Sygn. akt: KIO 4103/25
Sygn. akt: KIO 4110/25

WYROK

Warszawa, dnia 20 listopada 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 i 17 listopada 2025 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2025 r. przez:

A.wykonawcę **TRAKCJA S.A., Al. Jerozolimskie 100 lok. II P, 00-807 Warszawa** – KIO 4103/25,

B.organizację **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa** - KIO 4110/25,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź,**

przy udziale uczestników po stronie odwołujących:

1)wykonawcy **Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., ul. J.K. 4, 02-676 Warszawa**- w sprawie o sygn. akt KIO 4103/25 i KIO 4110/25,

2)wykonawcy **Trakcja S.A., Al. Jerozolimskie 100 II P, 00-807 Warszawa** – w sprawie o sygn. akt KIO 4110/25,

orzeka:

A.w sprawie o sygn. akt KIO 4103/25:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących: § 12 ust. 5 oraz § 12a ust. 2, ust. 5, ust. 6 lit. a) i b), ust. 10 i ust. 13 projektu umowy,

2.**uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego:

- § 12a ust. 6 lit. c) projektu umowy i nakazuje zamawiającemu wykreślenie tego postanowienia,
- § 12a ust. 7 projektu umowy i nakazuje zamawiającemu zmianę w zdaniu drugim ustępu 7 na: „Kolejne zmiany wynagrodzenia będą następować na wniosek Wykonawcy nie częściej niż po upływie każdych następnych 6 miesięcy realizacji Umowy licząc – od dnia złożenia pierwszego wniosku (w przypadku drugiej waloryzacji) bądź od dnia złożenia ostatniego wniosku o waloryzację (każda kolejna – po drugiej waloryzacji – waloryzacja), po spełnieniu jednocześnie przesłanek, o których mowa w ust. 6 lit. a, aż do osiągnięcia poziomu określonego w ust. 2 niniejszego paragrafu”.

3.w pozostałym zakresie **oddala odwołanie**,

4.kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 2/5 oraz odwołującego w części 3/5, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 440 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

B. w sprawie o sygn. akt KIO 4110/25:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących: § 6 ust. 1 pkt 1, § 7 ust. 3 pkt 24 i pkt 26, § 9 ust. 3 lit. a), § 12 ust. 1 pkt 1.3. w zw. z pkt 1.2. i z § 16, § 12 ust. 5, § 12a ust. 2 i ust. 6 lit. a) i b) oraz § 13 ust. 2 i ust. 3 projektu umowy,

2.**uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego:

- § 12a ust. 6 lit. c) projektu umowy i nakazuje zamawiającemu wykreślenie tego postanowienia,
- § 9 ust. 2 projektu umowy i nakazuje zamawiającemu wykreślenie ostatnich dwóch zdań w treści tego postanowienia,

3. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie**,

4.kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 2/5 oraz odwołującego w części 3/5, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 440 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4103/25
Sygn. akt: KIO 4110/25
UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa nowej linii tramwajowej w ul. Nowowęglowej od ul. Tramwajowej do włączenia w ul. Kopcińskiego wraz z przebudową wiaduktu na ul. Kopcińskiego", numer referencyjny: BZZ.261.43.2025.AJM. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.09.2025 r., nr 177/2025 603910-2025.

W dniu 26.09.2025 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli:

A. wykonawca TRAKCJA S.A., Al. Jerozolimskie 100 lok. II P, 00-807 Warszawa (dalej: „Odwołujący Trakcja") – sprawa o sygn. akt KIO 4103/25,

B. organizacja, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp - Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa (dalej: „Odwołujący PZPB") - sprawa o sygn. akt KIO 4110/25.

Ad. A. Odwołujący Trakcja w sprawie KIO 4103/25 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", w zw. z art. 7 ust. 29 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie warunków zamówienia (stosunku prawnego - Umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu", co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w oznaczeniu terminu realizacji przedmiotu zamówienia w postaci daty dziennej, skutkujące możliwością znacznego ograniczenia rzeczywistego czasu na realizację zamówienia z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co stanowi znaczne ryzyko wykonawców, niemożliwe do rzeczywistego skwantyfikowania i skalkulowania w cenie oferty (mogące skutkować tym, że realizacja zamówienia z przyczyn niezależnych od wykonawcy będzie nieopłacalna),

2) art. 353^1 kc i art. 483 kc w zw. z 439 ust. 1 w zw. z art. 433 pkt 3w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w sposób sprzeczny z jego właściwością oraz zasadami współżycia społecznego, prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego podmiotowego prawa poprzez rażące wykorzystanie dominującej pozycji „organizatora przetargu", w tym wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy („Umowa") oraz jego załączników postanowień w sposób rażąco naruszający równowagę kontraktową stron, przerzucający na wykonawców niemożliwe do oszacowania ryzyka kontraktowe, w tym wynikające z okoliczności niezależnych od wykonawcy, przewidujące obowiązki wykonania przez wykonawców czynności nieznanych w dniu składania oferty z tym zastrzeżeniem, że wykonawca zobowiązany będzie je wykonać bez dodatkowego wynagrodzenia, poprzez niejasne, nieprecyzyjne, niejednoznaczne lub rażąco niekorzystne dla wykonawców postanowienia Umowy, a co za tym idzie w sposób niezgodny z przepisami Pzp, sprzeciwiając się tym samym naturze stosunku zobowiązaniowego, co znalazło odzwierciedlenie w szczególności w:

a) § 12 ust. 5 [Zmiany umowy] Umowy poprzez przerzucenie w całości na wykonawcę ryzyka przedłużenia okresu realizacji zamówienia,

b) § 12a [Klauzule waloryzacyjne] Umowy poprzez przewidzenie nieadekwatnego – w stosunku do panujących realiów rynkowych – mechanizmu waloryzacyjnego, jak i częściowo zawierającego wykluczające się założenia, co wynika m.in. z:

i. zawarcia – w jednej klauzuli waloryzacyjnej – postanowień przewidujących, że przeprowadzenie waloryzacji nastąpi więcej niż jeden raz, jednocześnie wprowadzenie ograniczenia, że wynagrodzenie, które zostało poddane waloryzacji nie będzie podlegało zmianie,

ii. przerzucenia na wykonawcę w całości ryzyka wystąpienia wzrostu cen i kosztów realizacji zamówienia ponad 10% wartości wynagrodzenia umownego wykonawcy brutto;

iii. przewidzenia nieadekwatnych – zbyt długich – okresów, w których nie będzie możliwa waloryzacja wynagrodzenia umownego wykonawcy;

iv. wprowadzenia dodatkowych przesłanek dokonania waloryzacji, nieuzasadnionych okolicznościami, pozostających bez związku z ustawowymi przesłankami waloryzacji wskazanymi w art. 439 Pzp, a nawet stojącymi w sprzeczności z celem instytucji waloryzacji wynagrodzenia;

v. wyłączenia w całości możliwości zmiany wynagrodzenia za realizację poszczególnych robót, tj.: zarówno przy

zastosowaniu klauzuli waloryzacyjnej z § 12a Umowy, jak i poprzez dokonanie ich wyceny zgodnie ze stawkami obowiązującymi w momencie zlecania przez Zamawiającego robót zamiennych i/lub zmiany technologii, bez uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego takiego wyłączenia,

3)art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z tym Odwołujący Trakcja wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany /wykreślenia postanowień SWZ i umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Ad. B. Odwołujący PZPB w sprawie KIO 4110/25 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 436 pkt 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w rozdz. IV ust. 1 SWZ oraz § 2 projektowanych postanowień umowy (PPU) terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty bez uzasadnienia tego obiektywną przyczyną,

2)art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc oraz art. 353^1 kc poprzez skonstruowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych,

3)innych przepisów wskazanych szczegółowo w Załączniku nr 1 – Tabeli nr 1 do Odwołania.

W związku z tym Odwołujący PZPB wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia w sposób wskazany w odwołaniu i w załączniku do niego.

Następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie po stronie Odwołującego:

1)wykonawca Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o., ul. J.K. 4, 02-676 Warszawa (dalej: „Przystępujący Aldesa") - w sprawie o sygn. akt KIO 4103/25 i KIO 4110/25,

2)wykonawca Trakcja S.A., Al. Jerozolimskie 100 II P, 00-807 Warszawa (dalej: „Przystępujący Trakcja") – w sprawie o sygn. akt KIO 4110/25.

Izba stwierdziła, że przystąpienia obu ww. wykonawców zostały dokonane skutecznie.

W piśmie z 30.10.2025 r. Przystępujący Trakcja poparł stanowisko Odwołującego PZPB.

W dniu 30.10.2025 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania i:

Ad. A. w sprawie KIO 4103/25 – poinformował, że „uznaje" odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących§ 12 ust. 5 oraz § 12a ust. 2, ust. 5, ust. 6, ust. 10 i ust. 13 projektu umowy; w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania,

Ad. B. w sprawie KIO 4110/25 – poinformował, że „uznaje" odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących§ 9 ust. 3 lit. a), § 12 ust. 1 pkt 1.3. w zw. z pkt 1.2. i z § 16, § 12 ust. 5, § 12a ust. 2 i ust. 6, § 14 ust. 2 i ust. 3 projektu umowy (błąd Odwołującego – powinno być § 13 ust. 2 i ust. 3); w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał też, że w zakresie ww. zarzutów w dniu 29.10.2025 r. dokonał już odpowiednich zmian projektu umowy. W trakcie posiedzenia Izba ustaliła, że w zakresie § 12a ust. 6 projektu umowy zmiany obejmowały tylko lit. a) i lit. b).

Modyfikacja przez Zamawiającego określonych postanowień projektu umowy oznacza, że przestały one istnieć w obrocie prawnym w zakresie takim, w jakim były zaskarżone w odwołaniach i tym samym przestał istnieć tzw. substrat zaskarżenia. Oznacza to, że postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących § 12 ust. 5 i § 12a ust. 2, ust. 5, ust. 6 lit. a) i b), ust. 10 i ust. 13 projektu umowy – w sprawie KIO 4103/25 oraz zarzutów dotyczących § 9 ust. 3 lit. a), § 12 ust. 1 pkt 1.3. w zw. z pkt 1.2. i z § 16, § 12 ust. 5, § 12a ust. 2 i ust. 6 lit. a) i b), § 14 ust. 2 i ust. 3 projektu umowy (błąd Odwołującego – powinno być § 13 ust. 2 i ust. 3) – w sprawie KIO 4110/25, podlega umorzeniu jako zbędne na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp. Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający jednocześnie „uznał", czyli uwzględnił oba odwołania w zakresie ww. zarzutów, ponieważ uwzględnienie zarzutów nie zmienia faktu, że kwestionowane postanowienia projektu umowy w zaskarżonym zakresie przestały istnieć, zatem postępowanie odwoławcze stało się zbędne.

Ponadto w dniu 17.11.2025 r. Odwołujący PZPB oświadczył, że cofa zarzuty dotyczące § 6 ust. 1 pkt 1 i § 7 ust. 3 pkt 24 i pkt 26 projektu umowy. Postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlegało zatem umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba ustaliła, że rozpoznaniu podlegają zarzuty dotyczące:

1)terminu realizacji zamówienia oznaczonego datą dzienną - w obu odwołaniach,

2)§ 12a ust. 6 lit. c) - w obu odwołaniach,

3)§ 12a ust. 7 - w obu odwołaniach,

4)§ 12a ust. 9 – w odwołaniu KIO 4103/25,

5)§ 9 ust. 2 – w odwołaniu KIO 4110/25,
6)§ 9 ust. 3 lit. e) – w odwołaniu KIO 4110/25.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący Trakcja podtrzymali swoje stanowiska w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu (Przystępujący Aldesa nie stawił się).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego Trakcja złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego Trakcja interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odwołania o sygn. akt KIO 4103/25 i KIO 4110/25.

Zarzut dotyczący terminu realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

W rozdziale IV ust. 1 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający wskazał: Termin realizacji przedmiotu umowy: do dnia 31.08.2027 r. Również w § 2 ust. 1 projektu umowy Zamawiający wskazał: Termin realizacji przedmiotu umowy: do dnia 31.08.2027 r.

W trakcie posiedzenia Zamawiający poinformował, że w dniu 08.10.2025 r. dokonał zmiany dokumentów zamówienia, w wyniku których wyznaczył termin realizacji zamówienia na 31.10.2027 r.

Obaj Odwołujący podnieśli w odwołaniach, że Zamawiający nie wskazał żadnej obiektywnej przyczyny uzasadniającej wyznaczenie terminu realizacji zamówienia datą dzienną. Ponadto Odwołujący Trakcja zwrócił uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia może się przedłużać, co faktycznie skróci termin realizacji zamówienia. W związku z tym Odwołujący Trakcja wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez zmianę rozdziału IV ust. 1 SWZ i § 2 ust. 1 projektu umowy na: „Termin realizacji przedmiotu umowy: 24 miesiące od dnia zawarcia Umowy". Natomiast Odwołujący PZPB wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. dokumentów poprzez wskazanie terminu w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach od dnia zawarcia umowy.

Zamawiający poinformował w odpowiedziach na odwołania, że zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej z Funduszu Spójności w ramach Programu Fundusze Europejskie na Infrastrukturę, Klimat, Środowisko 2021-2027, Priorytet FENX.03 Transport miejski, działanie FENX.03.01 Transport miejski. Zgodnie z § 7 ust. 4 umowy o dofinansowanie z dnia 09.06.2025 r. okres kwalifikowania wydatków kończy się w dniu 30.11.2027 r. Jak wskazał Zamawiający: „*W przypadku nierozliczenia przedmiotu umowy w tym terminie Miasto Łódź zobowiązane będzie do zwrotu przedmiotowej dotacji wraz z odsetkami w całości lub proporcjonalnie, zgodnie z zasadami określonymi w Umowie o dofinansowanie. Ponadto Instytucja Pośrednicząca w przypadku istotnych naruszeń postanowień Umowy o dofinansowanie może rozwiązać Umowę ze skutkiem natychmiastowym. Za istotne naruszenia Umowy przyjmuje się w szczególności opóźnienie w realizacji Projektu albo gdy inne okoliczności czynią zasadnym przypuszczenie, że zakończenie realizacji zakresu rzeczowego Projektu Faza II nie nastąpi w terminie wynikającym z zawartej Umowy o dofinansowanie. Na dzień dzisiejszy Miasto Łódź nie dysponuje zgodą Instytucji Pośredniczącej ani Instytucji Zarządzającej na wydłużenie terminu zakończenia i rozliczenia projektu".*

Odnosząc się do argumentacji Stron w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w myśl art. 436 pkt 1 ustawy Pzp zasadą jest oznaczenie terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, zaś wskazanie konkretnej daty jest wyjątkiem od tej zasady i musi być uzasadnione obiektywną przyczyną. Obiektywna przyczyna to taka, która jest zewnętrzna i niezależna od zamawiającego.

W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał, że obiektywną przyczyną uzasadniającą określenie terminu realizacji zamówienia datą dzienną - 31.10.2027 r. (po zmianie SWZ) jest treść umowy o dofinansowanie, która jako datę kwalifikowalności wydatków wskazuje 30.11.2027 r. W tym terminie Zamawiający jako beneficjent zobowiązany jest zakończyć realizację zakresu rzeczowego projektu oraz rozpocząć fazę operacyjną, a następnie przedłożyć wniosek o płatność końcową w ciągu 30 dni po upływie tego okresu. Powyższe potwierdza treść § 7 ust. 4 i ust. 5 umowy o dofinansowanie załączonej przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący podnieśli, że umowa o dofinansowanie przewiduje możliwość przedłużenia okresu realizacji projektu, bowiem zgodnie z § 4 ust. 13: „Zmiana dat określonych w Harmonogramie Projektu lub Harmonogramie uzyskiwania decyzji administracyjnych, która powodowałaby wydłużenie okresu realizacji Projektu Faza II wymaga aneksowania Umowy, w tym odpowiedniej zmiany § 7 ust. 4.

Beneficjent jest zobowiązany wystąpić z wnioskiem o wydłużenie okresu realizacji Projektu Faza II nie później niż 30 dni przed upływem terminu określonego w § 7 ust. 4 Umowy. (…)". Sam Zamawiający również przyznał, że istnieje możliwość zmiany terminu okresu realizacji umowy, ale zwrócił uwagę, że Instytucja Pośrednicząca nie musi wyrazić na to zgody.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i stwierdziła, że sama możliwość złożenia wniosku do Instytucji Pośredniczącej o zmianę terminu realizacji projektu i okresu kwalifikowania wydatków nie oznacza, że Zamawiający ma rzeczywisty wpływ na tę zmianę. Decyzja należy bowiem do IP, która może, ale nie musi wyrazić zgody. Tym samym Zamawiający nie ma pewności, że termin realizacji projektu i kwalifikowalności wydatków zostanie przedłużony. Gwarancji takiej nie daje również fakt, że w myśl Wytycznych dotyczących kwalifikowalności wydatków na lata 2021-2027, końcową datą kwalifikowalności wydatków jest 31.12.2029 r. Z żadnych postanowień umowy o dofinansowanie nie wynika bowiem, że termin określony w Wytycznych obliguje IP do przedłużenia terminu określonego w ww. umowie. Natomiast brak zgody IP na przedłużenie ww. terminu oznacza, że wydatki poniesione po jego upływie będą uznane za niekwalifikowalne. Dlatego zrealizowanie zamówienia do dnia 31.10.2027 r. jest dla Zamawiającego tak ważne, gdyż pozwala mu rozpocząć fazę operacyjną i przedłożyć wniosek o płatność końcową w terminie przewidzianym w umowie, a co za tym idzie - zmniejszyć ryzyko konieczności samodzielnego sfinansowania wydatków. Innymi słowy: Zamawiający nie chce ryzykować, że w razie przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia (obecnie zawarcie umowy z wykonawcą planowane jest na 30.04.2026 r.) będzie musiał zawrzeć umowę z okresem realizacji zamówienia określonym jako „18 miesięcy od zawarcia umowy", co doprowadzi do przekroczenia terminu kwalifikowalności wydatków – 30.11.2027 r. i spowoduje niekwalifikowalność co najmniej części wydatków, a tym samym – konieczność ich sfinansowania samodzielnie przez Zamawiającego. Ryzyko to nie istniałoby, gdyby wyrażenie zgody przez IP na przedłużenie terminu realizacji projektu i okresu kwalifkowalności wydatków było pewne, ale tak nie jest. Raz jeszcze należy bowiem podkreślić, że możliwości Zamawiającego są ograniczone do złożenia wniosku o przedłużenie terminu realizacji projektu, natomiast nie ma on żadnego wpływu na to, czy IP wyrazi na to zgodę. Dlatego sama możliwość wystąpienia z wnioskiem nie zmienia faktu, że zachodzą niezależne od Zamawiającego obiektywne przyczyny uzasadniające wyznaczenie terminu realizacji zamówienia datą dzienną – 31.10.2027 r. dostosowaną do narzuconego w umowie o dofinansowanie terminu kwalifikowalności wydatków do 30.11.2027 r.

Powyższe potwierdza przytoczone przez Zamawiającego uzasadnienie do projektu ustawy Pzp z 2019 r., w którym w zakresie dotyczącym art. 436 pkt 1 wskazano: „*W art. 436 projektu ustawy wskazuje się postanowienia, które obligatoryjnie powinna zawierać każda umowa, takie jak kwestie terminu jej wykonania oraz warunków płatności czy limitowanie kar umownych. Nowym rozwiązaniem jest wyraźne zobligowanie zamawiających do określenia terminu wykonania umowy, w jednostkach czasu (dniach, tygodniach, latach), chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną, niezależną od zamawiającego np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE*". Z powyższego wynika, że ustawodawca przewidując wyjątek od zasady określania terminu realizacji zamówienia w dniach, tygodniach, miesiącach czy latach miał na uwadze m.in. ograniczenia wynikające z zasad finansowania projektów ze środków UE.

Niezależnie od tego należy zauważyć, że Zamawiający oszacował czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na 226 dni, tj. od 16.09.2025 r. do 30.04.2026 r. (zgodnie z przedłożonym jako dowód Harmonogramem dla inwestycji), co jest okresem znacząco dłuższym od przeciętnego. Zgodnie bowiem ze Sprawozdaniem Prezesa UZP z funkcjonowania systemu zamówień publicznych za 2023 r. średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne to 125 dni (brak danych za 2024 r.). Oczywiście nie ma gwarancji, że w ciągu 226 dni postępowanie to się zakończy, ale nie można pomijać, że Zamawiający uwzględnił ryzyko jego trwania dłużej niż przeciętnie, o czym dodatkowo świadczy treść Analizy Potrzeb i Wymagań (zał. nr 1 do Wniosku II – „Notatka z dnia ..... r. z czynności przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań"), w której jako ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia wymieniono: odwołania złożone w postępowaniu, przedłużające się postępowanie przetargowe oraz ryzyko finansowe – niewystarczający budżet Zamawiającego. Na obecnym etapie niniejszego postępowania nie ma zatem podstaw do stwierdzenia, że termin zawarcia umowy z wybranym wykonawcą (a co za tym idzie - termin realizacji zamówienia) jest zagrożony.

Przechodząc natomiast do terminu realizacji zamówienia w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie podnosili w odwołaniach, aby był on za krótki. Obaj Odwołujący skupili się na niezasadnym określeniu tego terminu datą dzienną, natomiast nie poruszali kwestii długości czasu przeznaczonego na wykonanie zamówienia (tj. 18 miesięcy licząc od planowanej daty zawarcia umowy – 30.04.2026 r. do 31.10.2027 r.). Zgodnie zaś z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym w myśl konsekwentnego orzecznictwa zarówno Izby, jak i Sądu Okręgowego (por. wyrok KIO 1678/23 z 27.06.2023 r., wyrok SO z 09.05.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 16/24) zakres zarzutu podniesionego w odwołaniu wyznaczony jest nie tylko jego podstawą prawną czy

krótkim opisem zawartym zwyczajowo w petitum odwołania, ale przede wszystkim podniesionymi w tym odwołaniu (także w jego uzasadnieniu) okolicznościami faktycznymi i argumentacją opartą na tych okolicznościach faktycznych. Skoro zatem Odwołujący w odwołaniach nie poruszali kwestii zbyt krótkiego czasu na wykonanie zamówienia, to obecnie Izba jako związana zarzutami odwołania, nie może rozpoznać tej kwestii, gdyż w istocie jest to nowy zarzut niezawarty w żadnym odwołaniu.

W konsekwencji Izba pominęła też dowód złożony przez Odwołującego Trakcja w postaci pisma Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego – Łódź sp. z o.o. skierowanego do Zamawiającego i dotyczącego zabezpieczenia obiektów MPK w czasie prowadzenia robót. Dowód ten został złożony w celu wykazania, że ustalając termin realizacji zamówienia Zamawiający nie uwzględnił m.in. prac związanych z zabezpieczeniem ww. obiektów. Niemniej jednak, jak wskazano już wyżej, kwestia wyznaczenia zbyt krótkiego okresu realizacji zamówienia (18 miesięcy) nie była poruszona w odwołaniu, zatem dowód ten nie dotyczy zarzutów zawartych w odwołaniu Odwołującego Trakcja.

Podobnie rzecz się ma z żądaniem Odwołującego Trakcja, aby termin realizacji zamówienia oznaczony datą dzienną zmienić na termin 24-miesięczny. Odwołujący Trakcja w żaden sposób nie wskazał w odwołaniu, dlaczego zmodyfikowany termin miałby być dłuższy niż wskazany obecnie, tj. do 31.10.2027 r., co licząc od planowanej daty zawarcia umowy (30.04.2026 r.) daje 18 miesięcy. Skoro w odwołaniu brak jest argumentacji dotyczącej zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia (jest tylko argumentacja dotycząca niezasadnego oznaczenia go datą dzienną), to nie ma podstaw do tego, by w myśl żądania Odwołującego termin ten przedłużyć o 6 miesięcy.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wskazany w§ 7 ust. 4 umowy o dofinansowanie okres kwalifikowalności wydatków do 30.11.2027 r. jest okolicznością niezależną od Zamawiającego, na którą nie ma on wpływu mimo możliwości złożenia wniosku o przedłużenie tego okresu, gdyż decyzja w tym zakresie należy do IP. Tym samym okres ten stanowi obiektywną przyczynę uzasadniającą wyznaczenie terminu realizacji zamówienia datą dzienną. Dlatego Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 436 pkt 1 ustawy Pzp i oddaliła oba odwołania w zakresie tego zarzutu.

<u>Zarzut dotyczący waloryzacji - § 12a ust. 6 lit. c) projektu umowy.</u>

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
2. W umowie określa się:
1)poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
2)sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
a)z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
b)przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
3)sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
4)maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.
3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.
4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.
5. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:
1)przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi;
2)okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

Zgodnie z § 12a ust. 6 projektu umowy (po zmianie):

6. Pierwsza zmiana wynagrodzenia nastąpi, gdy spełnione zostaną jednocześnie następujące przesłanki:
a)minimalny poziom zmiany wskaźnika waloryzacji o którym mowa w ust. 4 uprawniający do zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy będzie równy lub wyższy niż 1,04 lub równy lub niższy niż 0,96 w odniesieniu do wskaźnika ogłoszonego dla miesiąca i roku, z dnia zawarcia Umowy/otwarcia ofert.
b)Wykonawca wykonał roboty, poświadczone w płatnościach częściowych, na łączną wartość minimum 30 % wynagrodzenia pierwotnego netto, określonego w § 4 ust. 1 umowy.

c)Wykonawca realizuje umowę zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem rzeczowo- finansowym.

Odwołujący Trakcja podniósł, że w przypadku klauzul waloryzacyjnych: *„ich poszczególne założenia osłabiają efektywność mechanizmu waloryzacji i ostatecznie wypaczają sam sens (istotę) waloryzacji umownej. Mamy do czynienia z sytuacją, w której wprawdzie teoretycznie projekt Umowy przewiduje waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, a nawet przewiduje wszystkie obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej przewidziane w art. 439 Pzp, jednak już na tym etapie można stwierdzić, że w praktyce jest zasadniczo nieadekwatny w odniesieniu do ryzyk, których wystąpienie miał mitygować. (…) Odpowiednio, klauzule waloryzacyjne nie mogą być instrumentalnie wykorzystywane przez zamawiających publicznych dla realizacji ich indywidualnych, doraźnych celów. Dotyczy to także celu w postaci ustanowienia dodatkowej ochrony zamawiającego przed nieterminowym (i to w zakresie terminów pośrednich) wykonaniem umowy (obecnie: § 12b ust. 6 lit. c Umowy). Wobec aktualnej treści Umowy nieterminowość w zakresie realizacji robót (w stosunku do zatwierdzonego harmonogramu rzeczowo-finansowego) zagrożona jest podwójną sankcją w postaci kary umownej i wstrzymania waloryzacji. Nietrudno wyobrazić sobie przy tym sytuacje nadużywania przez Zamawiającego ww. postanowień w celach w całości sprzecznych z istotą waloryzacji umownej. Przykładowo, możliwa do wystąpienia, a nawet całkiem prawdopodobna jest sytuacja, kiedy na etapie realizacji umowy zamawiający będzie odmawiał zatwierdzenia aktualizacji harmonogramu rzeczowo-finansowego tylko z tego względu, że w swojej zmienionej treści „odblokowałby" wykonawcy możliwość zwaloryzowania wynagrodzenia umownego*." Dodatkowo Odwołujący Trakcja podniósł na rozprawie, że art. 439 nie przewiduje innych podstaw warunkujących waloryzację niż zmiana cen i zamawiający nie ma swobody w ustalaniu takich warunków.

Odwołujący PZPB wskazał w odwołaniu, że: *„Kwestionowane postanowienie narusza art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez wprowadzenie warunków waloryzacji pozornych i oderwanych od realiów rynkowych. Proponowane we wzorze umowy postanowienia dotyczące waloryzacji umownej mają charakter iluzoryczny i ukształtowany wbrew zasadzie ekwiwalentności świadczeń. (…) Obecna klauzula waloryzacyjna stawia tak rygorystyczne warunki, że w praktyce może nigdy nie dojść do realnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Mimo formalnego spełnienia wymogów ustawy Pzp, mechanizm ten nie zapewnia wykonawcy faktycznej ochrony przed wzrostem kosztów, co czyni go iluzorycznym (pozornym). (…) Klauzula wymaga spełnienia jednocześnie trzech przesłanek (próg inflacji, 50% robót, brak opóźnień). Taka kumulacja oznacza, że nawet jeśli inflacja znacząco wzrośnie, ale nastąpi to przed wykonaniem 50% prac lub gdy wykonawca ma drobne opóźnienia, waloryzacja i tak nie nastąpi. Warunek realizacji zgodnie z harmonogramem dodatkowo wiąże mechanizm waloryzacji z czynnikami niezwiązanymi bezpośrednio z inflacją. W praktyce może to posłużyć zamawiającemu jako pretekst do odmowy waloryzacji (np. przy minimalnym opóźnieniu z winy lub bez winy wykonawcy). To podwójnie obciąża wykonawcę – rosną koszty realizacji, a jednocześnie brak waloryzacji pogarsza jego sytuację finansową. Taki mechanizm abstrahuje od realiów rynkowych i czyni waloryzację nieefektywną*".

W konsekwencji obaj Odwołujący wnieśli o modyfikację § 12a ust. 6 lit. c) projektu umowy poprzez jego wykreślenie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego Trakcja dotycząca zmiany cen jako jedynego warunku, od którego może być uzależniona waloryzacja, nie była podniesiona w odwołaniu, zatem jest to nowy zarzut niepodlegający rozpoznaniu (art. 555 ustawy Pzp). Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, że art. 439 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje obowiązek określenia zasad wprowadzania zmian waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen lub kosztów, co oznacza, że zmiana cen lub kosztów nie jest jedynym warunkiem wprowadzenia waloryzacji, a jest okolicznością, której możliwość zaistnienia obliguje zamawiającego do określenia zasad (warunków) przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia i zasady te nie muszą być ograniczone do kwestii, o których mowa w ust. 2 tego przepisu. Określenie takich zasad (warunków) mieści się też w dyspozycji art. 353^1 kc przewidującym zasadę swobody umów, oczywiście z zachowaniem ograniczeń w tym przepisie wskazanych.

Odnosząc się natomiast do pozostałych argumentów podniesionych przez obu Odwołujących, Izba przede wszystkim podkreśla, że celem wprowadzenia obowiązku zawarcia w umowie o zamówienie publiczne zasad waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy było to, aby waloryzacja ta rzeczywiście mogła być przeprowadzenia w razie zmiany cen lub kosztów. Nie chodzi zatem o to, by formalnie zawrzeć w projekcie umowy postanowienia dotyczące kwestii określonych w art. 439 ustawy Pzp, ale o to, by na podstawie postanowień umowy waloryzacja była rzeczywiście dostępna i uwzględniała rzeczywiste zmiany cen na rynku. Innymi słowy: nie po to ustawodawca przewidział obowiązek waloryzowania wynagrodzenia, żeby był on obchodzony poprzez ustanawianie pozornych, iluzorycznych postanowień w tym zakresie, ale po to, by postanowienia te mogły być realnie wykorzystywane w przypadku zmiany cen lub kosztów w trakcie realizacji zamówienia. Aby zaś postanowienia umowne dotyczące waloryzacji realnie zapewniały możliwość skorzystania z niej, muszą one być dostosowane do rodzaju i specyfiki udzielanego zamówienia oraz do sytuacji rynkowej w danym czasie (w zakresie możliwym do przewidzenia). Tym samym warunki brzegowe dokonania waloryzacji, zarówno te dotyczące kwestii wskazanych w art. 439 ustawy Pzp, jak i te wykraczające poza ten przepis, nie mogą być określone na takim poziomie, który w praktyce wyłącza możliwość

waloryzacji wynagrodzenia lub istotnie ją ogranicza. Jak wskazano już wyżej, o ile warunki te mogą być wprowadzone do umowy zgodnie z zasadą swobody umów, o tyle nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353^1 kc). W ocenie Izby, postanowienia umowne określające takie warunki waloryzacji, które istotnie ograniczają lub wyłączają możliwość realnego skorzystania z waloryzacji, sprzeciwiają się naturze stosunku, ustawie Pzp i zasadom współżycia społecznego, skoro w istocie niweczą sens i cel ustanowienia instytucji waloryzacji.

Przechodząc do kwestii § 12a ust. 6 lit. c) projektu umowy należy zauważyć, że uzależnia on pierwszą zmianę wynagrodzenia od realizowania przez wykonawcę umowy zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem rzeczowo-finansowym. Izba rozumie, że postanowienie to miało na celu zmotywowanie wykonawcy do terminowego wykonywania zamówienia. Po pierwsze jednak, Zamawiający przewidział w § 13 projektu umowy kary umowne, w tym za każdy dzień zwłoki w wykonaniu różnych obowiązków spoczywających na wykonawcy, a także prawo odstąpienia od umowy lub jej części (§ 16 projektu umowy) m.in. w przypadku braku rozpoczęcia lub braku kontynuowania robót bez uzasadnionych przyczyn pomimo wezwania Zamawiającego/ŁI/Inżyniera Kontraktu złożonego na piśmie, przez okres 7 dni od daty złożenia wezwania u wykonawcy. Tym samym funkcja motywacyjna w zakresie terminowego realizowania zamówienia została już zapewniona w §13 i §16 projektu umowy i nie ma potrzeby rozszerzania jej dodatkowo w postanowieniach dotyczących waloryzacji, bo prowadzi to do utrudniania korzystania z tej waloryzacji.

Po drugie, doświadczenie życiowe uczy, że w trakcie prowadzenia robót budowlanych mogą wystąpić sytuacje nie zawsze wynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które spowodują, że zamówienie w większym lub mniejszym stopniu nie będzie realizowane terminowo i będzie to wymagało zmiany harmonogramu realizacji robót. Sytuacje takie nie powinny stać na przeszkodzie dokonaniu waloryzacji, jeżeli nastąpi zmiana cen lub kosztów i ziszczą się pozostałe przesłanki jej uruchomienia. Ponadto postanowienie umowne uzależniające waloryzację od realizacji zamówienia zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem nie powinno dawać Zamawiającemu możliwości odmówienia zatwierdzenia zmiany harmonogramu i w efekcie – odmówienia dokonania waloryzacji z powodu wykonywania robót niezgodnie z pierwotnym harmonogramem. Izba nie neguje przy tym i docenia zapewnienia Zamawiającego o tym, że nigdy nie odmówił Odwołującemu Trakcja akceptacji zmiany harmonogramu. Niemniej jednak dotychczasowe działania Zamawiającego nie stanowią gwarancji tego, jak § 12 ust. 6 lit. c) będzie stosowany w ramach realizacji niniejszej umowy i że nie stanie się on przeszkodą w korzystaniu z waloryzacji.

Po trzecie, nie można pominąć, że § 12 ust. 6 lit. c) jest jedną z trzech przesłanek, od których uzależnione jest dokonanie pierwszej waloryzacji. Pierwsze zdanie § 12 ust. 6 projektu umowy stanowi bowiem: „Pierwsza zmiana wynagrodzenia nastąpi, gdy spełnione zostaną jednocześnie następujące przesłanki:". Słowo „jednocześnie" przesądza o tym, że aby doszło do pierwszej waloryzacji spełnione muszą być łącznie trzy przesłanki, co tym bardziej pokazuje, że stosowanie w tym kontekście (czyli łącznie z pozostałymi dwiema) przesłanki z lit. c) jest dodatkowym czynnikiem, który może realnie utrudnić korzystanie z waloryzacji.

Wszystkie omówione wyżej okoliczności wskazują, zdaniem Izby, że uzależnienie pierwszej waloryzacji od realizowania przez wykonawcę umowy zgodnie z zatwierdzonym harmonogramem rzeczowo-finansowym nie jest postanowieniem niezbędnym z punktu widzenia motywowania wykonawcy do terminowej realizacji zamówienia, natomiast jest postanowieniem, które może w istotny sposób ograniczać uruchomienie pierwszej waloryzacji i w efekcie – w ogóle korzystanie z tej instytucji. Jak już wyżej wskazano, celem wprowadzenia art. 439 do ustawy Pzp było ustalanie zasad waloryzacji w umowie w taki sposób, by realnie można było z niej korzystać w razie zmiany cen lub kosztów na rynku. Postanowienia istotnie ograniczające możliwość dostępu do waloryzacji czynią tę instytucję pozorną i tym samym niezgodną zarówno z art. 439 ustawy Pzp, jak i z art. 353^1 kc. Dlatego Izba uznała treść § 12 ust. 6 lit. c) projektu umowy za naruszającą ww. przepisy i uwzględniła oba odwołania w tym zakresie nakazując Zamawiającemu wykreślenie tego postanowienia.

<u>Zarzut dotyczący waloryzacji - § 12a ust. 7 projektu umowy.</u>

Zgodnie z § 12a ust. 7 projektu umowy:

7. Waloryzacji podlegać będzie pozostała do wypłaty część wynagrodzenia. Kolejne zmiany wynagrodzenia będą następować na wniosek Wykonawcy nie częściej niż po upływie każdych następnych 6 miesięcy realizacji Umowy licząc od dnia złożenia pierwszego wniosku, po spełnieniu jednocześnie przesłanek, o których mowa w ust. 6 lit. a i lit. c, aż do osiągnięcia poziomu określonego w ust. 2 niniejszego paragrafu. Do wniosku o waloryzację wynagrodzenia Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć obliczenia wartości waloryzacji wynagrodzenia oraz wydruk odpowiedniej tabeli Biuletynu Statystycznego GUS.

Odwołujący Trakcja wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 12a ust. 7 projektu umowy w następujący sposób:

ust. 7: „Waloryzacji podlegać będzie pozostała do wypłaty część wynagrodzenia. Kolejne zmiany wynagrodzenia będą

następować na wniosek Wykonawcy nie częściej niż po upływie każdych następnych ~~6 miesięcy~~ **3 miesięcy** realizacji Umowy licząc – od dnia złożenia pierwszego wniosku **(w przypadku drugiej waloryzacji) bądź od dnia złożenia ostatniego wniosku o waloryzację (każda kolejna – po drugiej waloryzacji – waloryzacja)**, po spełnieniu jednocześnie przesłanek, o których mowa w ust. 6 lit. a ~~i lit. c~~, aż do osiągnięcia poziomu określonego w ust. 2 niniejszego paragrafu. Do wniosku o waloryzację wynagrodzenia Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć obliczenia wartości waloryzacji wynagrodzenia oraz wydruk odpowiedniej tabeli Biuletynu Statystycznego GUS."

Odwołujący PZPB wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 12a ust. 7projektu umowy w następujący sposób:

ust. 7: „Waloryzacji podlega pozostała do wypłaty część wynagrodzenia. Kolejne zmiany wynagrodzenia będą następować na wniosek Wykonawcy nie częściej **niż co 3 miesiące** licząc od dnia złożenia pierwszego wniosku po spełnieniu przesłanki z ust. 6 lit. a **oraz przy dalszej zmianie wskaźnika o co najmniej 1 % w stosunku do wartości przyjętej przy ostatniej waloryzacji**, aż do osiągnięcia poziomu określonego w ust. 2. Do wniosku o waloryzację Wykonawca przedkłada obliczenia wartości waloryzacji oraz wydruk odpowiedniej tabeli Biuletynu Statystycznego GUS".

Odwołujący Trakcja w uzasadnieniu odwołania podniósł, że: „*Istota wskazanej modyfikacji postanowień Umowy pozwoli na bieżące przywracanie ekwiwalentności świadczeń w oparciu o jasne i klarowne przesłanki, uwzględniające zarazem dotychczasowe elementy mechanizmu opracowanego przez Zamawiającego.*" Odwołujący Trakcja powołał się też na pandemię i wojnę w Ukrainie wskazując, że „*zrewidowały* [one] *i zredefiniowały nasze pojęcie stabilności i pewności obrotu prawnego. Dezaktualizacji ulegają kolejne sztywne mechanizmy umowne, tj. górne limity zmian wynagrodzenia umownego zastrzegane dotychczas w kontraktach. Klauzule te ustępują obecnie na rzecz rozwiązań elastycznych, które w adekwatny sposób reagują na coraz szybciej zmieniającą się rzeczywistość geopolityczną. (…) Zaproponowane zmiany umożliwią zarówno bezzwłoczne – bez nieuzasadnionego opóźnienia – a zarazem bez nadmiernych uciążliwości dla stron umowy korygowanie wynagrodzenia umownego wykonawcy w zależności od faktycznej sytuacji rynkowej, jak i zminimalizują (bądź w całości wykluczą) wystąpienie ryzyka powstania rażącej straty po stronie wykonawcy wobec wystąpienia nadzwyczajnych zmian okoliczności w toku realizacji umowy*."

Odwołujący PZPB poza wstępem odnoszącym się do zasad przeprowadzania waloryzacji i sformułowaniem żądania w ogóle nie odniósł się w odwołaniu w konkretny sposób do § 12a ust. 7 projektu umowy.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w art. 439 ustawy Pzp ustawodawca nie uregulował kwestii częstotliwości dokonywania waloryzacji w trakcie obowiązywania umowy. Określony przez Zamawiającego 6-miesięczny okres Izba uznała za wystarczający.

Po pierwsze, aktualna sytuacja rynkowa nie wskazuje na to, aby potrzebna była częstsza waloryzacja wynagrodzenia. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (i danych tych Odwołujący nie kwestionowali):

- aktualne prognozy Narodowego Banku Polskiego (projekcja lipcowa 2025) zakładają inflację na poziomie 3,90% w 2025 r. i 3,10% w 2026 r.,
- rynek budowlany ulega stabilizacji po okresie dynamicznych wzrostów w latach 2021–2023 i miesięczne wahania wskaźników cen materiałów i kosztów budowlanych nie uzasadniają konieczności kwartalnej waloryzacji. Jak pokazują dane GUS:

  „Według wstępnych danych w czerwcu 2025 r. ceny produkcji budowlano-montażowej utrzymały się na poziomie zbliżonym do notowanych w poprzednim miesiącu, wzrosły natomiast w porównaniu z czerwcem 2024 r. (o 2,9%). W czerwcu 2025 r. w stosunku do poprzedniego miesiąca odnotowano wzrost cen robót obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 0,1%), a ceny budowy budynków oraz robót budowlanych specjalistycznych utrzymały się na poziomie zbliżonym do notowanych w maju br. W porównaniu z czerwcem 2024 r. podniesiono ceny budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 3,1%), budowy budynków (o 2,9%), a także robót budowlanych specjalistycznych (o 2,8%)."

Jak wynika z ww. danych wzrosty cen na rynku budowlanym przy porównaniu rocznym oscylowały wokół 3%, natomiast przy porównaniu miesięcznym praktycznie nie ulegały zmianom (maj - czerwiec 2025). Nawet wzrost roczny na poziomie ok. 3% jest niższy niż wymagany w § 12a ust. 6 lit. a) projektu umowy wskaźnik na poziomie co najmniej 4%. Oznacza to stabilizację cen na rynku i co za tym idzie – brak podstaw do tego, by przewidywać możliwość dokonywania waloryzacji częściej niż co 6 miesięcy. Oczywiście zawsze istnieje jakieś ryzyko zaistnienia wydarzeń, które obecną stabilizację zaburzą, ale skoro w przewidywanym okresie do 31.10.2027 r. nie są znane żadne konkretne zagrożenia w tym zakresie, nie można zasadnie twierdzić, że niezbędne jest ustalanie częstotliwości waloryzacji na poziomie 3-miesięcznym. Tym samym nie jest niezbędne aż tak częste „bieżące przywracanie ekwiwalentności świadczeń", jakiego żądają Odwołujący. Ponadto słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, że wskaźnik, o którym mowa w § 12a ust. 4 projektu umowy jest ogłaszany z 2-miesięcznym opóźnieniem, co również czyni 3-miesięczną częstotliwość niezasadną, a ponadto finansowe interesy wykonawcy są objęte wsparciem w postaci zaliczki, o której mowa w § 4a projektu umowy.

Po drugie, Izba zgadza się z Zamawiającym, że proces waloryzacji wynagrodzenia wymaga podjęcia szeregu działań takich jak: analiza wniosku wykonawcy o waloryzację, weryfikacja obliczeń, uzyskanie dodatkowych wyjaśnień od

wykonawcy, uzyskanie opinii i zgody właściwych osób z księgowości i z kierownictwa Zamawiającego, zawarcie aneksu do umowy z wykonawcą. Są to działania o charakterze merytorycznym/analitycznym, ale też administracyjno-organizacyjnym, które będą absorbować pracowników Zamawiającego i będą wymagały czasu. Wszystko to powoduje, że zmodyfikowanie § 12a ust. 7 projektu umowy poprzez zmianę częstotliwości z 6-miesięcznej na 3-miesięczną mogłoby prowadzić do prawie nieprzerwanego cyklu obciążenia Zamawiającego pracami związanymi z każdą kolejną waloryzacją. Przy czym takie obciążenie nie byłoby istotnym argumentem przeciwko postulowanej przez Odwołujących zmianie, gdyby rzeczywiście sytuacja rynkowa wskazywała na konieczność dokonywania waloryzacji co 3 miesiące. Ale jak wskazano już wyżej, w świetle obecnych wyżej wskazanych wskaźników rynkowych nie ma podstaw do twierdzenia, że tak częsta waloryzacja jest niezbędna dla zachowania realnego dostępu do tej instytucji, dla dostosowania waloryzacji do przewidywanych zmian cen i dla racjonalnego rozkładu ryzyka pomiędzy strony umowy.

Z uwagi na wyżej wskazane okoliczności Izba stwierdziła, że nie jest zasadna zmiana § 12a ust. 7 projektu umowy w zakresie dotyczącym częstotliwości dokonywania waloryzacji, tj. zmiana z obecnych 6 miesięcy na postulowane w obu odwołaniach 3 miesiące.

Odrębną kwestią jest dostrzeżony przez Odwołującego Trakcja sposób sformułowania § 12a ust. 7 projektu umowy w zakresie liczenia każdych następnych 6 miesięcy między kolejnymi waloryzacjami. Zamawiający napisał bowiem w zdaniu drugim ww. postanowienia, że: „*Kolejne zmiany wynagrodzenia będą następować na wniosek Wykonawcy nie częściej niż po upływie każdych następnych 6 miesięcy realizacji Umowy licząc od dnia złożenia pierwszego wniosku, po spełnieniu jednocześnie przesłanek, o których mowa w ust. 6 lit. a i lit. c, aż do osiągnięcia poziomu określonego w ust. 2 niniejszego paragrafu*". W postanowieniu tym zatem z jednej strony nie ograniczono liczby możliwych waloryzacji, ale z drugiej strony przewidziano, że 6-miesięczny okres między nimi będzie liczony „*od dnia złożenia pierwszego wniosku*". Takie sformułowanie wyklucza w istocie dokonanie więcej niż dwóch waloryzacji, bo przy zachowaniu 6-miesięcznych odstępów czasowych, niemożliwe jest złożenie wniosku o trzecią waloryzację w terminie 6 miesięcy od dnia złożenia wniosku o pierwszą. W trakcie rozprawy Zamawiający stwierdził, że jego intencją było liczenie ww. okresów od złożenia pierwszego, a następnie od złożenia ostatniego wniosku o waloryzację, niemniej jednak intencja ta nie jest obecnie odzwierciedlona w treści § 12a ust. 7 projektu umowy. Dlatego Izba uwzględniła w tym zakresie odwołanie Odwołującego Trakcja i nakazała Zamawiającemu zmianę tego postanowienia w sposób przedstawiony w żądaniu Odwołującego Trakcja.

Jednocześnie Izba zgodziła się z wnioskami Odwołujących o wykreślenie z § 12aust. 7 projektu umowy odniesienia do ust. 6 lit. c), co jest konsekwencją uwzględnienia odwołań w zakresie zarzutu dotyczącego właśnie § 12a ust. 6 lit. c) projektu umowy.

Ponadto Izba oddaliła odwołanie Odwołującego PZPB w zakresie dotyczącym § 12a ust. 7 projektu umowy, ponieważ jak wskazano już wyżej, w odwołaniu Odwołujący nie zawarł żadnej szczegółowego uzasadnienia dotyczącego tego postanowienia. Odwołujący PZPB poprzestał na sformułowaniu konkretnych żądań co do oczekiwanych zmian tego postanowienia (częściowo zbieżnych z żądaniami Odwołującego Trakcja, dlatego Izba odnosiła się do nich łącznie), ale nie zmienia to faktu, że żądania Odwołującego PZPB nie zostały poparte żadną konkretną argumentacją. Tym samym odwołanie w tym zakresie jest ogólnikowe i nie może być uznane za zasadne, dlatego zostało oddalone.

Odwołanie o sygn. akt KIO 4103/25

Zarzut dotyczący waloryzacji - § 12a ust. 9 projektu umowy.

Zgodnie z § 12a ust. 9 projektu umowy:

9. W odniesieniu do wynagrodzenia, które zostało poddane waloryzacji w oparciu o ostatni opublikowany Biuletyn Statystyczny GUS w momencie złożenia wniosku, wysokość należnej Wykonawcy waloryzacji nie będzie podlegała zmianie. Raz ustalony Wskaźnik w danym miesiącu nie będzie podlegał aktualizacji.

Odwołujący Trakcja podniósł w odwołaniu, że: „*Obecna treść § 12a ust. 9 Projektu Umowy przewiduje w pierwszym zdaniu, że: „W odniesieniu do wynagrodzenia, które zostało poddane waloryzacji […] wysokość należnej Wykonawcy waloryzacji nie będzie podlegała zmianie." Skoro zgodnie z § 12a ust. 5 lit a) Projektu Umowy waloryzacja ma być przeprowadzana w odniesieniu do wynagrodzenia za zakres rzeczowy Umowy niezrealizowany do dnia poprzedzającego złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia, to – przy utrzymaniu obecnej treści § 12a ust. 9 Umowy – waloryzacja mogłaby nastąpić tylko jeden raz. Przedmiotem każdej kolejnej zmiany byłoby bowiem zawsze wynagrodzenie za zakres rzeczowy Umowy niezrealizowany – które to podlegało już waloryzacji przy pierwszej dokonywanej zmianie wysokości wynagrodzenia. Postanowienie § 12a ust. 9 Umowy podlega usunięciu także w zakresie zdania drugiego, które zakłada, że „Raz ustalony Wskaźnik w danym miesiącu nie będzie podlegał aktualizacji." i stanowi – wobec tej treści – element zbędny. Brak jest bowiem podstaw – tak na zasadach ogólnych, jak i wobec treści pozostałych postanowień Umowy – do wywodzenia, że raz ustalona wartość Wskaźnika miałaby (z wyjątkiem sytuacji, w której przy ustalaniu Wskaźnika dopuszczono by się błędu rachunkowego lub innej obiektywnej omyłki) podlegać*

zmianom".

W związku z tym Odwołujący Trakcja wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji § 12a ust. 9 projektu umowy poprzez jego wykreślenie.

Izba nie dopatrzyła się w § 12a ust. 9 projektu umowy treści wskazującej na dopuszczalność tylko jednej waloryzacji przez cały okres obowiązywania umowy. Przede wszystkim przeczy temu treść innych ustępów w § 12a, choćby wskazanego wyżej § 12a ust. 7, w którym mowa jest przecież o 6-miesięcznych odstępach czasowych między kolejnymi waloryzacjami, co samo w sobie stanowi potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza więcej niż jedną waloryzację. Nie można czytać § 12a ust. 9 w oderwaniu od pozostałych postanowień regulujących kwestię waloryzacji wynagrodzenia.

Ponadto jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: *„Podkreślić należy, iż zapis § 12a ust. 9 nie znosi prawa do kolejnych waloryzacji; stabilizuje jedynie, że dla danego miesiąca (wniosku) przyjmuje się wskaźnik z ostatniego opublikowanego Biuletynu GUS i nie dokonuje się retroaktywnych aktualizacji tego wskaźnika po kilku tygodniach. To eliminuje spory o „przeliczanie wstecz" i wzmacnia pewność obrotu – po obu stronach*". Stanowisko zamawiającego jest podyktowane m.in. faktem, że omawiany wskaźnik jest publikowany z 2-miesięcznym opóźnieniem, zatem zasadne jest ustalenie w projekcie umowy, że aktualny będzie wskaźnik z chwili złożenia wniosku o waloryzację, bez konieczności ponownego dokonywania przeliczeń w przypadku następczego ujawnienia innej wartości tego wskaźnika. Odwołujący Trakcja przyznał zresztą na rozprawie, że niezmienność raz ustalonego wskaźnika miesięcznego jest uzasadniona. Argumentacja zawarta w odwołaniu stanowi zatem, w ocenie Izby, nadinterpretację § 12a ust. 9 projektu umowy, niepopartą ani treścią samego tego postanowienia ani treścią innych postanowień projektu umowy. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odwołanie o sygn. akt KIO 4110/25

Zarzut dotyczący § 9 ust. 2 projektu umowy.

Zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Zgodnie z art. 462 ustawy Pzp:

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

2. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.

3. W przypadku zamówień na roboty budowlane oraz usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca podał nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli, podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, jeżeli są już znani. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach w odniesieniu do informacji, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje wymagane informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

4. Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 3:

1)w przypadku zamówień na dostawy oraz zamówień na usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego lub

2)dotyczących dalszych podwykonawców, lub

3)dotyczących dostawców uczestniczących w wykonaniu zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

5. W przypadkach, o których mowa w ust. 2 i 3 oraz ust. 4 pkt 1, zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia. Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy.

6. W przypadku, o którym mowa w ust. 5, jeżeli wobec podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił tego podwykonawcę pod rygorem niedopuszczenia podwykonawcy do realizacji części zamówienia

7. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 122 stosuje się odpowiednio.

8. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte

wykonanie tego zamówienia.

Zgodnie z § 9 ust. 2 projektu umowy:

2. Przed przystąpieniem do wykonania zamówienia Wykonawca zobowiązany jest podać nazwy, dane kontaktowe oraz przedstawicieli Podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi ŁI/Inżynierowi Kontraktu, jeżeli są już znani. Wykonawca zobowiązany jest zawiadamiać ŁI/Inżyniera Kontraktu o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazywać informację na temat nowych Podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych. Wykonawca jest zobowiązany do dokonania starannego wyboru Podwykonawców spośród podmiotów mających odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje w zakresie realizacji inwestycji o podobnej skali. Zatrudnienie Podwykonawcy nie zwolni Wykonawcy z odpowiedzialności za zgodne z niniejszą umową wykonanie przedmiotu umowy powierzonego Podwykonawcy. Ponadto Wykonawca jest zobowiązany sprawować stały nadzór nad realizacją przedmiotu umowy przez Podwykonawców, dalszych Podwykonawców, ich przedstawicieli lub pracowników i ponosi taką odpowiedzialność za ich działania lub zaniechania jak za własne działania lub zaniechania. Wykonawca na pisemne żądanie Zamawiającego/ŁI/Inżyniera Kontraktu ma obowiązek usunąć wskazanego przez Zamawiającego/ŁI/Inżyniera Kontraktu Podwykonawcę z terenu budowy, jeżeli Zamawiający/ŁI/Inżynier Kontraktu uzna, że dany Podwykonawca narusza w sposób rażący swoje zobowiązania, a w szczególności nie przestrzega przepisów prawa w tym BHP i ochrony środowiska. Przedmiotem Umowy o podwykonawstwo lub dalsze podwykonawstwo jest wyłącznie wykonanie, odpowiednio: robót budowlanych, dostaw lub usług, które ściśle odpowiadają częściom zamówienia określonego Umową, zawartą pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Zamawiający/ ŁI/Inżynier Kontraktu nie wyraża zgody na wprowadzenie na teren budowy Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy bez jego zgody. W przypadku wystąpienia takiej okoliczności Zamawiający naliczy karę na zasadach określonych w §13 ust. 1 pkt 11).

Odwołujący PZPB wskazał w odwołaniu, że: „*Postanowienie dopuszczające arbitralną i dyskrecjonalną decyzję zamawiającego odnośnie do dopuszczenia podwykonawcy (bez wskazania podstaw niedopuszczenia wynikających z ustawy) narusza art. 462 ust. 1 Pzp oraz stanowi obejście art. 121 Pzp. (…) Zamawiający może zastrzec osobiste wykonanie wyłącznie w odniesieniu do niektórych zadań wchodzących w zakres zamówienia, po drugie muszą być to zadania kluczowe dla realizacji zamówienia, zaś zastrzeżenie to musi być uzasadnione specyfiką, czy też szczególnie specjalistycznym charakterem zamówienia, a jednocześnie nie może w sposób nieuzasadniony, prowadzić do ograniczenia konkurencji. Uprawnienie zamawiającego zawarte w PPU do dyskrecjonalnego niewyrażenia zgody na konkretnego podwykonawcę stanowi obejście dyspozycji art. 121 Pzp. (…) Zamawiający nie jest uprawniony do rozszerzania zasad badania sytuacji podmiotowej podwykonawców w stosunku do zakresu wynikającego z art. 462 ust. 6 Pzp. Zaznaczyć należy, że ust. 5 przepisu odsyła do ust. 2 i 3 oraz do ust. 4, ale jedynie w części, tj. pkt 1. Oznacza to, że podstawy wykluczenia mogą być badane tylko wobec podwykonawców - natomiast uprawnienie takie nie przysługuje już wobec dalszych podwykonawców*”. W związku z tym Odwołujący PZPB wniósł o modyfikację projektu umowy poprzez wykreślenie ww. postanowienia w kwestionowanym zakresie (tj. wykreślenie ostatnich dwóch zdań w § 9 ust. 2).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że: „*Zaskarżony zapis umowy nie stanowi ograniczenia prawa wykonawcy do powierzenia części zamówienia podwykonawcom, lecz reguluje zasady organizacyjne dopuszczenia osób trzecich do terenu budowy. Jego celem jest zapewnienie bezpieczeństwa, ładu organizacyjnego i możliwości sprawowania nadzoru inwestorskiego nad robotami prowadzonymi na terenie budowy*”. Powołał się na art. 462 ust. 1, 4 i 8 ustawy Pzp i wskazał, że: „*Z tych przepisów wynika, że zamawiający posiada ustawowe prawo kontroli nad podmiotami uczestniczącymi w realizacji zamówienia, w tym także w zakresie organizacyjnym i bezpieczeństwa robót budowlanych*”. Dodatkowo Zamawiający powołał się na art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 18 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo budowlane, § 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 6.02.2003 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych przy robotach budowlanych oraz art. 647^1 § 5 kc i wskazał, że: „*Aby Zamawiający mógł wywiązać się z tych obowiązków na etapie realizacji umowy, musi mieć wiedzę, kto przebywa i wykonuje prace na terenie budowy oraz czy dana osoba/podmiot spełnia wymagania bezpieczeństwa i kwalifikacji. Natomiast na etapie akceptacji umowy o podwykonawstwo pozwala to na zachowanie przez Zamawiającego kontroli wypłaty wynagrodzenia dla tego podwykonawcy przez generalnego wykonawcę. Ma to zabezpieczyć interes zamawiającego przed ewentualnym roszczeniem podwykonawcy, a nie weryfikacji jego kwalifikacji. Postanowienie ma więc charakter porządkowy i organizacyjny, a nie materialny w rozumieniu przepisów o podwykonawstwie. Nie stanowi ono faktycznego zakazu korzystania podwykonawców, lecz nakłada na wykonawcę obowiązek poinformowania i uzyskania zgody na dopuszczenie konkretnego podwykonawcy do robót*”.

Odnosząc się do powyższej argumentacji należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp przewidują zasady, wg których zamawiający może wpływać na powierzanie wykonania części zamówienia podwykonawcom. Przede wszystkim art. 121 ustawy Pzp wskazuje na możliwość ograniczenia podwykonawstwa poprzez wskazanie w SWZ zadań

kluczowych, które muszą być wykonane osobiście przez wybranego wykonawcę. Ponadto w myśl art. 462 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może badać, o ile przewidział to w dokumentach zamówienia, czy zachodzą wobec danego podwykonawcy przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109 ustawy Pzp. Wreszcie art. 464 ustawy Pzp wskazuje procedurę akceptowania przez zamawiającego projektów umów, które wykonawca lub podwykonawca zamierza zawrzeć z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami.

Powyższe regulacje wynikające z przepisów ustawy Pzp nie wyczerpują wszystkich kwestii, jakie powstają na linii: zamawiający – wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca. Zamawiający jako inwestor ma też bowiem określone obowiązki, które spoczywają na nim zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 418 ze zm.). W tym zakresie Izba zgadza się z Zamawiającym, że do jego obowiązków jako inwestora należy zapewnienie bezpieczeństwa, ładu organizacyjnego i możliwości sprawowania nadzoru inwestorskiego nad robotami prowadzonymi na terenie budowy. Izba rozumie też, że niezależnie od kwestii, które podlegają badaniu przez Zamawiającego w oparciu o przepisy ustawy Pzp, Zamawiający nie może dopuścić do wykonywania robót przez podmiot, który np. kieruje do pracy osoby nie posiadające odpowiednich uprawnień, nie przestrzega zasad BHP (np. nie zapewnia strojów ochronnych) czy nie przestrzega wymagań BIOZ.

Problem polega na tym, że cała ta argumentacja w ogóle nie znajduje odzwierciedlenia w treści § 9 ust. 2 projektu umowy. W postanowieniu tym Zamawiający w żaden sposób bowiem nie określił, nawet przykładowo, w jakich sytuacjach zamierza nie wyrażać zgody na wprowadzenie na teren budowy podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. Szczególnie jest to widoczne na tle innego zdania w tym samym § 9 ust. 2 o treści: „Wykonawca na pisemne żądanie Zamawiającego/ŁI/Inżyniera Kontraktu ma obowiązek usunąć wskazanego przez Zamawiającego/ŁI/Inżyniera Kontraktu Podwykonawcę z terenu budowy, jeżeli Zamawiający/ŁI/Inżynier Kontraktu uzna, że dany Podwykonawca narusza w sposób rażący swoje zobowiązania, a w szczególności nie przestrzega przepisów prawa w tym BHP i ochrony środowiska". W zdaniu tym Zamawiający wskazał, jakie czynniki będą skutkować usunięciem podwykonawcy z terenu budowy. Natomiast w kwestionowanym zdaniu: „Zamawiający/ ŁI/Inżynier Kontraktu nie wyraża zgody na wprowadzenie na teren budowy Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy bez jego zgody", nie ma żadnego dookreślenia, z jakich powodów Zamawiający może nie wyrazić zgody na wprowadzenie podwykonawcy na teren budowy. Bez względu zatem na intencje Zamawiającego w tej sprawie, faktem jest, że nie zostały one wyrażone w § 9 ust. 2 umowy.

W związku z tym Izba uznała za zasadny zarzut, zgodnie z którym kwestionowane zdanie w § 9 ust. 2 projektu umowy pozwala Zamawiającemu na podejmowanie dyskrecjonalnych decyzji co do tego, który podwykonawca lub dalszy podwykonawca nie będzie mógł zostać wpuszczony na teren budowy, co może prowadzić do obchodzenia przepisów dotyczących podwykonawstwa. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Izba nakazała wykreślenie ostatnich dwóch zdań w § 9 ust. 2 projektu umowy (tj. kwestionowanego zdania i w konsekwencji – zdania dotyczącego kary umownej za wprowadzenie podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na teren budowy bez zgody Zamawiającego).

<u>Zarzut dotyczący § 9 ust. 3 lit. e) projektu umowy.</u>

Zgodnie z art. 465 ust. 1-5 i 8 ustawy Pzp,

1. W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.
2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.
3. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.
4. Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo.
5. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 4, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może:
1)nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca

wykaże niezasadność takiej zapłaty albo

2)złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo

3)dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

8. Do zasad odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 5 kc: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie z art. 353^1 kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zgodnie z § 9 ust. 3 lit. e) projektu umowy:

3. We wszystkich umowach o podwykonawstwo między Wykonawcą a Podwykonawcą lub dalszym Podwykonawcą należy wskazać wartość i zakres zlecanych robót oraz zawrzeć poniższe zapisy:

e) W przypadku umów z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą Zamawiający/ ŁI/Inżynier Kontraktu nie wyraża zgody na postanowienia umów z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami przewidujące możliwość wniesienia lub ustanowienie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę na rzecz Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci kaucji gwarancyjnej, której zapłata nastąpi poprzez zatrzymanie lub potrącenie kwot zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wynagrodzenia należytego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy bądź w innej formie skutkującej brakiem zapłaty lub całości wynagrodzenia należytego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy.

Odwołujący PZPB podniósł, że: *„Art. 465 ust. 4 zd. 3 Pzp wprowadza ustawowy zakaz, (skuteczny erga omnes) potrącenia roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo. Jest to przypadek wyłączenia potrącenia na podstawie przepisu szczególnego (art. 505 pkt 4 KC), służącego ochronie strony pasywnej (podwykonawcy) w celu zagwarantowania jej otrzymania efektywnego świadczenia obejmującego wynagrodzenia od wykonawcy lub zamawiającego. A contrario przewidywanie potrąceń roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy związanych z realizacją umowy o podwykonawstwo jest dopuszczalne i zgodne z ustawą Pzp. Ograniczenie przez Zamawiającego tego uprawnienia wykonawcy jest nieproporcjonalne, a nadto powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych*". W związku z tym Odwołujący PZPB wniósł o modyfikację projektu umowy poprzez wykreślenie ww. postanowienia.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że: *„Przedmiotowy zapis ma na celu zapewnienie rzeczywistej wypłaty pełnego wynagrodzenia podwykonawcom, a tym samym ochronę interesu zarówno podwykonawców, jak i Zamawiającego, który na mocy art. 465 ust. 1 pzp w zw. z art. 647^1 § 5 KC ponosi solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Zatrzymanie części wynagrodzenia podwykonawcy przez Wykonawcę tytułem tzw. „kaucji gwarancyjnej" w rzeczywistości prowadzi do nieuiszczenia części wynagrodzenia, a nie do ustanowienia zabezpieczenia w sensie prawnym. Skutkiem tego jest powstanie po stronie Zamawiającego ryzyka zapłaty tej samej kwoty podwykonawcy w ramach solidarnej odpowiedzialności*". Zamawiający przytoczył też fragmenty wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12.09.2019 r. o sygn. akt V CSK 324/18 i uchwały Sądu Najwyższego z dnia 29.06.1995 r. o sygn. akt III CZP 66/95, a także powołał się i załączył wyroki Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi z dnia 18.10.2023 r. o sygn. akt XII GC 456/23 oraz Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 29.11.2024 r. o sygn. akt XIII Ga 146/24.

W pierwszej kolejności odnosząc się do argumentacji Odwołującego PZPB zawartej w odwołaniu należy zauważyć, że art. 465 ust. 4 ustawy Pzp w zdaniu: „W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo", dotyczy sytuacji zgłoszenia przez wykonawcę uwag co do zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przez zamawiającego i wprowadza ograniczenie polegające na tym, że uwagi te nie mogą dotyczyć podstaw do potrącenia roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo. Ograniczenie to ma zatem charakter przedmiotowy, natomiast przepis nie reguluje kwestii zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą, w tym kwestii tego, w

jakiej formie zabezpieczenie takie może być ustalone. Tym samym treść art. 465 ust. 4 ustawy Pzp nie podważa zasadności ustanowienia zakazu zawartego w § 9 ust. 3 lit. e) projektu umowy, bo nie dotyczy istoty kwestii uregulowanej w tym postanowieniu.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie Odwołujący PZPB podniósł na rozprawie, że w świetle art. 465 ustawy Pzp odpowiedzialność jaką ponosi zamawiający (wraz z wykonawcą) za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy jest odpowiedzialnością in solidum (opartą na różnych podstawach prawnych), nie zaś odpowiedzialnością solidarną. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego z uwagi na treść art. 465 ust. 8 ustawy Pzp, który w zakresie zasad odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych odsyła do przepisów kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Przy czym przepisy ustawy Pzp nie regulują tej kwestii, zatem zastosowanie znajduje art. 647^1 § 1 kc, zgodnie z którym: „Inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych (…)". Odesłanie w art. 465 ust. 8 ustawy Pzp do przepisów kc - w tym art. 647^1 § 1 kc powoduje więc, że odpowiedzialność zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy jest odpowiedzialnością solidarną ponoszoną wraz z wykonawcą. Niezależnie jednak nawet od wykładni art. 465 ust. 8 ustawy Pzp podkreślić należy, że w omawianym zakresie zamawiający jednoznacznie ponosi odpowiedzialność solidarną na podstawie art. 647^1 § 1 i § 5 kc - jako inwestor. Tym samym, abstrahując nawet od kwestii interpretacji zasad odpowiedzialności zamawiającego w świetle przepisów ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że jego odpowiedzialność - jako inwestora - jest odpowiedzialnością solidarną w świetle przepisów kc.

Przechodząc zatem do treści § 9 ust. 3 lit. e) projektu umowy należy zauważyć, że przewiduje on zakaz ustanowienia przez podwykonawcę (lub dalszego podwykonawcę) na rzecz wykonawcy takiego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które polegać będzie na zatrzymaniu lub potrąceniu kwot tego zabezpieczenia z wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (w ww. postanowieniu dwukrotnie wadliwie wpisano „należytego" zamiast „należnego" w stosunku do wynagrodzenia). W tym miejscu należy wyjaśnić, że z kaucją gwarancyjną mamy do czynienia wtedy, gdy podmiot dający kaucję, na podstawie odrębnej umowy lub zastrzeżenia w umowie o roboty budowlane, przekazuje tytułem zabezpieczenia określoną ilość pieniędzy na rachunek biorącego i w razie niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia biorący kaucję może zaspokoić się z tejże kwoty przekazanej tytułem kaucji. W przypadku zaś należytego wykonania umowy biorący kaucję zobowiązany jest zwrócić ją dającemu. Tak ustanowiona kaucja stanowi środki odrębne od wynagrodzenia przysługującego dającemu kaucję za wykonanie umówionego świadczenia, dlatego inwestor nie ponosi odpowiedzialności za jej wypłatę. Inaczej rzecz się ma w przypadku zabezpieczenia, które polega na zatrzymaniu lub potrąceniu umówionej kwoty z wynagrodzenia należnego dającemu kaucję (np. z każdej faktury). Zabezpieczenie takie nie stanowi odrębnej od wynagrodzenia kwoty, ale jest jego częścią, co powoduje, że w razie należytego wykonania świadczenia i braku zwrotu przez wykonawcę zatrzymanych czy potrąconych wcześniej z wynagrodzenia kwot, odpowiedzialność solidarną za tę część wynagrodzenia ponosi inwestor (zamawiający). Tym samym taki sposób zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie stanowi w istocie kaucji gwarancyjnej (mimo potocznego używania tej nazwy w wielu umowach), gdyż mimo spełniania podobnej do niej funkcji kwota zatrzymana czy potrącana tytułem zabezpieczenia stanowi część wynagrodzenia podwykonawcy, co jak wskazano już wyżej - w przeciwieństwie do „prawdziwej" kaucji gwarancyjnej - powoduje, że zamawiający jako inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą za jego wypłatę temuż podwykonawcy (lub dalszemu podwykonawcy).

Bardzo klarownie wyjaśnił tę różnicę Sąd Najwyższy w powołanym przez Zamawiającego wyroku o sygn. akt V CSK 324/18: „*Dający kaucję przekazuje określoną kwotę pieniędzy na rachunek biorącego, a biorący jest uprawniony do zaspokojenia swoich interesów w przypadku niespełnienia świadczenia w terminie przez zobowiązanego lub do zwrotu kaucji w razie spełnienia tego świadczenia. Z tych względów kaucją gwarancyjną nie jest zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie, gdyż nie ma wówczas przekazania środków pieniężnych na rachunek uprawnionego z zabezpieczenia wykonania świadczenia. Taka sama sytuacja wystąpi, gdy zatrzymanie części wynagrodzenia nazwie się potrąceniem kwoty należnej do zabezpieczenia. W odniesieniu do umów o roboty budowlane jest to zatrzymanie części wynagrodzenia należnego podwykonawcom na rachunku wykonawcy z pozostawieniem odpowiedzialności jego wraz z inwestorem (…). Daje to jakby podwójną korzyść wykonawcy, ale nie realizuje funkcji kaucji gwarancyjnej ani umowy gwarancji jako takiej.* (…) *Ma więc słuszność Sąd Apelacyjny, że brak jest podstaw do utożsamiania kaucji gwarancyjnej z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy polegającym na zatrzymaniu wynagrodzenia na określony czas. To, że zatrzymane wynagrodzenie pełni podobną funkcję zabezpieczającą jak kaucja gwarancyjna lub gwarancja nie oznacza, że mają ten sam charakter prawny, jak wcześniej to zostało wykazane*". Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy:

- w wyroku z dnia 25.05.2016 r. o sygn. akt V CSK 481/15 stwierdzając m.in.: „*W tych okolicznościach zatrzymane*

wynagrodzenie pełniło funkcję zbliżoną do kaucji gwarancyjnej, zabezpieczając roszczenia z tytułu nienależytego wykonania umowy i taki też był zgodny cel i zamiar stron umowy. Strony dla realizacji założonych przez siebie celów, mogą korzystać z różnych instrumentów prawnych. W analizowanym przypadku, zatrzymanie wynagrodzenia nie spełniało wymogów konstrukcyjnych umowy kaucji gwarancyjnej, skoro nie doszło do przeniesienia własności środków pieniężnych przez powódkę na rzecz generalnego wykonawcy".

- w wyroku z dnia 23 marca 2018 r. o sygn. akt I CSK 349/17stwierdzając m.in.: „*W piśmiennictwie umowę kaucji uznaje się za umowę realną, na podstawie której dłużnik przenosi na własność wierzyciela pieniądze lub inne rzeczy zamienne celem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń, jakie mogą powstać z istniejącego między nimi stosunku prawnego. Realny i zabezpieczający charakter umowy kaucji akcentuje się również w judykaturze (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 r., V CSK 204/10, i z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 481/15). Posłużenie się przez strony w umowie pojęciami „kaucja gwarancyjna", „kaucja na zabezpieczenie", „kaucja z tytułu dobrego wykonania umowy" itp. nie przesądza, że w okolicznościach sprawy doszło do zawarcia umowy kaucji we wspomnianym znaczeniu. Zbliżone funkcje do kaucji może bowiem realizować regulacja umowna odraczająca termin zapłaty części wynagrodzenia*".

Przy czym, jak wskazano już wyżej, rozróżnienie między „prawdziwą" kaucją gwarancyjną a zatrzymaniem czy potrącaniem przez wykonawcę kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy (lub dalszego podwykonawcy) jest o tyle istotne, że w pierwszym przypadku zamawiający jako inwestor nie odpowiada wobec podwykonawcy solidarnie z wykonawcą za kwotę wniesioną tytułem kaucji, natomiast w drugim przypadku taka solidarna odpowiedzialność po stronie zamawiającego za część zatrzymanego czy potrąconego wynagrodzenia powstaje. Potwierdzają to także wyroki Sądu Najwyższego i Sądu Okręgowego w Łodzi, w których stwierdzono:

- „*Kluczowym zagadnieniem w sprawie, w której wniesiono skargę, było rozstrzygnięcie, czy powódka dochodzi części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, czy też zwrotu kaucji gwarancyjnej, która nie jest roszczeniem, za które odpowiada inwestor, zgodnie z art. 647^1 § 5 KC*" (SN - sygn. akt V CSK 481/15 z dnia 25.05.2016 r.),
- „*W ocenie Sądu całokształt okoliczności sprawy prowadził do wniosku, iż zatrzymane przez pozwanego kwoty nie utraciły swojego pierwotnego charakteru wynagrodzenia umownego. Przysługujące powodowi roszczenie dotyczyło zapłaty pozostałej części wynagrodzenia, a nie zwrotu kwot wpłaconych wykonawcy, jako gwarancja. W ocenie Sądu inna interpretacja prowadziłaby do nieuzasadnionego ograniczenia odpowiedzialności inwestora, względem podwykonawcy, który ponosi odpowiedzialność za zapłatę całego wynagrodzenia. Niezbędnym było w tym miejscu zwrócenie uwagi również na to, iż powód wszystkie zlecone mu prace wykonał, bez zastrzeżeń zarówno ze strony generalnego wykonawcy jak i inwestora i nie otrzymał całości należnego wynagrodzenia. Przyjęcie, iż powyższe nie jest objęte odpowiedzialnością inwestora, w rzeczywistości pozostawałoby w sprzeczności z istotą regulacji art. 647^1 k.c., która miała za cel ochronę podwykonawców i gwarantować uzyskanie całości należnego wynagrodzenia*" (SO w Łodzi - sygn. akt XIII Ga 146/24).

Skoro zatem Izba ustaliła, że Zamawiający ponosi wspólnie z wykonawcą odpowiedzialność solidarną za wypłatę wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (na podstawie art. 647^1 kc, a także na podstawie odsyłającego do niego art. 465 ust. 8 ustawy Pzp), to konsekwencją jest też ustalenie, że w razie ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na rzecz wykonawcy poprzez zatrzymanie czy potrącanie kwot zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy, istnieje ryzyko że w ramach wspomnianej odpowiedzialności Zamawiający będzie musiał wypłacić podwykonawcy (lub dalszemu podwykonawcy) część należnego mu wynagrodzenia. W razie bowiem braku zwrotu przez wykonawcę zatrzymanej czy potrąconej części wynagrodzenia podwykonawcy to Zamawiający obarczony będzie obowiązkiem zapłaty zgodnie z zasadami odpowiedzialności solidarnej. Rodzi to też po stronie Zamawiającego ryzyko podwójnej wypłaty części wynagrodzenia: wykonawcy i podwykonawcy (lub dalszemu podwykonawcy).

W ocenie Izby Zamawiający ma prawo sformułować postanowienia projektu umowy w taki sposób, aby tego ryzyka uniknąć. Należy bowiem zauważyć, że kwestionowane postanowienie § 9 ust. 3 lit. e) projektu umowy nie wyłącza prawa wykonawcy do ustanowienia na jego rzecz zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a jedynie wyłącza formę tego zabezpieczenia polegającą na zatrzymaniu lub potrąceniu kwot zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy. Wykonawca wciąż może jednak ustanowić zabezpieczenie w postaci np. „prawdziwej" kaucji gwarancyjnej, gwarancji bankowej czy gwarancji ubezpieczeniowej. Kwestionowane postanowienie nie niweczy zatem celu, dla którego podwykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy, a jedynie wyłącza jedną z form jego wniesienia. Jednocześnie wyłączenie takie nie likwiduje odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego za wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy, natomiast ogranicza możliwości niewypłacenia pełnego wynagrodzenia przez wykonawcę, co jest korzystne również dla podwykonawcy i co – raz jeszcze należy to podkreślić – nie wyłącza ustanowienia na rzecz wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w innych formach. Dlatego też, w ocenie Izby, treść § 9 ust. 3 lit. e) projektu umowy nie wykracza poza zasadę swobody umów wynikającą z art. 353^1 kc i nie jest sprzeczna ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa lub z zasadami współżycia społecznego, o

których mowa w art. 5 kc. W związku z tym odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępującego Trakcja przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W sprawie KIO 4103/25 Izba uwzględniła dwa zarzuty dotyczące§ 12a ust. 6 lit. c) oraz § 12a ust. 7 w części dotyczącej sposobu obliczania terminu 6 miesięcy przy kolejnych waloryzacjach, natomiast oddaliła trzy zarzuty dotyczące oznaczenia terminu realizacji zamówienia datą dzienną, § 12a ust. 7 w części dotyczącej częstotliwości dokonywania waloryzacji oraz § 12a ust. 9 projektu umowy. Oznacza to, że Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 2/5, a Odwołujący Trakcja – w części 3/5.

W sprawie KIO 4110/25 Izba uwzględniła dwa zarzuty dotyczące § 12a ust. 6 lit. c) oraz § 9 ust. 2, natomiast oddaliła trzy zarzuty dotyczące oznaczenia terminu realizacji zamówienia datą dzienną, § 12a ust. 7 (w całości) oraz § 9 ust. 3 lit. e) projektu umowy. Oznacza to, że analogicznie jak w sprawie KIO 4103/25 - Zamawiający odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w części 2/5, a Odwołujący PZPB – w części 3/5.

W każdej z ww. spraw na koszty postępowania odwoławczego składa się wpis od odwołania w wysokości 20 000 zł i wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł (Zamawiający nie składał rachunków ani spisu kosztów), co razem daje kwotę 23 600 zł. Tym samym Zamawiający w każdej z ww. spraw odpowiada za koszty postępowania odwoławczego w wysokości 9 440 zł (2/5 z 23 600 zł), a każdy Odwołujący - w wysokości 14 160 zł (3/5 z 23 600 zł).

Odwołujący Trakcja poniósł dotychczas koszty w wysokości 23 600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 14 160 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien ponieść je w wysokości 9 440 zł.

Również Odwołujący PZPB poniósł dotychczas koszty w wysokości 23 600 zł (wpis od odwołania + wynagrodzenie pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 14 160 zł. Zamawiający nie poniósł dotychczas żadnych kosztów, a powinien ponieść je w wysokości 9 440 zł.

Wobec powyższego zasadny jest zwrot kosztów od Zamawiającego na rzecz każdego Odwołującego w wysokości 9 440 zł, co skutkować będzie poniesieniem kosztów przez każdą ze Stron w wysokości adekwatnej do wyniku postępowania odwoławczego (23 600 – 14 160 = 9 440).

Przewodnicząca ...……