Sygn. akt: KIO 796/26

WYROK

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2026 r. przez wykonawcę **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez: **Park Naukowo-Technologiczny w Opolu sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole,**

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9 i 10 oraz zarzutu nr 5 w zakresie § 25 ust. 3 pkt 1, pkt 3 do słów: „nie mniej jednak niż", pkt 4 do słów: „nie mniej jednak niż" i ust. 4,

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

3.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

3.1. 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 zamawiającego,

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

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 796/26

UZASADNIENIE

Zamawiający – Park Naukowo-Technologiczny w Opolu sp. z o.o., ul. Technologiczna 2, 45-839 Opole, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Budynku Wysokich Technologii IT wraz z Centrum Przetwarzania Danych w Parku Naukowo-Technologicznym w Opolu sp. z o. o.", numer referencyjny: B-01-2026. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.02.2026 r., nr 28/2026 93940-2026.

W dniu 20.02.2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (dalej: „Odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 w zw. z art. 436 pkt 1 art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", w zw. z art. 5 i art. 353^1 kodeksu cywilnego (dalej: „kc") poprzez określenie terminu realizacji zamówienia w dacie sztywnej, czyniąc go niemożliwym do przewidzenia na etapie składania ofert, a w konsekwencji również powodując ryzyko braku możliwości jego dotrzymania, co narusza równowagę stron umowy oraz stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego jako podmiotu kształtującego postanowienia umowy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji zamówienia - § 17 ust. 2 PPU oraz pkt 4 SWZ,

2)art. 431, art. 453 ust. 1 i 2 oraz art. 16 ustawy Pzp oraz art. 647, art. 654, art. 5, art. 353^1, art. 568 § 1, art. 577 § 4, art. 354 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Projektowanych Postanowień Umownych (dalej: PPU) postanowień uzależniających: powstanie obowiązku Zamawiającego odbioru dokumentacji projektowej i zapłaty części oraz całości wynagrodzenia wykonawcy od usunięcia wszelkich wad i zastrzeżeń co do przedmiotu umowy, niezależnie od ich istotności oraz charakteru, co sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron, w warunkach nadużycia prawa podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego – § 4 ust. 6 oraz ust. 7 pkt 1) lit. a) PPU,

3)art. 431, art. 453 ust. 1 i 2 oraz art. 16 ustawy Pzp oraz art. 647, art. 654, art. 5, art. 353^1, art. 568 § 1, art. 577 § 4, art. 354 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do Projektowanych Postanowień Umownych (dalej: PPU) postanowień uzależniających: powstanie obowiązku Zamawiającego odbioru robót budowlanych i zapłaty części oraz całości wynagrodzenia wykonawcy od usunięcia wszelkich wad i zastrzeżeń co do przedmiotu umowy, niezależnie od ich istotności oraz charakteru, co sprzeciwia się właściwości (naturze) umowy o roboty budowlane, naruszając bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, równowagę stron, w warunkach nadużycia prawa

podmiotowego do samodzielnego kształtowania warunków umowy przez Zamawiającego – § 17 ust. 4, § 18 ust. 3 - 4 PPU oraz pozostałych,

4)art. 439 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc poprzez sformułowanie w ramach Projektowanych Postanowień Umownych klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom art. 439 ustawy Pzp, w sposób sprzeczny z celem tej regulacji, jakim jest przywrócenie ekonomicznej równowagi kontraktowej stron oraz w sposób stanowiący obejście tej regulacji - § 21 ust. 2 PPU,

5)art. 16 w zw. z art. 433 pkt 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 kc w zw. z art. 473 § 1 kc w zw. z art. 483 kc w zw. z art. 484 § 2 kc poprzez:

a) zastrzeżenie w ramach Projektowanych Postanowień Umownych kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości oraz podwójnego karania za to samo zdarzenie, co narusza równowagę stron umowy, wymuszając na wykonawcach konieczność uwzględnienie (doliczania) dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego skalkulowania, ryzyk w ramach ceny ofertowej,

b) zastrzeżenie górnego limitu kar umownych w wysokości 25% wynagrodzenia netto, który ma charakter rażąco wygórowany, nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją zamówienia oraz mogący prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, a także niespotykanym w realiach rynkowych,

- § 25 ust. 3 pkt. 1) – 4), pkt. 8) oraz ust. 4 PPU,

6)art. 99 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 kc poprzez zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i obowiązki wykonawcy i jednocześnie przerzucenie na wykonawców ryzyka braku kompletności Opisu Przedmiotu Zamówienia - § 3 ust. 6 PPU,

7)art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 kc, poprzez zastosowanie w Projektowanych Postanowieniach Umownych postanowień umownych naruszających równowagę stron umowy - § 41 ust. 4 pkt. 5) lit. g) PPU,

8)art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 kc, poprzez zastosowanie w Projektowanych Postanowieniach Umownych postanowień umownych naruszających równowagę stron umowy - § 41 ust. 2 PPU,

9)art. 16 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 kc, a także art. 433 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron – § 41 ust. 1 pkt. 9) lit. b) PPU,

10)art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika projektu w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także niewyznaczający minimalnego poziomu zdolności wymaganej do wykonania zamówienia, a w konsekwencji w sposób niezasadny ograniczający konkurencyjność postępowania, poprzez dopuszczenie doświadczenia wyłącznie w roli Kierownika Projektu/Menadżera Projektu/Kierownika Kontraktu i pominięcie doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy, pomimo iż Zamawiający wymaga doświadczenia w kierowaniu zespołem ludzi sprawujących wykonawstwo realizacji zakończonej inwestycji polegającej na budowie i/lub przebudowie obiektu, którą to funkcję najczęściej pełni Kierownik budowy.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian dokumentów zamówienia w sposób opisany w odwołaniu.

W dniu 30.03.2026 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, jednocześnie informując o dokonanych zmianach postanowień projektu umowy, w tym o zmianie § 41 ust. 1 pkt 9 lit. b) poprzez dodanie słów: „o wartości nie większej niż 20% łącznego wynagrodzenia umownego netto" zgodnie z żądaniem Odwołującego (zarzut nr 9).

Pismem z dnia 03.04.2026 r. Odwołujący poinformował o podtrzymaniu zarzutów nr 1, 4 i 5 oraz o wycofaniu pozostałych zarzutów w zakresie, „w jakim nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego".

Pismem z dnia 06.04.2026 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu kolejnych zmian projektu umowy, w tym w zakresie § 17 ust. 2, w którym usunął słowa: „lecz nie dłużej niż do 31.05.2028 r." zgodnie z żądaniem Odwołującego (zarzut nr 1).

W dniu 07.04.2026 r. na posiedzeniu Odwołujący podtrzymał stanowisko co do zarzutu nr 4 w całości oraz cofnął zarzut nr 5 w zakresie § 25 ust. 3 pkt 1, pkt 3 do słów: „nie mniej jednak niż", pkt 4 do słów: „nie mniej jednak niż" i ust. 4.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu:

- na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp jako zbędne, w zakresie zarzutów nr 1 i nr 9, gdyż zmiany projektu umowy dokonane przez Zamawiającego powodują, że brak jest tzw. substratu zaskarżenia objętego tymi zarzutami,
- na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie zarzutów nr 2, nr 3, nr 6, nr 7, nr 8, nr 10 i nr 5 w zakresie § 25 ust. 3 pkt 1, pkt 3 do słów: „nie mniej jednak niż", pkt 4 do słów: „nie mniej jednak niż" i ust. 4 z powodu wycofania ich przez Odwołującego.

Tym samym rozpoznaniu przez Izbę podlega:

- zarzut nr 4 w całości,
- zarzut nr 5 w zakresie § 25 ust. 3 pkt 2, pkt 3 od słów: „nie mniej jednak niż", pkt 4 od słów: „nie mniej jednak niż" i pkt 8 projektu umowy.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron 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 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.

Zarzut nr 4 dotyczący waloryzacji.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 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.

Zgodnie z pierwotną treścią § 21 ust. 2 projektu umowy: Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 1, będzie mogła zostać dokonana w przypadku, gdy średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszany w Monitorze Polskim w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w roku odebrania Przedmiotu umowy wyniesie powyżej 110 (wzrost cen o 10%).

W dniu 27.03.2026 r. Zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia poprzez zmianę wzrostu cen o 10% na 7,2%, a następnie w dniu 06.04.2026 r. – na 4,8%.

Odwołujący w odwołaniu wskazał m.in.: „*Ustanowiona przez Zamawiającego wartość graniczna od której w ogóle będzie miała zastosowanie waloryzacja na poziomie 10% jest, w obecnych realiach rynkowych, wartością niemożliwą do osiągnięcia. Tak ukształtowana przez Zamawiającego wartość graniczna na poziomie 10%, może nigdy nie wystąpić, a biorąc po uwagę doprowadzić do znacznych strat po stronie Wykonawców. Wskazać należy, że przyjęta w projekcie umowy wysokość wskaźnika skutkująca możliwością zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy jest nierynkowa, nierealna do osiągnięcia i całkowicie uniemożliwia powoływanie się przez Wykonawcę na umowną waloryzacje wynagrodzenia w toku realizowanych robót. W ocenie Odwołującego właściwym poziomem byłby tu poziom 0,5%. Zgodnie z informacjami podanymi w czterech ostatnich komunikatach z ogłoszonych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, wskaźnik w ciągu ostatnich 4 kwartałów wzrósł o 3,6%. Tym samym limit dolny pozwalający na dostosowanie wynagrodzenia należnego wykonawcy do zmian cen materiałów i kosztów powinien być w okolicach 0,5% a nie 10%*". W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ww. postanowienia poprzez wskazanie, że zmiana wynagrodzenia będzie mogła być dokonana w przypadku gdy wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w Monitorze Polskim w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wzrost cen) przekroczy 0,5%.

W piśmie z dnia 03.04.2026 r. Odwołujący odniósł się do zmienionego przez Zamawiającego wskaźnika 7,2% przedstawiając szerokie uzasadnienie, zgodnie z którym wskaźnik ten nadal czyni waloryzację nierealną, jak też przedstawił wyliczenia odpowiednio dla dwóch przypadków: gdy wskaźnik ten jest liczony narastająco i gdy chodzi wyłącznie o wskaźnik opublikowany w 2028 r. za rok 2027 r.

Przede wszystkim zatem, należy zwrócić uwagę, że argumentacja przedstawiona w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 03.04.2026 r. nie była zawarta w treści odwołania. Tymczasem zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie rozpoznaje zarzutów niezawartych w odwołaniu. Zakres zarzutu jest zaś określony nie tylko podstawą prawną (choć przy jasno opisanych okolicznościach faktycznych Izba może dokonać subsumpcji samodzielnie), ale także podstawą faktyczną, czyli przedstawioną w odwołaniu argumentacją opartą na danych okolicznościach faktycznych. W niniejszej sprawie Odwołujący oparł uzasadnienie faktyczne zarzutu na tym, że określony w projekcie umowy wskaźnik jest

nierealny do osiągnięcia, co czyni waloryzację pozorną, a w związku ze wzrostem cen o 3,6% w ostatnich czterech kwartałach wg GUS, zasadne jest określenie w projekcie umowy wskaźnika na poziomie 0,5%. W odwołaniu nie została natomiast przedstawiona argumentacja dotycząca tego, że wystąpienie z wnioskiem o waloryzację będzie możliwe najwcześniej w 2028 r. (w roku odebrania przedmiotu umowy), że pozostanie wówczas do rozliczenia jeszcze 5 miesięcy umowy (do maja 2028 r.) i że zmiana wynagrodzenia będzie mogła zostać dokonana przy średniorocznym wskaźniku 7,2%. Nie zostały też przedstawione żadne wyliczenia, których wynik jest zależny od tego, czy ww. wskaźnik będzie liczony narastająco czy jako wskaźnik za rok 2027 r. opublikowany w 2028 r. Taka argumentacja (zarzut) została podniesiona dopiero w ww. piśmie procesowym Odwołującego, przy czym nie ma znaczenia fakt, że w piśmie tym Odwołujący odniósł się do zmienionego przez Zamawiającego wskaźnika - 7,2%. W każdym przypadku bowiem – zarówno wskaźnika 10%, jak i 7,2% - Odwołujący argumentował przecież, że jest on nierealny do osiągnięcia, co oznacza, że również w stosunku do obowiązującego w dniu wniesienia odwołania wskaźnika 10% mógł podnieść argumentację, w tym wyliczenia, zawarte następnie w piśmie z 03.04.2026 r. Skoro, jak wskazano już wyżej, argumentacja ta znalazła się dopiero w ww. piśmie procesowym, to stanowi ona zarzuty spóźnione, które w tym zakresie nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę.

Niemniej jednak, jedynie na marginesie Izba zauważa, że argumentacja zawarta w piśmie procesowym z 03.04.2026 r. również nie jest pozbawiona wad. Przede wszystkim w pkt 5 na str. 7 tego pisma Odwołujący wskazał, że teoretycznie wykonawca może wystąpić z wnioskiem o waloryzację po 6 miesiącach od obowiązywania umowy, ale w praktyce ze względu na 24-miesięczny okres obowiązywania umowy i treść § 21 ust. 2 projektu umowy, będzie to możliwe dopiero pod koniec 2028 r. W tym miejscu należy zauważyć, że faktycznie Zamawiający w § 21 ust. 1 projektu umowy wskazał, że wykonawca uprawniony jest do wystąpienia z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia najwcześniej po upływie 6 miesięcy obowiązywania umowy, a w § 21 ust. 2 uzależnił dokonanie tej zmiany od średniorocznego wskaźnika „w roku odebrania Przedmiotu umowy", czyli w 2028 r. Jednakże Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu ani tej niespójności ani ryzyka tego, że w praktyce wystąpienie z wnioskiem o waloryzację będzie możliwe dopiero w 2028 r. Podważa to dalsze wyliczenia Odwołującego oparte m.in. właśnie na założeniu, że przed styczniem 2028 r. nie będzie on mógł domagać się waloryzacji wynagrodzenia. Odwołujący nie kwestionował również w odwołaniu tego, że Zamawiający nie określił, czy wskaźnik 10% (a następnie kolejne zmieniane) będzie liczony narastająco czy jako „prosty" średnioroczny wskaźnik za 2027 r. Tymczasem ponownie wyliczenia Odwołującego w dwóch wersjach uzależnione są od tego, jak ww. wskaźnik będzie traktowany przez Zamawiającego. Skoro tego nie wiadomo (i jak wskazano już wyżej - Odwołujący braku dookreślenia postanowień umowy w tym zakresie nie kwestionował) to w efekcie nie wiadomo też, które z przedstawionych wyliczeń są wiarygodne. Ponadto należy zwrócić uwagę, że w pkt 13 na str. 8 ww. pisma procesowego Odwołujący napisał: „*Biorąc zatem poziom inflacji wg tych szacunków RPP w 2028 r. narastająco możemy się spodziewać poziomu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych na poziomie 104,8 tj. daleko od limitu startu waloryzacji*". Zatem sam Odwołujący wskazał, że w świetle dołączonego jako dowód raportu o inflacji Rady Polityki Pieniężnej wskaźnik na poziomie 4,8% byłby możliwy do osiągnięcia. Wprawdzie do takiego wyniku wyliczeń Odwołujący doszedł przy założeniu obliczania wskaźnika narastająco, ale jak wskazano już wyżej, nie kwestionował braku dookreślenia przez Zamawiającego sposobu ustalania wysokości tego wskaźnika, zatem nie ma podstaw, by nie przyjąć, że przynajmniej w tym wariancie sam uznał wzrost cen o 4,8% za realny. A właśnie taki wskaźnik po ostatniej zmianie z 06.04.2026 r. Zamawiający wprowadził do projektu umowy. Z uwagi na powyższe nawet argumentacja i wyliczenia Odwołującego zawarte w piśmie z 03.04.2026 r. wraz z dołączonymi do nich dowodami (skądinąd potwierdzającymi dane podane w tym piśmie) nie uzasadniają tezy, że ostatecznie przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik 4,8% warunkujący dokonanie waloryzacji, jest nierealny do osiągnięcia.

Przede wszystkim jednak należy powtórzyć, że argumentacją zawartą w ww. piśmie Odwołujący wykroczył poza zarzuty zawarte w odwołaniu, co w świetle art. 555 ustawy Pzp powoduje, że w tym (wykraczającym) zakresie nie podlegają one rozpoznaniu przez Izbę. Z kolei argumentacja podniesiona w odwołaniu i oparta wyłącznie na wzroście cen o 3,6% w ostatnich czterech kwartałach wg GUS nie potwierdza, że wskaźnik 4,8% jest niemożliwy do osiągnięcia, zwłaszcza gdy nie wiadomo, jak będzie on w istocie ustalany przez Zamawiającego (czego - raz jeszcze należy przypomnieć – Odwołujący nie kwestionował). Z argumentacji tej nie wynika także, dlaczego właściwy miałby być wskaźnik na poziomie 0,5%. W konsekwencji nie ma podstaw, by stwierdzić, że przewidziana w projekcie umowy waloryzacja uruchamiana przy średniorocznym wskaźniku cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem na poziomie 4,8% ma charakter pozorny, a realna stanie się dopiero od poziomu 0,5%. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 zostało oddalone.

<u>Zarzut nr 5 dotyczący kar umownych.</u>

Zgodnie z pierwotną treścią § 25 ust. 3 pkt 2 – 4 i pkt 8 projektu umowy:

3. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

2)za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, w okresie gwarancji lub rękojmi za wady – karę umowną w wysokości 0,09% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki;

3)za dopuszczenie przez Wykonawcę do wykonywania Przedmiotu Umowy innego podmiotu niż Wykonawca lub zaakceptowany przez Zamawiającego Podwykonawca lub dalszy podwykonawca – karę umowną w wysokości 0,07% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy, za każdy dzień trwania stanu niezgodnego z Umową, nie mniej jednak niż 0,5% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy;

4)za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – karę umowną w wysokości 0,05% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy, za każdy dzień trwania stanu niezgodnego z Umową, nie mniej jednak niż 0,5% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy;

8) w przypadku nieprawdziwości oświadczenia Wykonawcy dotyczącego braku innych podwykonawców, poza zgłoszonymi, w wysokości 50.000,00 zł za każdy przypadek.

W wyniku zmiany projektu umowy z 06.04.2026 r. ww. punkty 3 i 4 otrzymały brzmienie:

3) za dopuszczenie przez Wykonawcę do wykonywania Przedmiotu Umowy innego podmiotu niż Wykonawca lub zaakceptowany przez Zamawiającego Podwykonawca lub dalszy podwykonawca – karę umowną w wysokości 0,03% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy, za każdy dzień trwania stanu niezgodnego z Umową, nie mniej jednak niż 0,3% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy;

4) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – karę umowną w wysokości 0,02% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy, za każdy dzień trwania stanu niezgodnego z Umową, nie mniej jednak niż 0,2% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy.

W odwołaniu co do § 25 ust. 3 pkt 2 – 4 i pkt 8 projektu umowy Odwołujący wskazał: „*Oceniając powyższe kary umowne stwierdzić należy, że ich wysokość, jak również zasady ich naliczania mają charakter rażąco wygórowany. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2574/18 należy podkreślić, że wysokość kary pieniężnej (…) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. (…) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie. W tym kontekście stwierdzić należy, że powyższe kary umowne zostały całkowicie oderwane od potencjalnej szkody Zamawiającego i ich naliczenie prowadziłoby do nieuzasadnionego, nieadekwatnego wzbogacenia Zamawiającego. (…) Jednocześnie określona w pkt. 8) kara umowna nosi znamiona kary o charakterze wyłącznie fiskalnym, a ponadto - w zestawieniu z karą określoną w pkt. 3) – tworzy mechanizm podwójnego karania Wykonawcy za to samo naruszenie (niezgłoszenie podwykonawcy)”.*

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ww. postanowień zgodnie z propozycją wskazaną poniżej:

2) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, w okresie gwarancji lub rękojmi za wady – karę umowną w wysokości ~~0,09%~~ 0,01 % całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki;

3) za dopuszczenie przez Wykonawcę do wykonywania Przedmiotu Umowy innego podmiotu niż Wykonawca lub zaakceptowany przez Zamawiającego Podwykonawca lub dalszy podwykonawca – karę umowną **w wysokości 5.000 zł za każdy taki przypadek** ~~0,07% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy, za każdy dzień trwania stanu niezgodnego z Umową, nie mniej jednak niż 0,5% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy~~;

4) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany – karę umowną w wysokości 0,05% całkowitego wynagrodzenia umownego netto **umowy o podwykonawstwo**, ~~o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy, za każdy dzień trwania stanu niezgodnego z Umową~~, nie mniej jednak niż 0,5% całkowitego wynagrodzenia umownego netto **umowy o podwykonawstwo**, ~~o którym mowa w § 20 ust. 1 Umowy~~;

~~8) w przypadku nieprawdziwości oświadczenia Wykonawcy dotyczącego braku innych podwykonawców, poza zgłoszonymi, w wysokości 50.000,00 zł za każdy przypadek~~.

W piśmie procesowym z dnia 03.04.2026 r. Odwołujący przedstawił wysokość kwestionowanych kar umownych kwotowo (stosownie do przewidzianych wskaźników procentowych i zakładanej wartości umowy 50.315.000 zł), porównał wysokość kary z § 25 ust. 3 pkt 2 do kary z pkt 1, zwrócił uwagę na brak definicji wady w okresie rękojmi i

gwarancji oraz zastrzeżenie prawa do naliczania kar równolegle za każde zdarzenie osobno, jak też na to, że kara z pkt 2 jest „*niezależna od charakteru i typu ujawnionego naruszenia (wada istotna, wada nieistotna, usterka), co przy dodatkowym dopuszczeniu przez Zamawiającego jej kumulacji, może - przy większości naruszeń - okazać się stawką zbyt wysoką, skrajnie przekraczającą powszechnie przyjętą funkcję kary i nieadekwatną do ujawnionego naruszenia*". Dodał, że „*kary umowne przewidziane w pkt 3), 4) i 8) dotyczą de facto tych samych zdarzeń, co również należy uznać naruszenie równowagi stron umowy*".

W związku z tym należy ponownie zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie rozpoznaje zarzutów niezawartych w odwołaniu. Tymczasem argumentacja przedstawiona w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 03.04.2026 r. nie była zawarta w treści odwołania, podobnie jak argumentacja podniesiona na rozprawie w zakresie § 25 ust. 3 pkt 2 - że kara nie jest ograniczona do wad istotnych i dlatego nie jest zasadna, ponadto okres gwarancji może wynieść nawet 10 lat, co zwiększa ryzyko po stronie wykonawcy. Argumentacja ta (podniesiona dopiero w piśmie z 03.04.2026 r. i na rozprawie) nie podlega zatem rozpoznaniu przez Izbę

W samym odwołaniu Odwołujący ograniczył się natomiast (poza rozważaniami o charakterze kary umownej) do stwierdzenia, że kwestionowane kary są rażąco wygórowane, oderwane od potencjalnej szkody i prowadzić mogą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego, jak też dodał, że kary z pkt 3 i pkt 8 dotyczą tego samego naruszenia. Samo jednak wskazanie powyższego, bez żadnych dodatkowych argumentów lub wyliczeń jest tylko gołosłownym stwierdzeniem, że kary są za wysokie. Ponadto przesłanki nałożenia kary z pkt 3 i pkt 8 nie są identyczne, bo pkt 3 dotyczy faktycznego dopuszczenia do realizacji zamówienia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy niezaakceptowanego przez Zamawiającego, natomiast pkt 8 dotyczy złożenia nieprawdziwego oświadczenia o tym, że nie ma innych podwykonawców poza zgłoszonymi Zamawiającemu. Oczywiście obydwie te kary są związane z kwestią zakazu powierzania wykonywania zamówienia podwykonawcom niezaakceptowanym przez Zamawiającego, ale różnica dotyczy konkretnej czynności, jaką podejmuje wykonawca w związku z obowiązywaniem tego zakazu: faktycznego dopuszczenia podwykonawcy i złożenia oświadczenia w tym zakresie. Skoro zaś Odwołujący nie podjął wysiłku uargumentowania, dlaczego ta różnica nie uzasadnia nakładania kar osobno za każdą ww. czynność, to Izba nie widzi podstaw, by w tym zakresie uwzględnić odwołanie (na marginesie Izba wskazuje, że w piśmie procesowym z dnia 03.04.2026 r. Odwołujący wykroczył poza zarzuty odwołania również w ten sposób, że w pkt 7 na str. 12 napisał, że kary z pkt 3, 4 i 8 projektu umowy dotyczą tych samych zdarzeń, podczas gdy w odwołaniu kwestionował z tego powodu tylko pkt 3 i 8). W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie także w zakresie zarzutu nr 5.

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 Stron 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 § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodnicząca ...……