcie której jedna ze stron doznaje rażącej straty lub narażona jest na nadmierne trudności.

Zgodnie z art. 632 Kodeksu Cywilnego jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jednocześnie, zgodnie z §2 tego przepisu, jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Wynagrodzenie ryczałtowe ze swej istoty ma być generalnie niezmienne. Po to stosuje się ryczałt, aby ustalić i niejako „zamrozić” kwotę wynagrodzenia, niezależnie od kosztów potrzebnych do prawidłowego wykonania umowy. Ryzyko zwiększenia kosztów wykonania dzieła obciąża przy tego rodzaju wynagrodzeniu przyjmującego zamówienie. Omawiany przepis jest z kolei wyjątkiem od zasady niezmienności ryczałtu. Na jego podstawie wykonawcy przysługuje uprawnienie do wystąpienia do sądu z żądaniem podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy, jeżeli, po pierwsze, nastąpiła taka zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy, po drugie, wykonanie dzieła groziłoby rażącą stratą po stronie przyjmującego zamówienie, a po trzecie, pomiędzy zmianą stosunków i zagrożeniem rażącej straty zachodzi związek przyczynowy. Z żądaniem podwyższenia ryczałtu lub ewentualnie rozwiązania umowy wykonawca może wystąpić tylko wtedy, gdy po zawarciu umowy zaszła zmiana stosunków i z tego względu żądanie to należy uznać za bezzasadne, w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na okoliczności, które nie były mu znane w trakcie zawierania umowy, ale obiektywnie istniały.

Przepis art. 632 §2 Kodeksu Cywilnego został celowo zbudowany w oparciu o zwroty niedookreślone, aby zapewnić dużą swobodę sędziowską i elastyczność w stosowaniu. Z tych właśnie względów klauzule rebus sic stantibus słusznie uważane są za przejaw prawa sędziowskiego, stanowiąc wyraz godzenia zasady słuszności i sprawiedliwości z potrzebami pewności i bezpieczeństwa obrotu prawnego (tak: M. Smyk, Klauzula rebus sic stantibus a tzw. gospodarcza niemożliwość świadczenia, Monitor Prawniczy 2011, nr 14, s. 735). Gdy zmianie ulegnie stosunek zobowiązaniowy, niezbędny jest mechanizm „rewizji” przyjętych przez stronę postanowień umowy, zmierzający do jej zaadaptowania do nowych okoliczności w celu zapewnienia słuszności kontraktowej.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ w następujący sposób:

- Klauzula 4.35 projektowanych postanowień umowy:

„Wynagrodzenie Umowne, o którym mowa w ust. 4.1 jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego z tym zastrzeżeniem, że jeżeli nie zostanie przez Wykonawcę wykonany i odebrany którykolwiek z Kamieni Milowych, wynagrodzenie za ten Kamień Milowy nie przysługuje Wykonawcy. Określone w ust. 4.1. Wynagrodzenie Umowne nie ulega zmianie przez cały okres trwania umowy, za wyjątkiem przypadków wyraźnie opisanych w Umowie. Przepisu art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego nie stosuje się.”

II. Zarzut dotyczący dopuszczalności zawieszenia wykonywania umowy bez ustalenia limitu zawieszenia (zarzut nr 2)

Zamawiający w ramach projektowanych postanowień umowy, w Klauzuli 15 „Zawieszenie wykonywania umowy”, w 15.1 podał, że:

„zamawiającemu przysługuje prawo zawieszenia wykonywania zobowiązań wynikających z umowy w przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień umowy, zaś Wykonawcy przysługuje to prawo w przypadku opóźnienia

płatności należnej mu na podstawie umowy o więcej niż 30 dni. Zawieszenie wykonuje się po uprzednim pisemnym wezwaniu Strony dopuszczającej się naruszenia do wykonania jej zobowiązań zgodnie z warunkami umowy w dodatkowym terminie wskazanym w wezwaniu, nie krótszym niż 14 dni od daty doręczenia wezwania. Zawieszenie kończy się z datą usunięcia przez Stronę dopuszczającą się naruszenia umowy jego skutków i wynagrodzenia drugiej Stronie ewentualnej wynikającej z tego naruszenia szkody i począwszy od tej daty Strony podejmą dalsze wykonywanie umowy.”

W ramach cytowanych projektowanych postanowień umowy zamawiający w sposób bardzo ogólny ustalił kwestię możliwości wydania polecenia zawieszenia wykonywania przez wykonawcę części lub całości obowiązków wynikających z umowy, bez określenia, czego te przyczyny mogą w istocie dotyczyć. Brak zakreślenia ram w tym zakresie prowadzi w gruncie rzeczy do nieograniczonej możliwości zawieszenia realizacji przedmiotowego zamówienia przez zamawiającego, prowadząc do bardzo istotnej niepewności po stronie wykonawcy.

W ocenie odwołującego, zamawiający usiłuje w sposób nieuprawniony wpłynąć na sposób realizacji przedmiotu zamówienia, przewidując dla siebie prerogatywę zupełnie dowolnego wstrzymania prac, nie przewidując dla wykonawcy odpowiedniego wynagrodzenia.

Jak argumentował już w ramach tego odwołania odwołujący zasada swobody umów, wyrażona w art. 353(1) KC, na gruncie zamówień publicznych doznaje trojakiemu ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których zamierza zawrzeć umowę, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiającemu przysługuje prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego obiektywnie uzasadnionymi potrzebami. Jednak uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on swego prawa podmiotowego nadużywać. Zamawiający może ustalić stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego oraz nie może on czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 353(1) oraz art. 5 KC). Jednocześnie, wynagrodzenie ustalone w tym zamówieniu publicznym ma charakter ryczałtowy. Z takim charakterem wynagrodzenia łączy się istotne ryzyko obciążające wykonawcę, który co do zasady (z pewnymi wyjątkami wynikającymi przykładowo z nadzwyczajnej zmiany stosunków, o której w ramach odwołania również jest mowa) nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac. Z tej też przyczyny, ponieważ wykonawcy muszą liczyć się z poniesieniem istotnego ryzyka mającego związek już z samym modelem wynagrodzenia, zupełnie niezasadne jest uzupełnianie tego mechanizmu o dodatkowe ryzyka, które w sposób zupełnie uznaniowy i zależny od woli i intencji zamawiającego kształtują dodatkowe zobowiązania wykonawcy, w dodatku w sposób absolutnie niewspółmierny.

W ocenie odwołującego w odniesieniu do Klauzuli 15.1 oraz 5.24.7 projektowanych postanowień umowy mamy do czynienia z postanowieniami przerzucającymi na wykonawców ryzyka zupełnie niemożliwe do przewidzenia, ustalone w sposób w pełni dyskrejonalny i zależny od woli i intencji zamawiającego. Stąd odwołujący wniósł o doprowadzenie omawianych klauzul do stanu, w którym wyeliminowane zostanie działanie na zasadzie uznaniowości, a klauzula przybierze formę zgodną z zasadami współżycia społecznego, równowagi stron, swobody umów, współdziałania i właściwością stosunku prawnego, również w zakresie maksymalnego wynagrodzenia, które będzie należne wykonawcy w przypadku wydania polecenia zawieszenia wykonywania obowiązków wynikających z umowy.

Czyli o modyfikację treści SWZ w następujący sposób:

- Klauzula 15.1 projektowanych postanowień umowy:

„zamawiającemu przysługuje prawo zawieszenia wykonywania zobowiązań wynikających z umowy w przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień umowy, jednak na okres nie dłuższy niż 3 (trzy) miesiące, zaś Wykonawcy przysługuje to prawo w przypadku opóźnienia płatności należnej mu na podstawie umowy o więcej niż 30 Dni. Zawieszenie wykonuje się po uprzednim pisemnym wezwaniu Strony dopuszczającej się naruszenia do wykonania jej zobowiązań zgodnie z warunkami umowy w dodatkowym terminie wskazanym w wezwaniu, nie krótszym niż 14 Dni od daty doręczenia wezwania. Zawieszenie kończy się z datą usunięcia przez Stronę dopuszczającą się naruszenia umowy jego skutków i wynagrodzenia drugiej Stronie ewentualnej wynikającej z tego naruszenia szkody i począwszy od tej daty Strony podejmą dalsze wykonywanie umowy.”

III. Zarzut dotyczący ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wysokości świadczenia stron (zarzut nr 3)

Zamawiający w ramach Klauzuli 20.3 umowy wskazał, że „Zamawiający ma prawo nakazać pominięcie wykonywania części Prac, jeżeli rezygnacja z ich wykonania wynika z przesłanek, o których mowa w ust. 20.2. W tym przypadku Wynagrodzenie Umowne zostanie odpowiednio obniżone, a Wykonawca nie będzie żądał pokrycia kosztów z tytułu utraty korzyści, utraty zysków, pogorszenia możliwości prowadzenia interesów, ani żadnej straty pośredniej w stosunku

do zamawiającego.

Zamawiający za pośrednictwem ww. postanowienia umownego wskazał zatem, że przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, jednakże z treści projektu umowy, nie wynika jaki jest minimalny gwarantowany zakres świadczenia stron, zobowiązań po stronie wykonawcy, w tym gwarantowana minimalna wysokość wynagrodzenia wykonawcy, z tytułu realizacji zamówienia, co stanowi wprost o naruszeniu przepisów ustawy. Zgodnie bowiem z treścią art. 433 pkt 4) ustawy „Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron”.

Treść wskazanego przepisu literalnie nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, a bezwzględny obowiązek jego respektowania wielokrotnie potwierdzało orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przykładowo w ramach wyroku z dnia 26 listopada 2021 r., KIO 3233/21.

Odwołujący dążąc do korekty postanowień w tym zakresie wskazał, że wprowadzony przez zamawiającego zakres ograniczeń realizacji części zamówienia musi mieć proporcjonalny charakter, tak aby uczestnictwo w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia miało charakter przewidywalny i możliwy do oszacowania. Jak podkreśla się bowiem chociażby w ramach Komentarza do ustawy, wydanego pod auspicjami Urzędu Zamówień Publicznych: art. 433 został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców (...) W zamówieniach publicznych klauzule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją [vide komentarz do art. 433 ustawy [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz., red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021].

Podobnie również w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo:

- 1) wyrok z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. KIO/UZP,
- 2) wyrok z dnia 2 stycznia 2017 r., sygn. KIO 2346/16,
- 3) wyrok z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. KIO 1372/15.

Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego postępowania podkreślenia wymaga więc, że zamawiający nie tylko bezwzględnie zobowiązany jest do określenia minimalnej wartości realizacji, ale też, że określając limit możliwego ograniczenia zakresu zamówienia winien wziąć pod uwagę, że wykonawcy tworząc ofertę oraz oszacowując koszty realizacji danej inwestycji co do zasady biorą pod uwagę wykonanie całości inwestycji. Podmioty ubiegające się o zamówienie, składając ofertę liczą, że będą realizować całą umowę, na tej podstawie kalkulują więc koszty personelu, zabezpieczeń, zagospodarowania placu budowy, ubezpieczeń, ochrony itp. W sposób proporcjonalny obliczają też koszty pośrednie i zyski związane z daną realizacją. W skrajnych przypadkach wyłączenia znaczącej części robót z zakresu umowy, taka realizacja może stać się nieopłacalna z perspektywy wykonawcy. Byłoby to nieuzasadnione nie tylko ekonomiczne, ale też nieadekwatne do koniecznego przygotowania osobowego i technicznego związanego z przygotowaniem oferty, niwecząc cel ubiegania się o dane zamówienie. W sytuacji, w której doszłoby do zmniejszenia zakresu rzeczowego realizacji, wykonawca niezmiennie ponosić musiałby koszty stałe (plac budowy, ubezpieczenia, sprzęt itp.) na analogicznym poziomie jak przy wykonywaniu całej inwestycji.

Ryzyko nieopłacalności i nierentowności przedsięwzięcia spotęgowane jest zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, które cechują się niską marżowością. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający winien wziąć pod uwagę wszystkie czynniki charakteryzujące planowanie robót budowlanych i specyfikę ich realizacji, wiążącej się z długookresowym planowaniem i zabezpieczaniem niezmiennych kosztów. Brak wskazania przez zamawiającego zakresu zamówienia, które może nie zostać zrealizowane, zaburza więc równowagę ekonomiczną pomiędzy stronami, nie wykazując cech racjonalności i proporcjonalności, które winny cechować każde działanie zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wprowadzenie realnego zakresu możliwego ograniczenia zamówienia uzasadnione jest tym bardziej jeśli uwzględnić praktykę rynku, która również, co będzie jeszcze w ramach niniejszego odwołania sygnalizowane, winna zostać uwzględniona przy określaniu wymagań nakładanych na wykonawców. Praktyka rynkowa unaocznia bowiem, że pewnym standardem wśród publicznych zamawiających jest obecnie określanie wielkości ograniczenia zakresu zamówienia na poziomie maksymalnie 10%, który to został pozytywnie zweryfikowany przez zainteresowane wykonawców w uczestnictwie i wykonawstwie postępowań opartych na takich warunkach realizacyjnych:

- postępowanie pn. „Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku” - maksymalne ograniczenie do 10%;
- postępowanie pn. „Rozbudowa Opery Nova w Bydgoszczy o IV krąg wraz z infrastrukturą parkingową” - maksymalne ograniczenie do 5%;
- postępowanie pn. Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów zajezdni tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy – maksymalne ograniczenie do 10%;

•postępowanie pn. Budowa hali lekkoatletycznej i strzelectwa sportowego na terenie kompleksu sportowego Zawisza przy ul. Gdańskiej 163 w Bydgoszczy – maksymalne ograniczenie do 10 % (minimalna wartość świadczenia stanowić będzie nie mniej niż 90% wynagrodzenia pierwotnego wskazanego w ofercie wykonawcy).

Mając powyższe na uwadze, w ocenie odwołującego przedmiotowy zarzut zasługuje na uwzględnienie, zamawiający powinien dokonać zmianę postanowień projektu umowy przez wprowadzenie minimalnej i realnej wielkości lub wartości zobowiązania zamawiającego, do którego zrealizowania zamawiający będzie zobowiązany, w tym określenia gwarantowanej wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

Wniósł o modyfikację treści SWZ w następujący sposób:

- Klauzula 20.3 projektowanych postanowień umowy:

„Zamawiający ma prawo nakazać pominięcie wykonywania części Prac, jeżeli rezygnacja z ich wykonania wynika z przesłanek, o których mowa w ust. 20.2. W tym przypadku Wynagrodzenie Umowne zostanie odpowiednio obniżone, a Wykonawca nie będzie żądał pokrycia kosztów z tytułu utraty korzyści, utraty zysków, pogorszenia możliwości prowadzenia interesów, ani żadnej straty pośredniej w stosunku do zamawiającego. Strony ustalają, że minimalną wartością świadczenia stron jest 90% wynagrodzenia określonego w treści §4 ust. 1 umowy.”

IV. Zarzut dotyczący zabezpieczenia należytego wykonania umowy (zarzut nr 4)

Zamawiający w ramach Klauzuli 9.8 umowy wskazał, że:

„Wykonawca utrzymywał będzie nieprzerwanie Zabezpieczenie Należytego Wykonania umowy w wysokości: 9.8.1. 100% wartości kwoty wskazanej w ust. 9.1. od Daty Wejścia w Życie, o której mowa w § 3 umowy do upływu 30 Dni, licząc od daty podpisania ostatniego Protokołu Odbioru Kamienia Milowego (dla ostatniego Kamienia Milowego wskazanego w Harmonogramie RzeczowoFinansowym tj. Kamień Milowy nr 28 pn. „Odbiór Końcowy Przedmiotu umowy - rozliczenie pomiarów gwarancyjnych parametrów grupy B”) – na zabezpieczenie roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Przedmiotu umowy;

9.8.2. 30% wartości kwoty wskazanej w ust. 9.1. do upływu 30 Dni, licząc od daty upływu ostatniego Okresu Gwarancji i Rękąmi ustalonego stosownie do § 7 ust. 7.3.– na zabezpieczenie roszczeń zamawiającego z tytułu gwarancji i rękąmi za Wady.”

Jednocześnie, w ramach Klauzuli 16.1.5 umowy Zamawiający wyjaśnił, że:

„W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę innego istotnego zobowiązania lub istotnych zobowiązań wynikających z niniejszej umowy, lub uporczywego niewykonania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę innego rodzaju zobowiązania lub zobowiązań wynikających z niniejszej umowy, jeżeli Wykonawca nie zastosuje się do doręczonego mu wezwania zamawiającego do zaprzestania niewykonania lub nienależytego wykonywania zobowiązań w dany sposób oraz usunięcia jego skutków w określonym terminie. Istotne zobowiązania Wykonawcy wynikające z niniejszej umowy obejmują w szczególności:

a) zaniechanie utrzymywania Zabezpieczenia Należytego Wykonania umowy w wynikającej z umowy wysokości;”

W ocenie odwołującego powyższe postanowienia można interpretować jako obowiązek podwyższenia kwoty zabezpieczenia w przypadku skorzystania z niej przez zamawiającego.

Jednocześnie, zgodnie z art. 452 ust. 1 i 2 ustawy :

1.Wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe.

2.Zabezpieczenie ustala się w wysokości nieprzekraczającej 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Przepis art. 452 ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Zamawiający nie może zatem żądać wniesienia zabezpieczenia w wyższej wysokości niż 5% ceny całkowitej oferty lub maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania bez odpowiedniego uzasadnienia odnoszącego się do specyfiki przedmiotu zamówienia lub ryzyka związanego z jego realizacją, a także zabezpieczenia przewyższającego 10% podanych wyżej wartości. Również żądanie wniesienia dodatkowego zabezpieczenia, przewyższającego łącznie z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy dopuszczalną wysokość, określoną w art. 452 (np. na wypadek niedokonania przez wykonawcę zamówienia na roboty budowlane zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dokonania nieterminowej zapłaty), stoi w sprzeczności z komentowanym przepisem i może być kwestionowane przez wykonawców (por. wyr. KIO z 15 czerwca 2015 r., KIO 1139/15, Legalis). Przepisy nie dopuszczają też waloryzacji ustalonej przed podpisaniem umowy wartości zabezpieczenia, nawet jeśli umowa przewiduje waloryzację wynagrodzenia wykonawcy (ceny oferty).

Kluczowe znaczenie dla ustalenia uprawnień zamawiającego w tym zakresie ma opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Podwyższenie wartości umowy o zamówienie publiczne a wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy” wydana na gruncie ustawy z 2004 r., która pozostaje aktualna dla obowiązującej obecnie ustawy, w której wskazano jednoznacznie, że: „Ustawa pzp nie przewiduje mechanizmów dających zamawiającemu uprawnienia do żądanie

podwyższenia zabezpieczenia (brak uregulowań dotyczących automatycznej waloryzacji kwoty zabezpieczenia). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że w przypadku podwyższenia wartości umowy o zamówienie publiczne, brak podstaw prawnych w ustawie – Prawo zamówień publicznych do wysunięcia przez zamawiającego żądania uzupełnienia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy o kwotę wynikającą ze zmiany (podwyższenia) wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z ustawą w trakcie realizacji umowy o zamówienie publiczne ustawodawca dopuszcza jedynie możliwość zmiany formy zabezpieczenia przez wykonawcę na inną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy (por. art. 149 ust. 1 ustawy). W takim przypadku zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszania jego wysokości”. Biorąc pod uwagę treść 9.8 oraz 16.1.5 projektu umowy, zamawiający de facto żąda od wykonawcy wniesienia dodatkowego zabezpieczenia poza określony wcześniej limit, co zdaniem wykonawcy jest niezgodne z obowiązującymi przepisami ustawy. Dlatego wniósł o doprowadzenie omawianej klauzuli do stanu zgodności z przepisami i właściwością stosunku prawnego.

9 września 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1) oddalenie odwołania w części dot. pkt 1), 2) oraz 4);

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Jednocześnie poinformował, że:

Zamawiający co do zasady uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 3) odwołania, czego wyrazem jest wprowadzenie zmiany do treści SWZ, przez zmianę projektu Umowy EPC w zakresie ust. 20.3:

„Zamawiający ma prawo nakazać pominięcie wykonywania części Prac, jeżeli rezygnacja z ich wykonania wynika z przesłanek, o których mowa w ust. 20.2. W tym przypadku Wynagrodzenie Umowne zostanie odpowiednio obniżone, a Wykonawca nie będzie żądał pokrycia kosztów z tytułu utraty korzyści, utraty zysków, pogorszenia możliwości prowadzenia interesów, ani żadnej straty pośredniej w stosunku do Zamawiającego. Redukcja zakresu Prac nie może skutkować obniżeniem Wynagrodzenia Umownego o więcej niż 10% (dziesięć procent) w całym okresie obowiązywania Umowy.”

Dowód: zmiana SWZ z dnia 01.09.2025 r. - w aktach sprawy

Odwołanie nieprecyzyjnie wskazuje przedmiot odwołania, a to ze względu na fakt, iż w dokumentacji postępowania znajdują się dwa projekty umów – jeden dotyczący budowy silników gazowych (Umowa EPC), drugi ich obsługi serwisowej (Umowa LTSA). Zamawiający na podstawie treści odwołania uznał, że zarzuty dotyczą umowy, której przedmiotem jest budowa silników (Umowa EPC).

W części dotyczącej Uwag ogólnych odwołania, wykonawca przyznał, że zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, co w przypadku PGE Energia Ciepła S.A. ma doniosłe i szczególne znaczenie w kontekście tego, że Spółka jest zamawiającym sektorowym – a sektor energetyczny jest szczególnie strategiczny dla interesu publicznego.

Zamawiający jest bowiem nie tylko podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania publicznego, Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym sektorowym odpowiedzialnym za utrzymanie ciągłości dostaw ciepła dla wielu obszarów naszego kraju, w tym konkretnym przypadku dla mieszkańców Gdańska, ponosząc ryzyko przewyższające normalne ryzyko związane z udzielaniem zamówień publicznych. W konsekwencji zamawiający jest uprawniony, aby tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia publicznego sektorowego obciążyć również po części wykonawców.

Na zamawiającego jako dostawcę w/w energii nałożone są określone zobowiązania.

Zobowiązania te określają jakość i ilość energii, której parametry bezpośrednio wynikają z jakości i dyspozycyjności pracy urządzeń wytwórczych. Natomiast jakość oraz dyspozycyjność pracujących urządzeń są skutkiem jakości prac wykonawcy realizującego przedmiotowe zamówienie w zakresie budowy, funkcjonowania oraz usuwania usterek i awarii urządzeń wytwórczych.

W konsekwencji zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany do wskazania wykonawcom dodatkowego ryzyka związanego z realizacją tego rodzaju umowy i uwidocznienia następstw w przypadku nienależytego wykonania umowy, co jest związane z odpowiednim ukształtowaniem zasad odpowiedzialności przyjętych w umowie.

Powyższe niewątpliwie determinuje charakter przedmiotowego zamówienia i musi być brane pod uwagę każdorazowo przy udzielaniu zamówień sektorowych tego rodzaju, a także przy konstruowaniu ofert na realizację tego rodzaju zamówień publicznych. Powyższe, pozostaje także zgodne ze swobodą kontraktowania przewidzianą w art. 353 (1) k.c., wyrazem której jak potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 września 2014 r., KIO 1753/14 jest między innymi cyt. „(...) prawo do ukształtowania stosunku zobowiązaniowego, doznające ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera mająca zastosowanie do projektowanej Umowy ustawa - Prawo zamówień publicznych (Pzp). Zamawiający - w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak

uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. (...) Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania (...) Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców (...)."

Zamawiający odwołał się także do wyroku z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09, wyroku SO w W. z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08.

Odwołujący całkowicie pominął także aspekt formalno-prawny brzmienia powoływanych w jego dwołaniu przepisów prawa, artykułując wyłącznie własną wizję przewidzianych w tych przepisach klauzul umownych jakie chciałby mieć zawarte w umowie w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W przekonaniu zamawiającego odwołujący formułując zarzuty swojego odwołania, przedstawił niejako listę oczekiwanych postanowień umownych, które jest on w stanie zaakceptować, próbując przejąć w tym zakresie rolę gospodarza postępowania, wpłynąć w sposób jednostronny na jego przebieg i usankcjonować zaproponowane rozwiązania przy wykorzystaniu instytucji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, a co za tym idzie stosując w tym zakresie względem zamawiającego presję orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”). Szczegółowe odniesienie do poszczególnych zarzutów następuje poniżej zgodnie z systematyką przyjętą przez odwołującego w jego odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 632 § 2 KC przez wyłączenie możliwości stosowania klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków z art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego.

Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy wyłączył zastosowanie art. 632 § 2 k.c., natomiast podobnego zabiegu nie uczynił z uprawnieniem wynikającym z art. 357(1) k.c. Powyższe zastrzeżenie jest niezmiernie istotne ze względu na ogólny wydźwięk odwołania złożonego przez odwołującego, w którym zarzuca zamawiającemu, że projektowane postanowienia umowy faworyzują właśnie zamawiającego, gdy tymczasem pozostawienie możliwości zastosowania art. 357(1) k.c. jest wyrazem tego, że zamawiający, pomimo bycia gospodarzem postępowania, w miejscach w których jest to możliwe, dąży do zapewnienia równowagi stron. Dzieje się tak ze względu na fakt, że zakres zastosowania normy prawnej z art. 632 § 2 k.c. jest węższy niż normy prawnej z art. 357(1) k.c. W szczególności węższy jest krąg adresatów pierwszej normy, obejmuje on wyłącznie wykonawców, natomiast zakres warunków jej zastosowania przedstawia się albo jako węższy (tylko wynagrodzenie), albo jako równoważny (zmiana stosunków) warunkom zastosowania art. 357(1) k.c. Tak chociażby wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4.07.2016 r., VI ACa 569/15, LEX nr 2109567, jak również wyrok tego samego Sądu z dnia z 28.06.2016 r., VI ACa 268/15, LEX nr 2096158. Co ważne adresaci obu norm są różni – adresatami normy płynącej z art. 357(1) k.c. są obie strony stosunku prawnego, jego zastosowanie jest możliwe w każdej sytuacji nadzwyczajnej zmiany stosunku, a skutkiem zastosowania może być zmiana sposobu wykonania zobowiązania, zmiana wysokości świadczenia lub nawet orzeczenie o rozwiązaniu umowy. Tymczasem adresatem, a zarazem uprawnionym z normy art. 632 § 2 k.c. jest jedynie wykonawca, zaś skutkiem zastosowania normy może być jedynie zmiana wynagrodzenia na jego (wykonawcy) korzyść. Na podstawie powyższego skonstatować należy, że zamawiający z rozmysłem pozostawił tzw. dużą klauzulę rebus sic stantibus – jako mającą szersze zastosowanie oraz zapewniającą równowagę stron – gdyż zmiany mogą zachodzić na wniosek każdego z podmiotów realizujących zamówienie, świadomie rezygnując z zastosowania normy korzystnej jedynie dla jednej ze stron zamówienia. Postępując inaczej, zamawiający jako gospodarz postępowania działałby na swoją niekorzyść, co wzięwszy pod uwagę fakt, że zamawiający jest zamawiającym sektorowym świadczącym usługi publiczne, byłoby działaniem skrajnie niekorzystnym oraz niedopuszczalnym.

Norma art. 632 § 2 k.c. jest normą o charakterze dyspozytywnym – której obowiązywanie można w danej umowie wyłączyć: „Strony mogą umownie wyłączyć podwyżkę wynagrodzenia na podstawie tego przepisu (wyr. SN z 18.9.2013 r., V CSK 436/12, Legalis). Art. 632 KC red. serii Osajda/red. tomu Borysiak 2024, wyd. 33/Lukasz Żelechowski”, jak również Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 września 2013 r. V CSK 436/12. Biorąc pod uwagę przedstawione stanowisko, jak również argumenty przytoczone w akapicie powyżej, zamawiający stwierdził, że dozwolone było zrezygnowanie przez zamawiającego ze stosowania w przedmiotowym zamówieniu norm art. 632 § 2 k.c., z którego to uprawnienia zamawiający skorzystał.

Ostatni, ale nie mniej ważny argument popierający stanowisko zamawiającego dała sama KIO w wyroku z dnia 4 marca 2024 r., sygn. akt 440/24, LEX nr 3702053, w którym Izba stwierdza, że „Należy również odnotować, że art. 357 1 KC normujący klauzulę rebus sic stantibus ma charakter dyspozytywny, co jednoznacznie ugruntowane jest w doktrynie przedmiotu. Zgodnie z poglądami prezentowanymi w piśmiennictwie, do których również szeroko odniósł się Zamawiający w pismach procesowych, stwierdzić należy, że dopuszczalne jest wyłączenie stosowania art. art. 357(1) KC. W zakresie zamówień publicznych, co należy podkreślić przesłankom umożliwiającym zastosowanie klauzuli rebus sic stantibus odpowiada przepis art. 455 ust 1 pkt 4 ustawy (M. Winiarz, Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego spowodowana nadzwyczajnym wzrostem cen a odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, FK 2022, nr 6, s. 51- 59.). Zmiany umów zawartych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego oznaczone w umowie wynikać powinny z postanowień ustawy, która w zakresie zmian wynagrodzenia określa własne mechanizmy. Zgodzić należy się z twierdzeniem zamawiającego, że wyłączenie stosowania art. 357(1) KC w stosunku do wysokości wynagrodzenia nie wyklucza zmiany wynagrodzenia w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy, w sytuacji, gdy konieczność zmiany wynagrodzenia spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający i wykonawca, działający z należytą starannością, nie mogli przewidzieć.” Skoro zatem wyłączyć można „dużą” klauzulę rebus sic stantibus, tym bardziej można wyłączyć zastosowanie mniejszej klauzuli, a pomimo tego prawo wykonawcy do podwyższenia wynagrodzenia z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków nie będzie ograniczone ze względu na bezwzględnie obowiązujący przepis ustawy.

Jak zatem wskazano powyżej wyłączenie zastosowania art. 632 § 2 k.c., nie tyle nie zaburza równowagi stron, co ją przywraca ze względu na możliwość zastosowania art. 357(1) k.c. Również sama ustawa chroni wykonawcę, który w przypadku pojawienia się okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, daje stronom możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia.

Zarzuty naruszenia art. 16 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 431 ustawy w zw. art. 353(1) KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC tj. zarzut dotyczący dopuszczalności zawieszenia wykonywania umowy bez ustalenia limitu zawieszenia

Odwołujący kwestionuje brzmienie ust. 15.1 projektowanych postanowień umowy, który brzmi:

„Zamawiającemu przysługuje prawo zawieszenia wykonywania zobowiązań wynikających z Umowy w przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień Umowy, zaś Wykonawcy przysługuje to prawo w przypadku opóźnienia płatności należnej mu na podstawie Umowy o więcej niż 30 Dni. Zawieszenie wykonuje się po uprzednim pisemnym wezwaniu Strony dopuszczającej się naruszenia do wykonania jej zobowiązań zgodnie z warunkami Umowy w dodatkowym terminie wskazanym w wezwaniu, nie krótszym niż 14 Dni od daty doręczenia wezwania. Zawieszenie kończy się z datą usunięcia przez Stronę dopuszczającą się naruszenia Umowy jego skutków i wynagrodzenia drugiej Stronie ewentualnej wynikającej z tego naruszenia szkody i począwszy od tej daty Strony podejmą dalsze wykonywanie Umowy.”

Odwołujący wydaje się być nieco niezdecydowany, co w brzmieniu ww. postanowienia kontestuje. Z jednej bowiem strony podnosi jakoby treść postanowienia była dość ogólna, z drugiej natomiast wnosi o modyfikację treści SWZ jedynie przez wprowadzenie maksymalnego okresu trwania zawieszenia, który zdaniem odwołującego miałby wynosić maksymalnie do 3 miesięcy.

W tym miejscu warto przyjrzeć się celowi wprowadzenia do umowy postanowienia z ust. 15.1. W tym bowiem przypadku mamy do czynienia z zawieszeniem wykonywania zobowiązań wynikających z Umowy spowodowanym naruszeniem postanowień umowy przez wykonawcę. Nie sposób w umowie na tak duże zamówienie kazuistycznie opisać oraz enumeratywnie wymienić wszystkie przypadki, które mogłyby skutkować zawieszeniem – dzieje się tak ze względu na fakt, że realizacja każdego zamówienia wiąże się z niewyobrażalną wręcz liczbą sytuacji, których nie da się przewidzieć na etapie projektowania postanowień umowy. Stąd konieczność używania w umowie określeń generalnych i abstrakcyjnych – takich jak naruszenie postanowień umowy przez wykonawcę. Zamawiający zauważył, że zarówno zamawiający, jak również wybrany wykonawca zamówienia, będą podmiotami profesjonalnymi, od których wymagać się będzie wyższej niż przeciętna wiedzy technicznej, inżynierskiej, prawnej czy też projektowej. Zawieszenie wykonywania zobowiązań przez zamawiającego musi zawsze mieć poparcie w stanie faktycznym i prawnym danej sprawy, w przeciwnym razie zamawiający narażałby się względem wykonawcy na odpowiedzialność kontraktową. Wyeliminowaniu nadużyć na tym polu służy również obowiązek wezwania Strony dopuszczającej się naruszenia, do wykonania jej zobowiązań zgodnie z warunkami umowy w dodatkowym terminie wskazanym w wezwaniu, nie krótszym niż 14 dni od daty doręczenia wezwania. Zatem naruszenie, którego skutkiem byłoby zawieszenie, musi zostać uprzednio zidentyfikowane, a stronie naruszającej dawany jest dość długi czas na jego usunięcie lub złożenie w tym zakresie zdania odrębnego – powyższe zabezpiecza obie strony umowy przed nadużywaniem z korzystania z mechanizmu zawieszenia.

Powyższe postanowienie należy rozpatrywać również w kontekście pozycji zamawiającego jako podmiotu realizującego usługi publiczne, w których uzyskanie pożądanego rezultatu w jak najkrótszym czasie jest niezmiennie istotne.

Jak wynika z treści złożonego odwołania, dla odwołującego istotą zarzutu nr 2 jest wprowadzenie ograniczenie prawa do stosowania zawieszania do maksymalnego okresu 3 miesięcy. Jednak w tym miejscu po raz kolejny musimy powrócić do celu wprowadzenia kontestowanego postanowienia. Otóż ma ono zastosowanie tylko wtedy, gdy co najmniej jedna ze stron naruszy postanowienia umowy. Co niezmiennie istotne, w przeciwieństwie do tego co twierdzi odwołujący - zawieszenie to ma termin końcowy – jest nim data usunięcia przez stronę dopuszczającą się naruszenia umowy jego skutków i wynagrodzenia drugiej stronie ewentualnej wynikającej z tego naruszenia szkody. Zdaniem zamawiającego wskazana w ten sposób data końcowa zawieszenia jest jedyną możliwą do zagwarantowania równej pozycji stron umowy. Dzieje się tak ze względu na fakt, że dość łatwo wyobrazić można sobie sytuację, w której jedna ze stron

narusza postanowienia Umowy – uporczywie - pomimo wezwań drugiej strony, ich nie usuwając. Gdyby przyjął propozycję złożoną w odwołaniu przez odwołującego – w takiej sytuacji po upływie 3 miesięcznego okresu zawieszenia, strona naruszająca miałaby uprawnienie do tego, aby powrócić do realizacji umowy, co mogłoby być skrajnie niekorzystne dla drugiej strony. Bez wątpienia zaburzyłoby to równowagę stron oraz stawiłoby co najmniej jedną stronę w uprzywilejowanej sytuacji.

Wniósł o oddalenie zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 433 pkt 4) ustawy, art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy tj. zarzut dotyczący ograniczenia zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wysokości świadczenia stron (zarzut nr 3)

Zamawiający co do zasady uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 3) odwołania, czego wyrazem jest wprowadzenie zmiany do treści SWZ, przez zmianę projektu Umowy EPC w zakresie ust. 20.3:

„Zamawiający ma prawo nakazać pominięcie wykonywania części Prac, jeżeli rezygnacja z ich wykonania wynika z przesłanek, o których mowa w ust. 20.2. W tym przypadku Wynagrodzenie Umowne zostanie odpowiednio obniżone, a Wykonawca nie będzie żądał pokrycia kosztów z tytułu utraty korzyści, utraty zysków, pogorszenia możliwości prowadzenia interesów, ani żadnej straty pośredniej w stosunku do Zamawiającego. Redukcja zakresu Prac nie może skutkować obniżeniem Wynagrodzenia Umownego o więcej niż 10% (dziesięć procent) w całym okresie obowiązywania Umowy.”

Zarzut naruszenia art. 452 i art. 453 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647, art. 5, art. 58 i art. 353(1) KC tj. zarzut dotyczący zabezpieczenia należytego wykonania umowy (zarzut nr 4)

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem zawartym w odwołaniu, jakoby żądał ustanowienia zabezpieczenia ponad limit wskazany w ustawie. Zgodnie z ust. 9.1 projektowanych postanowień umowy: Wykonawca dostarczy Zamawiającemu, do 30 Dni od dnia zawarcia Umowy, Zabezpieczenie Należytego Wykonania Umowy na sumę stanowiącą 5% Wynagrodzenia Umownego (brutto). Zamawiający mieści się zatem w limicie przewidzianym przez ustawę PZP. Jedyna możliwość zmiany zabezpieczenia, jaką zamawiający przewidział w projekcie umowy, została zawarta w ust. 9.4 i stanowi o konieczności dokonania zmiany złożonego zabezpieczenia w przypadku wydłużenia okresu wykonywania prac o co najmniej 45 dni:

9.4 Zabezpieczenie Należytego Wykonania Umowy ulega zmianie w przypadku, gdy Termin Zakończenia Prac ulega wydłużeniu o co najmniej 45 Dni w stosunku terminu przed wprowadzoną zmianą. W tym przypadku Wykonawca zobowiązany jest do wydłużenia okresu Zabezpieczenia o uzgodniony okres wykonywania Prac w terminie do 15 Dni od dnia podpisania przez Strony stosownego aneksu do Umowy.

Zamawiający jest świadomy faktu, że przepis art. 452 ustawy jest przepisem bezwzględnie obowiązującym – dlatego nie przewidział mechanizmów podwyższenia zabezpieczenia, w przypadku skorzystania z ustawionego w ramach umowy zabezpieczenia. Działanie takie, jak również podjęte w jego wyniku wszelkie inne czynności byłyby obciążone nieusuwalną wadą prawną.

Dla rozwiania wszelkich wątpliwości, zamawiający w aktualizacji SWZ z dnia 01.09.2025 r.w pkt 16.1.5 lit. a) projektowanych postanowień umowy dodał następujące zdanie:

„W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę innego istotnego zobowiązania lub istotnych zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy, lub uporczywego niewykonania lub nienależytego wykonywania przez Wykonawcę innego rodzaju zobowiązania lub zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy, jeżeli Wykonawca nie zastosuje się do doręczonego mu wezwania Zamawiającego do zaprzestania niewykonania lub nienależytego wykonywania zobowiązań w dany sposób oraz usunięcia jego skutków w określonym terminie. Istotne zobowiązania Wykonawcy wynikające z niniejszej Umowy obejmują w szczególności:

a) zaniechanie utrzymywania Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy w wynikającej z Umowy wysokości – nie dotyczy sytuacji w których Zamawiający w trakcie realizacji Umowy skorzystał z zabezpieczenia, w takiej sytuacji obowiązek utrzymywania zabezpieczenia albo ogranicza się do wysokości zabezpieczenia pozostałej po skorzystaniu z zabezpieczenia, albo wygasa – w przypadku skorzystania z zabezpieczenia w pełnej wysokości”.

Dowód: zmiana SWZ z dnia 01.09.2025 r. - w aktach sprawy

Reasumując, należy uznać, że zamawiający dochował należytej staranności w zakresie sporządzania dokumentacji.

Wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu znajdują oparcie w przepisach ustawy. Zamawiający dopełnił wszelkich obowiązków, jakie nakłada na niego przedmiotowa ustawa, a czynności zamawiającego pozostają w zgodzie z wymogami ww. ustawy i zasadami udzielania zamówień. Nie doszło do naruszenia przepisów ustawy. Co do zasady uznanie zarzutu nr 3 potwierdza ww. okoliczności.

Po wprowadzeniu przez zamawiającego zmian do SWZ uznać należy, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć jakikolwiek wpływ na wynik postępowania.

11 września 2025 r. odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał zmian dokumentacji, w wyniku czego częściowo

uwzględnił odwołanie z dnia 31 lipca 2025 r. w sposób, jaki odpowiada wnioskowi odwołującego.

Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w pozostałym, nieuwzględnionym przez zamawiającego zakresie. W związku z tym, na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z §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, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów.

### **Rozważania Krajowej Izby Odwoławczej**

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) KIO nie dopatrzyła się okoliczności, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Postępowanie zasługuje na umorzenie na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy.

Odwołujący korzystając z prawa do wycofania odwołania ograniczył swoje prawo w tym zakresie do wycofania zarzutu nr 1, 2 i 4 odwołania, czyli zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. Do takiej czynności dyspozytywnej w ocenie KIO miał prawo zgodnie z rozumowaniem a maiore ad minus z mocy art. 520 ust. 1 ustawy. Skoro bowiem odwołującemu służy prawo do wycofania całości odwołania, to tym bardziej ma prawo wycofać poszczególny zarzut. Znajduje to potwierdzenie także w art. 522 ust. 3 ustawy. W zakresie pozostałych zarzutów zamawiający uwzględnił odwołanie, a po stronie zamawiającego nie wystąpił przystępujący, co nadawało się do subsumpcji pod normę art. 522 ust. 3 ustawy i skutkowało umorzeniem postępowania w tym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) z którego wynika, że koszty z par. 5 ust. 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 wykonawca - w takim przypadku KIO orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Na podstawie art. 574 ustawy Izba orzekała o dokonaniu zwrotu odwołującym uiszczonego przez nich wpisu, o czym orzeczono w pkt 2 sentencji orzeczenia.

Przewodnicząca: .....