

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Krzysztof Chmielewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2026 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2026 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o.**

z siedzibą w Pruszkowie, ul Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (adres do korespondencji: CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

ul Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska, ul. Żagłowa 11, 80-560 Gdańsk

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy PORR S.A. z siedzibą

w Warszawie, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o.**

z siedzibą w Pruszkowie, ul Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (adres do korespondencji: CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul Parzniewska 10,**

05-800 Pruszków (adres do korespondencji: CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego **Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska, ul. Żagłowa 11, 80-560 Gdańsk** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,**

ul Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (adres do korespondencji: CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) na rzecz zamawiającego Dyrekcji Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska, ul. Żagłowa 11, 80-560 Gdańsk kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego **Dyrekcję Rozbudowy Miasta Gdańska, działającą w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska, ul. Żagłowa 11,**

80-560 Gdańsk tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1895/26

Uzasadnienie

Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Gdańska, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę i przebudowę ul. Junony w Gdańsku”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 kwietnia 2026 r. pod numerem 248531-2026 (numer wydania Dz.U. S: 71/2026).

W dniu 23 kwietnia 2026 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu polegające na ukształtowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”, a w szczególności Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwany dalej „OPZ”, jak i projektowanych postanowień umowy w sposób

naruszający przepisy ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

I.

- 1) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 473 k.c. i art. 58 § 1 i 2 k.c. poprzez ukształtowanie w pkt 3.8 ust. 14 OPZ odpowiedzialności wykonawcy w zakresie zachowania żywotności wykonanych nasadzeń na zasadzie odpowiedzialności opartej na ryzyku, w sytuacji, gdy Zamawiający wbrew art. 473 k.c. nie przewidział okoliczności statuujących tę odpowiedzialność, a w szczególności okoliczności egzoneracyjnych *de facto* odpowiedzialność tę kształtując na zasadzie absolutnej, czym Zamawiający nadużył swojej pozycji jako autora dokumentacji przetargowej rażąco naruszając równowagę stron umowy i przenosząc na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, których ten ostatni nie jest w stanie przewidzieć, ani im przeciwdziałać;
- 2) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3) ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie pkt 4.13. ppkt 3) OPZ 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”, i przerzucenie na wykonawcę niemożliwego do oszacowania na etapie oferty kosztu docelowej organizacji ruchu, a w szczególności kosztów związanych z aktualizacją tejże docelowej organizacji ruchu jednocześnie pozbawiając wykonawcę możliwości dochodzenia kosztów z tym związanych jako robót dodatkowych lub zamiennych;
- 3) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3) ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie pkt 4.14. ppkt 1) lit. a) OPZ 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”, i przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania na etapie oferty kosztów wynikających z doraźnych poleceń Zarządcy ruchu, który fakt wystąpienia, częstotliwość, zakres, a także wpływ finansowy nie są obiektywnie możliwe do przewidzenia i skwantyfikowania na etapie kalkulacji oferty i zawarcia umowy;
- 4) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3) ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie pkt 4.38 OPZ 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” i przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania na etapie oferty kosztów związanych z oczyszczeniem terenu budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych, w sytuacji gdy: (i) odpowiedzialność za stan terenu budowy, który zostanie przekazany wykonawcy stanowi wyłączną odpowiedzialność zamawiającego; (ii) jest to działanie wewnętrznie sprzecznym samego zamawiającego, albowiem równocześnie ww. okoliczność (wystąpienie przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych oraz konieczność ich usunięcia) traktuje On jako okoliczność niemożliwą do przewidzenia na etapie zawarcia umowy i uzasadniającą zmianę terminu jej realizacji. Jednocześnie tak ukształtowana treść kwestionowanego postanowienia OPZ skutkować będzie brakiem porównywalności oferty, które zostaną złożone w tym postępowaniu;
- 5) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3) ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie pkt 4.40 OPZ 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” i przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania na etapie oferty kosztów związanych z wykonaniem archeologicznych badań ratunkowych, w sytuacji gdy: (i) odpowiedzialność za stan terenu budowy, który zostanie przekazany wykonawcy stanowi wyłączną odpowiedzialność zamawiającego; (ii) na etapie kalkulacji oferty, jak i zawarcia umowy nie ma możliwości oszacowania nie tylko faktu wystąpienia tych badań, lecz również ich zakresu, co skutkować zarazem brakiem porównywalności oferty, które zostaną złożone w tym postępowaniu;
- 6) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie pkt 4.41 lit. c. i f. OPZ 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” i przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania na etapie oferty kosztów wynikających z wydanych po złożeniu ofert decyzji administracyjnych przez właściwe organy

administracji publicznej odnośnie sposobu prowadzenia robót i podjęcia czynności w związku ze stwierdzeniem gatunków chronionych w obszarze oddziaływania prac w sytuacji gdy obiektywnie nie ma możliwości oszacowania kosztów wynikających z decyzji, które na etapie złożenia ofert nie występują w obrocie prawnym;

- 7) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 473 k.c. i art. 58 § 1 i 2 k.c. poprzez ukształtowanie w pkt 4.44 OPZ odpowiedzialności wykonawcy w zakresie uszkodzenia mienia zamawiającego i osób trzecich na zasadzie odpowiedzialności opartej na ryzyku, w sytuacji, gdy zamawiający wbrew art. 473 k.c. nie przewidział okoliczności statuujących tę odpowiedzialność, a w szczególności okoliczności egzoneracyjnych *de facto* odpowiedzialność tę kształtując na zasadzie absolutnej, czym Zamawiający nadużył swojej pozycji jako autora dokumentacji przetargowej rażąco naruszając równowagę stron umowy i przenosząc na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, których ten ostatni nie jest w stanie przewidzieć, ani im przeciwdziałać;
- 8) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3) ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie pkt 4.53 OPZ 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” i przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania na etapie oferty kosztów związanych ze zmianą poziomu wód gruntowych w zakresie, w jakim dokumentacja przetargowa, za którą odpowiedzialność ponosi zamawiający, wskazuje, że nie występuje zwierciadło wód gruntowych uzasadniające odwodnienie wykopu, pomimo, że odpowiedzialność za prawidłowość badań geotechnicznych i dokumentacji przetargowej stanowi wyłączną odpowiedzialność zamawiającego, a wykonawca nie dysponuje żadnymi innymi danymi pozwalającymi mu skwantyfikować ww. ryzyko i koszty z tym związane, co równocześnie będzie prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert;
- 9) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3) ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie pkt 4.63 OPZ 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” i przerzucenie na wykonawcę poza obowiązek uwzględnienia w cenie oferty kosztów badań wynikających z SST także kosztów dodatkowych badań wg wskazań zamawiającego, w sytuacji gdy (i) powstanie tych kosztów determinowane jest arbitralną decyzją zamawiającego, a więc *de facto* jest to okoliczność za której wystąpienie odpowiada wyłącznie zamawiający; (ii) wykonawcy na etapie kalkulacji oferty nie mają możliwości oszacowania zakresu tych dodatkowych badań, które zażąda zamawiający. Powyższe postanowienia OPZ w swoim aktualnym kształcie będzie również prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert;
- 10) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 3) ustawy Pzp, art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie § 7 ust. 10 wzoru 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 zakresie w jakim ww. postanowienie wzoru umowy (i) przewiduje brak zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności przewidzianej umową na skutek poleceń wydanych mu w toku realizacji zamówienia przez zamawiającego i *de facto* obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością w ww. zakresie; (ii) posługuje się bliżej niesprecyzowanym określeniem „innych podobnych działań zamawiającego” co nie pozwala jednoznacznie określić jakie działania zamawiającego stanowią zwolnienie wykonawcy z odpowiedzialności przewidzianej umową, a jakie nie;
- 11) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 395 § 1 i 2 k.c., art. 471 k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie § 14 ust. 5 wzoru umowy w ten sposób, iż:
- a) po odstąpieniu przez zamawiającego od umowy na podstawie § 14 ust. 1 i 2 wzoru umowy ze skutkiem *ex nunc* zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z wykonawstwa zastępczego pomimo, że umowa uważana będzie za niezawartą ze skutkiem *ex nunc*, co pozostaje w sprzeczności z istotą instytucji odstąpienia od umowy;
niezależnie od lit. a) powyżej
 - b) ww. postanowienie przewiduje obciążenie wykonawcy skutkami odstąpienia przez zamawiającego od umowy również wówczas, gdy odstąpienie to następuje z przyczyn od wykonawcy niezależnych

za które uznać należy podstawy wskazane w § 14 ust. 1 pkt 10) – 12) wzory umowy co pozostaje w sprzeczności z ww. postanowienia kc i pzp, a także zasadą odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu przewidującą odpowiedzialność jedynie za wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania umownego przez jedną ze stron;

12) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 395 § 1 i 2 k.c., art. 471 k.c., art. 354 § 1 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie § 14 ust. 9 pkt 3) – 5) wzoru umowy w ten sposób, iż wykonawca zostaje obciążony kosztami sporządzenia inwentaryzacji, wykazu materiałów, konstrukcji lub urządzeń, usunięcia z terenu budowy materiałów, urządzeń, sprzętów przez niego dostarczonych lub wniesionych wraz z zapleczem budowy, a także uporządkowania terenu budowy w sytuacjach, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn niezależnych i niezawinionych przez wykonawcę, co pozostaje w sprzeczności ze wskazanymi przepisami (a w szczególności zasadami odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu) i jest wyrazem nadużycia przez zamawiającego pozycji „autora wzoru umowy”;

13) art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c., art. 519 § 1 i 2 pkt 2) k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c., poprzez ukształtowanie stosunku prawnego (umowy) w zakresie § 14 ust. 9 pkt 6) wzoru umowy w sposób sprzeczny z ww. przepisami i nadmiernie ingerujący w zasadę swobody umów w odniesieniu do umów podwykonawczych w zakresie w jakim przyznaje zamawiającemu, jako podmiotowi trzeciemu w stosunku do stron umowy podwykonawczej uprawnienie do nakazania cesji na rzecz zamawiającego obowiązków wynikających z takiej umowy bez zgody stron, które ją zawarły;

14) art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2) i 3) ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków waloryzacji w § 15 ust. 2 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez ustalenie minimalnej wysokości wskaźnika waloryzacji na poziomie 0,08, co jest działaniem oderwanym od realiów rynkowych oraz warunków realizacji przedmiotu zamówienia (a w szczególności terminu realizacji umowy i okoliczności, iż waloryzacji podlegają wyłącznie roboty pozostałe do wykonania po zakończeniu miesiąca w którym złożono żądanie waloryzacji), czyniąc tym samym klauzulę waloryzacyjną pozorną, a jej zastosowanie iluzorycznym.

II. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany:

1) w zakresie zarzutu I.1) poprzez nadanie pkt 3.8 ust. 14 OPZ brzmienia:

*„W przypadku wykonywania nasadzeń na podstawie decyzji administracyjnych, Wykonawca odpowiada za to, żeby przesadzone albo posadzone drzewa lub krzewy zachowały żywotność po upływie okresu wskazanego w zezwoleniu na usunięcie drzew lub krzewów. Ryzyko umorzenia opłaty za usunięcie drzewa lub krzewu lub dokonania odbioru zgłoszonych nasadzeń i potwierdzenia zachowania ich żywotności przez odpowiedni organ, leży po stronie Wykonawcy i jest to odpowiedzialność oparta na zasadzie ryzyka, **chyba że uszkodzenie lub zniszczenie nasadzeń nastąpiło wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub podmiotu trzeciego (w tym zwierząt wolno żyjących), za co Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.**”*

2) w zakresie zarzutu I.2) poprzez wykreślenie z pkt 4.13. ppkt 3) OPZ zwrotu „(nie dotyczy docelowej organizacji ruchu)”;

3) w zakresie zarzutu I.3) poprzez nadanie pkt 4.14. ppkt 1) lit. a) OPZ następującej treści:

*„opracowania oraz uzgodnienia z właściwym organem zarządzającym ruchem projektu tymczasowej organizacji ruchu do wybranego przez siebie sposobu realizacji zadania z uwzględnieniem komunikacji zbiorowej; w zależności od potrzeb i postępu robót projekt ten powinien być aktualizowany przez Wykonawcę na bieżąco, a zmiany będą możliwe tylko za zgodą Zarządcy ruchu. Wykonawca jest zobowiązany do podporządkowania się ewentualnym zmianom w organizacji ruchu i robót, wynikającym z doraźnych poleceń Zarządcy ruchu i/lub Zamawiającego; ~~koszty wynikające z tego tytułu należy uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym~~ **Jeśli w związku z powyższym ujawni się potrzeba wykonania robót dodatkowych lub zamiennych w stosunku do zatwierdzonego projektu, to Wykonawca będzie uprawniony do odpowiedniej zmiany Umowy zgodnie z jej postanowieniami.**”*

4) w zakresie zarzutu I.4) poprzez nadanie pkt 4.38 OPZ następującego brzmienia:

*„Przed przystąpieniem do robót, jak też w trakcie wykonywania robót Wykonawca zobowiązany będzie przeprowadzić na terenie budowy rozpoznanie saperskie i oczyścić teren budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych. Raporty z prowadzonego nadzoru saperskiego należy przekazywać Zamawiającemu na bieżąco. ~~Koszty tego nadzoru należy ująć w wynagrodzeniu ryczałtowym.~~ **Koszty rozpoznania i nadzoru należy ująć w wynagrodzeniu ryczałtowym. Jeśli w trakcie rozpoznania i nadzoru ujawni się potrzeba oczyszczenia***

terenu budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych, to koszty z tym związane będą stanowić roboty dodatkowe, co stanowić będzie podstawę do odpowiedniej zmiany Umowy zgodnie z jej postanowieniami."

5)w zakresie zarzutu I.5) poprzez nadanie następującego brzmienia ostatniemu zdaniu pkt 4.40 OPZ:

"Koszty nadzoru archeologicznego należy uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym, a koszty badań archeologicznych i innych wymogów decyzji administracyjnych wydanych przez właściwe organy administracji publicznej ds. konserwatorskich i archeologicznych nie są ujęte w cenie oferty, a w przypadku ich wystąpienia Strony będą uprawnione do odpowiedniej zmiany Umowy zgodnie z jej postanowieniami."

6)w zakresie zarzutu I.6) poprzez nadanie pkt 4.41 lit. f. OPZ następującego brzmienia:

"Czynności, które Wykonawca mógł określić i wywnioskować na podstawie dokumentacji przetargowej należy ująć w cenie ofertowej. Wymagania określone w decyzjach administracyjnych wydanych po złożeniu ofert w postępowaniu przetargowym i wykraczające poza wymagania przetargowe nie są ujęte w cenie oferty i w przypadku ich wystąpienia Strony będą uprawnione do odpowiedniej zmiany Umowy zgodnie z jej postanowieniami"

7)w zakresie zarzutu I.7) poprzez uzupełnienie pkt 4.44 OPZ i nadanie ostatniemu zdaniu brzmienia:

*"Odpowiedzialność Wykonawcy w tym zakresie oparta jest na zasadzie ryzyka, **chyba że uszkodzenie lub zniszczenie uzbrojenia lub mienia nastąpiło wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub podmiotu trzeciego, za co Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.**"*

8)w zakresie zarzutu I.8) poprzez nadanie pkt 4.53 OPZ następującego brzmienia:

"Wykonawca robót zobowiązany jest do oszacowania na podstawie dostarczonych przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowych, SST/STWIORB, Dokumentacji geotechnicznej oraz własnego doświadczenia całłościowych kosztów odwodnienia gruntu i wykopów oraz uwzględnienia ich w przedstawionej Zamawiającemu ofercie. ~~Wykonawca w ofercie uwzględni ryzyko zmiany poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacje projektowe nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych i wycenić koszt odwodnienia wykopu uwzględniając to ryzyko.~~ Wyceniając, należy także uwzględnić ryzyko wahań poziomu wody gruntowej w zależności od pory roku i intensywności opadów.

W przypadku zmiany poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacja projektowa nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych, Wykonawca będzie zobligowany do wykonania dodatkowego odwodnienia gruntu i wykopów, jednak prace te nie będą ujęte w cenie ofertowej i będą stanowiły roboty dodatkowe. Strony będą uprawnione ww. zakresie do odpowiedniej zmiany Umowy zgodnie z jej postanowieniami. Wahania zwierciadła wód gruntowych w zakresie +/- 0, 5m od przedstawionych w dokumentacji przetargowej traktuje się jako zgodne z dokumentacją i nie stanowią one podstawy do zmiany wynagrodzenia umownego."

9)w zakresie zarzutu I.9) poprzez nadanie ostatniemu zdaniu pkt 4.63 OPZ następującego brzmienia:

"Wykonawca w cenie powinien ująć badania wyszczególnione w SST (zarówno pod względem rodzajów jak i ilości). Ponadto, Wykonawca zobligowany jest do wykonania dodatkowych badań wg wskazań Zamawiającego. W przypadku, gdy badania te wykraczają poza zakres badań określony w dokumentacji przetargowej, będą stanowiły roboty dodatkowe, a Strony będą uprawnione w ww. zakresie do odpowiedniej zmiany Umowy zgodnie z jej postanowieniami".

10)w zakresie zarzutu I.10) poprzez usunięcie z postanowienia § 7 ust. 10 wzoru umowy sformułowania „polecenie czy inne podobne działanie Zamawiającego”;

11)w zakresie zarzutu I.11) poprzez usunięcie § 14 ust. 5 wzoru umowy, ewentualnie (w przypadku uznania, że Zamawiający po odstąpieniu od umowy może zlecić dalszą jej realizację w ramach wykonawstwa zastępczego) poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Odstąpienie od Umowy, w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 1) – 9) i ust. 2, nie pozbawia Zamawiającego prawa powierzenia poprawienia lub wykonania robót objętych Umową innym podmiotom na koszt i ryzyko Wykonawcy."

12)w zakresie zarzutu I.12) poprzez nadanie § 14 ust. 9 pkt 3) – 5) wzoru umowy następującego brzmienia:

"3) w terminie 3 dni od daty odstąpienia od Umowy Wykonawca przy udziale Zamawiającego ~~nieodpłatnie~~ sporządzi na koszt tej Strony, która ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od Umowy szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku na dzień odstąpienia od Umowy;

4) Wykonawca ~~nieodpłatnie~~ na koszt tej Strony, która ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od Umowy sporządzi wykaz tych materiałów, konstrukcji lub urządzeń, które nie mogą być wykorzystane przez Wykonawcę do realizacji innych robót nie objętych niniejszą Umową, jeżeli odstąpienie nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy

- 5) Wykonawca na ~~własny~~ koszt tej Strony, która ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od Umowy w terminie 14 dni usunie z terenu budowy wszelkie materiały, urządzenia, sprzęty przez niego dostarczone lub wniesione wraz z zapleczem budowy, uporządkuje Teren Budowy i przekaże protokolarnie Zamawiającemu”;
- 13)w zakresie zarzutu I.13) poprzez usunięcie postanowienia § 14 ust. 9 pkt 6) wzoru umowy;
- 14)w zakresie zarzutu I.14) poprzez obniżenie w § 15 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy wartości minimalnej wskaźnika waloryzacji z co najmniej 0,08 na 0,04.

Odwolujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwolujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów.

Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2026 r. przekazał kopię odwołania, zamieszczając informacje na stornie prowadzonego postępowania.

W dniu 27 kwietnia 2026 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

W dniu 8 maja 2025 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, a treść SWZ wraz z załącznikami odpowiada prawu, wnosząc o:

- 1.oddalenie odwołania;
- 2.obciążenie kosztami postępowania w całości odwołującego;
- 3.zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu zgodnie ze spisem kosztów przedłożonym na rozprawie;
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:
 - 1)projekt techniczny (wykonawczy) odwodnienia drogi pkt 8.2 (w aktach postępowania) na fakt nałożenia w dokumentacji projektowej na wykonawcę obowiązku odwodnienia wykopów, zaprojektowania sposobu odwodnienia i dostosowania odwodnienia do zastanych warunków,
 - 2)Wskaźniki GUS za lata 2021-2026 r.
 - 3)Wskaźniki roczne i miesięczne wg biuletynu statystycznego za lata 2021-2026 r.
oba na fakty nieprzewidywalności zmiany i dynamiki cen, prawidłowego zapisu umownego par. 15 ust. 2 PPU.

Zamawiający w dniu 22 maja 2026 r. (pismem z tej samej daty) wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z niżej wskazanych dokumentów:

„Zmiana treści SWZ z dnia 14 maja 2026 r. – na fakty:

- 1)Jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, poprzez ustanowienie obowiązku Wykonawcy w zakresie przygotowania nowego projektu stałej organizacji ruchu (SOR), przedstawienia go do zatwierdzenia organowi zarządzającemu ruchem oraz uzgodnienia go z ww organem;
- 2)dopuszczalnego podziału ryzyk między Wykonawcą a Zamawiającym;
- 3)możliwości oszacowania kosztu powyższego obowiązku na etapie oferty.”.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dowody złożone przez odwołującego i załączone do odwołania, tj.:

1. Symulacja obliczenia wskaźnika waloryzacji zgodnie z wzorem umowy.
2. Symulacja obliczenia wskaźnika waloryzacji przy progu 0,04.
3. Zestawienie wskaźników.
4. Wzór umowy dla zadania pn. „Modernizacja sieci tramwajowej w ciągu ulic Aleksandrowskiej i Limanowskiego od ul. Szczecińskiej do ul. Woronicza wraz z budową węzła multimodalnego Łódź Żabieniec”.
5. Wzór umowy dla zadania pn. „Przebudowa sieci tramwajowej w ul. Rzgowskiej na odcinku od ul. Broniewskiego do pętli „Kurczaki” w Łodzi”.
6. Aneks nr 1 do umowy nr 181/2022-BZP-UM.512.17.2022/KB/6 z 30.06.2022 r. wraz z załącznikami.
7. Aneks nr 4 do umowy nr 181/2022-BZP-UM.512.17.2022/KB/6 z 30.06.2022 r. wraz z załącznikami.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dowody złożone przez zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. Wskaźniki GUS za lata 2021-2026 r.
2. Wskaźniki roczne i miesięczne wg biuletynu statystycznego.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 353¹ k.c. stanowi, że *„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.”*.

Art. 354 K.c. stanowi, że:

„§ 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

§ 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.”.

Z kolei art. 58 § 2 k.c. stanowi, że *„Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”*.

Art. 433 pkt 3) ustawy Pzp stanowi, że *„Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: (...) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający”*.

Z kolei art. 8 ustawy Pzp stanowi *„Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”*.

Art. 16 pkt 3) ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (...) proporcjonalny.”*

Prawo zamówień publicznych nie jest oderwane od prawa cywilnego. Dlatego też znajduje tu zastosowanie podstawowa zasada kontraktowa prawa cywilnego, a mianowicie wyrażona w art. 353¹ k.c. zasada swobody umów. Zgodnie z nią strony mogą ułożyć treść umowy wedle swego uznania, o ile nie sprzeciwia się to naturze tego stosunku, przepisom prawa albo zasadom współżycia społecznego. Niemniej jednak zasada ta na gruncie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych podlega pewnym ograniczeniom.

Pierwszym ograniczeniem swobody postępowania stron umowy są poważne ograniczenia w dowolności wyboru kontrahentów. Tak więc zgodnie z przepisami ustawy Pzp zamówienia udzielić można wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy.

Kolejnym ograniczeniem swobody jest wprowadzenie obostrzeń co do zakresu świadczenia wynikającego z umowy. Zakres świadczenia wytyczony jest w określeniu przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wykonawcy musi się w nim mieścić i być z nim zgodna, a więc umowa zawarta w wyniku jej przyjęcia nie może rozszerzać zakresu świadczenia poza wytyczony w specyfikacji i skonkretyzowany w ofercie. Strony nie mogą zatem, z zastrzeżeniem odpowiednich przepisów ustawy Pzp, w żadnym razie dokonać rozszerzenia zakresu świadczenia.

Odwołujący, formułując naruszenie wskazanych przepisów k.c., pominął całkowicie okoliczność, że zasada ta na gruncie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych podlega pewnym ograniczeniom. Zarzuty dotyczą bowiem wskazanych i kwestionowanych przez odwołującego postanowień Opisu Przedmiotu Zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ oraz wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 8 do SWZ oraz sprowadzają się podnoszenia naruszenia zasady swobody umów i nadużycia praw podmiotowych odwołującego. Podstawy podniesionych zarzutów

są niemal identyczne.

Przed wszystkim odwołujący podnosi, że zamawiający przekroczył wszelkie wskazane przez niego zasady i przepisy. Wobec czego oczekuje on takiego ukształtowania stosunku umownego, z którego zostaną wyeliminowane te obowiązki i ryzyka, które w jego ocenie są niedopuszczalne. Co więcej powinny one obciążać zamawiającego.

Tymczasem zawarcie umowy o roboty budowlane oznacza przyjęcie na siebie przez każdą ze stron określonych obowiązków, ale również związanego z nimi ryzyka i jego konsekwencji.

Ryzyka wskazane przez odwołującego jako te, które naruszają wskazane przez niego zasady i przepisy, mieszczą się w granicach swobody umów. Odwołujący oczekuje bowiem ograniczenia tych obowiązków wyłącznie do takich, które zostały wprost określone i policzalne w dokumentacji projektowej oraz wykreślenia wszystkich tych obowiązków, których ilości nie da się wskazać dokładnie i precyzyjnie. A tego – jak wykazał zamawiający – nie da się kazuistycznie określić. Umową w sprawie zamówienia publicznego – jak słusznie podniósł zamawiający – mogą być objęte także ryzyka, których ilości nie są dokładnie policzalne na dzień składania ofert. Ważne jest jedynie to, aby ryzyka te były zidentyfikowane i aby każdy wykonawca wiedział, jakie ryzyka ma ująć kalkulując cenę oferty.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut I.1 - zarzut dotyczący pkt 3.8 ust. 14 OPZ

Zamawiający w pkt 3.8 ust. 14 OPZ podał *„W przypadku wykonywania nasadzeń na podstawie decyzji administracyjnych Wykonawca odpowiada za to, żeby przesadzone albo posadzone drzewa lub krzewy zachowały żywotność po upływie okresu wskazanego w zezwoleniu na usunięcie drzew lub krzewów. Ryzyko umorzenia opłaty za usunięcie drzewa lub krzewu lub dokonania odbioru zgłoszonych nasadzeń i potwierdzenia zachowania ich żywotności przez odpowiedni organ, leży po stronie Wykonawcy i jest to odpowiedzialność oparta na zasadzie ryzyka. Wykonawca będzie dokonywał wszelkich niezbędnych czynności i zabiegów pielęgnacyjnych w celu zachowania żywotności drzew i krzewów do czasu wydania przez organ decyzji o umorzeniu opłaty za usunięcie drzew lub krzewów lub potwierdzenia zachowania ich żywotności przez odpowiedni organ, nawet jeżeli wykroczy to poza okres gwarancji jakości dla Przedmiotu Umowy (dla tego zakresu Przedmiotu Umowy okres gwarancji jakości i rękojmi za wady wydłuża się do czasu wydania przez organ ostatecznej decyzji o umorzeniu opłaty za usunięcie drzew lub krzewów lub potwierdzenia zachowania żywotności drzew i krzewów przez odpowiedni organ. W przypadku braku wykonywania tych obowiązków Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin do ich wykonania, a w razie bezskutecznego jego upływu Zamawiający będzie uprawniony do wykonania tych czynności na koszt i ryzyko Wykonawcy.”.*

Odwołujący, kwestionując powyższe wskazal, że zamawiający naruszył zasadę równowagi kontraktowej stron i przerzucił na wykonawcę odpowiedzialność absolutną w zakresie ryzyk umorzenia opłat za usunięcie drzew lub krzewów i utrzymania żywotności nasadzeń, jedynie z pozoru określając tę odpowiedzialność mianem opartej na zasadzie ryzyka.

Tymczasem – jak słusznie wskazał zamawiający – przywołany przez odwołującego art. 473 k.c. dopuszcza możliwość przewidzenia odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka i dla zgodności z tym przepisem wymaga określenia okoliczności lub zdarzeń, za które w normalnych warunkach dłużnik odpowiedzialności by nie ponosił. Oznacza to więc, że strony mogą zaostriżyć reżim odpowiedzialności, by zapewnić większą pewność wykonania zobowiązania.

W tym stanie faktycznym zamawiający jednoznacznie określił wyraźnie warunki odpowiedzialności wykonawcy na zasadzie ryzyka wskazując, że posadzone drzewa lub krzewy mają zachować żywotność po upływie okresu wskazanego w zezwoleniu na usunięcie drzew lub krzewów. Tym samym spełniając wymagania tego przepisu. Przepis ten nie wymaga przy tym wskazania przesłanek egzoneracyjnych a jedynie precyzyjnego wskazania okoliczności za wystąpieniem, których dłużnik ponosi odpowiedzialność i taka okoliczność została przez zamawiającego wskazana.

Zarzut I.2 - zarzut dotyczący pkt 4.13 OPZ (dotyczy obowiązku aktualizowania uzgodnień, w tym docelowej organizacji ruchu)

Zamawiający w pkt 4.13 OPZ podał *„1) Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres trwania umowy do aktualizacji własnym staraniem na bieżąco wszystkich zawartych w dokumentacji przetargowej uzgodnień, w tym docelowej organizacji ruchu, jeżeli taka potrzeba wystąpi, oraz realizować zaktualizowane uzgodnienia. 2) Konieczność aktualizacji uzgodnień dotyczy w szczególności aktualizacji uzgodnienia docelowej organizacji ruchu. 3) Koszty z tym związane należy uwzględnić w cenie ofertowej, z tym, że jeżeli w wyniku aktualizacji uzgodnień, które utraciły ważność w trakcie realizacji Umowy (nie dotyczy docelowej organizacji ruchu) ujawni się potrzeba wykonania robót dodatkowych lub zamiennych, to Wykonawca będzie uprawniony do odpowiedniej zmiany Umowy zgodnie z jej postanowieniami.”.*

Odwołujący kwestionując powyższe postanowienia podał m.in., że zamawiający poprzez to postanowienie wprowadził nieuzasadnioną asymetrię w zakresie mechanizmu kompensaty kosztów aktualizacji uzgodnień obciążając wykonawcę ryzykiem dodatkowych kosztów związanych z aktualizacją docelowej organizacji ruchu czego wykonawca

na etapie złożenia oferty nie jest w stanie oszacować.

Powyższe nie znajduje żadnego uzasadnienia. Zgodnie bowiem z pkt 3.3 OPZ do zadań wykonawcy realizującego zamówienie należy m.in. „*wdrożenie stałej organizacji ruchu*”. Obowiązek ten został rozwinięty w pkt 4.17 OPZ, który przewiduje, że podstawą wprowadzenia organizacji ruchu na nowo wybudowanej drodze lub jej zmiany na drodze istniejącej jest zatwierdzenie organizacji ruchu przez organ zarządzający ruchem. Tak więc jest to obowiązek wykonawcy, gdyż ewentualna konieczność aktualizacji docelowej organizacji ruchu może wynikać z wykonania robót lub wymogów zarządcy drogi. A tym samym nie jest to okoliczność, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Zamawiający przywołał modyfikację z 14 maja 2026 r., którą potwierdzono i zmodyfikowano obowiązki wykonawcy. Co więcej zamawiający przywołał szereg postanowień umowy, które przewidują możliwość zmiany sposobu spełnienia świadczenia (oraz zmiany wynagrodzenia) w przypadku zmiany lub wydania nowych decyzji, postanowień lub uzgodnień przez organy administracji i podmioty uzgadniające dokumentację projektową, a których treść odwołujący całkowicie pomija. Dokonywanie koniecznych aktualizacji uzgodnień nie narusza swobody umów.

Zarzut I.3 - zarzut dotyczący pkt 4.14 ust. 1 lit. a) OPZ – podporządkowanie doraźnym poleceniom zarządcy

Zamawiający w pkt 4.14 ust. 1 lit. a) OPZ stanowi, że „*wykonawca zobowiązany jest do „opracowania oraz uzgodnienia z właściwym organem zarządzającym ruchem projektu tymczasowej organizacji ruchu do wybranego przez siebie sposobu realizacji zadania z uwzględnieniem komunikacji zbiorowej; w zależności od potrzeb i postępu robót projekt ten powinien być aktualizowany przez Wykonawcę na bieżąco, a zmiany będą możliwe tylko za zgodą Zarządcy ruchu. Wykonawca jest zobowiązany do podporządkowania się ewentualnym zmianom w organizacji ruchu i robót, wynikającym z doraźnych poleceń Zarządcy ruchu; koszty wynikające z tego tytułu należy uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym*”.

Odwolujący kwestionując to postanowienie wskazał m.in., że wymóg ujęcia kosztów dodatkowych obejmujących polecenia doraźne organu zarządzającego ruchem, które są z natury rzeczy nieprzewidywalne – zarówno co do samego faktu ich wystąpienia, jak i zakresu oraz częstotliwości, powoduje, że wymóg ten na etapie kalkulacji oferty w cenie jest niemożliwy do spełnienia, gdyż wykonawca na etapie składania oferty nie dysponuje żadnymi danymi pozwalającymi na oszacowanie liczby, zakresu ani kosztów przyszłych doraźnych poleceń zarządcy ruchu.

Kwestionowane postanowienie obejmuje wytyczne zarządzającego ruchem projektu tymczasowej organizacji ruchu, do którego ma zastosować się wykonawca, który z kolei sam organizuje organizację ruchu. Jest to typowy element procesu budowlanego, który jest uprawnieniem zamawiającego

Postanowienie to – wbrew twierdzeniom odwołującego – nie oznacza obciążenia wykonawcy wszelkimi, niemożliwymi do przewidzenia i niemożliwymi do zidentyfikowania na etapie ofertowym kosztami związanymi z realizacją przedmiotu zamówienia wynikającymi z „doraźnych poleceń Zarządcy ruchu”. Natomiast zarzut odwołania – jak podniósł zamawiający - wynika z odniesienia się jedynie do wyrwanego z kontekstu sformułowania „koszty wynikające z tego tytułu należy uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym”, podczas gdy odnosi się tylko do ww. „doraźnych poleceń Zarządcy ruchu”, podczas gdy ta fraza odnosi się do całego pkt 4.14. lit. a) OPZ. Odwołujący pomija bowiem postanowienia dokumentów zamówienia, które przeczą przyjętej przez niego tezie (np. pkt 3.2 OPZ, pkt 4.2 OPZ czy też § 2 ust. 1 PPU, § 15 ust. 5 PPU).

Zarzut I.4 – zarzut dotyczący pkt 4.38 OPZ - koszty usunięcia przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych

Zamawiający w pkt 4.38 OPZ podał „*Przed przystąpieniem do robót, jak też w trakcie wykonywania robót Wykonawca zobowiązany będzie przeprowadzić na terenie budowy rozpoznanie saperskie i oczyścić teren budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych. Raporty z prowadzonego nadzoru saperskiego należy przekazywać Zamawiającemu na bieżąco. Koszty tego nadzoru należy ująć w wynagrodzeniu ryczałtowym*”.

Zarzut I.5 – zarzut dotyczący pkt 4.40 OPZ – prowadzenie badań archeologicznych, w tym ratunkowych

Zamawiający w pkt 4.40 OPZ podał „*Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia nadzoru archeologicznego oraz realizacji wszystkich czynności wynikających z tego nadzoru. Wykonawca zobowiązany jest, w razie wystąpienia takiej konieczności, do przeprowadzenia badań archeologicznych, w tym także ratunkowych. Należy uzyskać wymagane prawem pozwolenia Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków i zrealizować wynikające z niego obowiązki. Badania należy przeprowadzić zgodnie z wytycznymi konserwatora zabytków. W ramach badań należy w szczególności przeprowadzić niezbędne prace przygotowawcze, terenowe, wykonać dokumentację z badań wraz z dokumentacją fotograficzną. Badania należy powierzyć uprawnionemu archeologowi. Koszty prowadzenia ww badań należy uwzględnić w wynagrodzeniu ryczałtowym*”.

Odwolujący zakwestionował te postanowienia, podając m.in., że wymaga ono od wykonawcy oczyszczenia terenu budowy z przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych i ujęcia kosztów tego oczyszczenia w wynagrodzeniu ryczałtowym, jak również wymaga przeprowadzenia badań archeologicznych, w tym ratunkowych, „w razie wystąpienia takiej konieczności” i ujęcia kosztów tych badań w wynagrodzeniu ryczałtowym. Tymczasem koszt oczyszczenia terenu z niewybuchów jest całkowicie uzależniony od liczby, rodzaju i lokalizacji znalezionych obiektów, co jest niemożliwe do

oszacowania bez uprzedniego przeprowadzenia badań wstępnych. Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do badań archeologicznych.

Tymczasem jest to typowe ryzyko tego rodzaju umów. Zabezpieczenie i usunięcie przez wykonawcę przedmiotów wybuchowych lub niebezpiecznych to bowiem naturalny rozkład ryzyka. Tak sama sytuacja dotyczy badań archeologicznych. Dotychczas tego typu prace nie były prowadzone. Natomiast w przypadku ich wystąpienia w projekcie umowy zamawiający przewidział stosowne postanowienie skutkujące jej zmianą.

Co więcej zamawiający podniósł, że odwołujący we wniosku powtarza de facto obecne brzmienie ostatniego zdania, które żąda wykreślić. Natomiast dodane zdanie jest zaadresowane w §15 ust.1 pkt 2.1) lit. g) wzoru Umowy.

Zarzut I.6 – zarzut dotyczący pkt 4.41 lit. c) i f) OPZ – nadzór przyrodniczy i obowiązki z decyzji derogacyjnych

Zamawiający w pkt 4.41 lit. c) OPZ podał, że *„W przypadku stwierdzenia gatunków chronionych w obszarze oddziaływania prowadzonych prac, dla których Zamawiający nie uzyskał stosownych odstępstw od zakazów, należy przygotować komplet materiałów do uzyskania zezwolenia od właściwych organów w zakresie koniecznych czynności wskazanych przez nadzór przyrodniczy w odniesieniu do planowanych robót i przekazać Zamawiającemu komplet materiałów do złożenia stosownych wniosków w terminie 4 tygodni od dnia podpisania umowy.”*

Pkt 4.41 lit. f) OPZ stanowi: *„Powyższe czynności Wykonawca powinien wycenić i uwzględnić w cenie ofertowej.”*

Odwołujący kwestionując powyższe wskazał m.in. to, że w przypadku decyzji, które nie funkcjonują w obrocie prawnym w dacie złożenia ofert wykonawcy nie jest w stanie, kalkulując cenę oferty, rzetelnie wycenić obowiązków, których zakres zostanie określony dopiero w decyzji administracyjnej wydanej po zawarciu umowy.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że zarzut, na który wskazuje odwołujący dotyczy lit. d), która nie była kwestionowana. Kwestionowane postanowienie dotyczy bowiem o obowiązku przygotowania wniosków o wydanie decyzji. Kwestionowany obowiązek zwiera pkt d).

Zarzut I.7 – zarzut dotyczący pkt 4.44 OPZ – granice odpowiedzialności na zasadzie ryzyka przy odpowiedzialności za uszkodzenie mienia

Przywołany przez odwołującego art. 473 k.c. dopuszcza możliwość przewidzenia odpowiedzialności opartej na zasadzie ryzyka i dla zgodności z tym przepisem wymaga określenia okoliczności lub zdarzeń, za które w normalnych warunkach dłużnik odpowiedzialności by nie ponosił.

Oznacza to więc, że strony mogą zaostrzyć reżim odpowiedzialności, by zapewnić większą pewność wykonania zobowiązania. Rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy na ten dodatkowy zakres nie stanowi więc naruszenia zasady swobody umów. Odwołujący odpowiada bowiem za przekazany teren w całości.

Zarzut I.8 – zarzut dotyczący pkt 4.53 OPZ – zmiana poziomu wód gruntowych

Zamawiający w pkt 4.53 OPZ podał, że *„Wykonawca robót zobowiązany jest do oszacowania na podstawie dostarczonych przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowych, SST/STWIORB, Dokumentacji geotechnicznej oraz własnego doświadczenia, całościowych kosztów odwodnienia gruntu i wykopów oraz uwzględnienia ich w przedstawionej Zamawiającemu ofercie. Wykonawca w ofercie uwzględni ryzyko zmiany poziomu zwierciadła wód gruntowych lub wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których badania geotechniczne i dokumentacje projektowe nie wykazały występowania zwierciadła wód gruntowych i wycenić koszt odwodnienia wykopu uwzględniając to ryzyko.”* Ponadto OPZ wskazuje, że *„Wyceniając, należy także uwzględnić ryzyko wahań poziomu wody gruntowej w zależności od pory roku i intensywności opadów.”*

Odwołujący kwestionując to postanowienie wskazał m.in., że OPZ wprost wymaga od wykonawcy uwzględnienia w cenie oferty ryzyka wystąpienia wody gruntowej w miejscach, w których dokumentacja geotechniczna jej nie wykazała, co – w jego ocenie - zaprzecza celowi i funkcji dokumentacji geotechnicznej dostarczanej przez zamawiającego, za którą ten ponosi odpowiedzialność.

Tymczasem – jak wyjaśnił zamawiający - wymogi dotyczące odwodnienia wykopów zawarte są w dokumentacji projektowej, która nakłada na wykonawcę realizującego zamówienie obowiązek odwodnienia wykopów dostosowany do panujących w czasie wykonywania robót warunków gruntu - wodnych. Dokumentacja techniczna określa, gdzie wody gruntowe pojawiają się. Ich poziom zależy natomiast od ilości opadów na danym obszarze. W związku z tym wymóg przywołany w pkt 4.53 – jak dalej wyjaśnił zamawiający - uwzględniający warunki rzeczywiste (w tym wahania poziomu wody gruntowej) jest odpowiednio przeniesiony z dokumentacji projektowej. Ma to bowiem na celu wyłącznie zwrócenie wykonawcom uwagi na obowiązki przewidziane w dokumentacji projektowej.

Natomiast sposób odwodnienia ma zostać dobrany i zaprojektowany przez wykonawcę, który zobowiązany jest przygotować szczegółowe projekty w tym zakresie.

Co więcej kwestionowane postanowienia nie naruszają przywołanych przez odwołującego przepisów k.c. i Pzp.

Zarzut I.9 – zarzut dotyczący pkt 4.63 OPZ – dostępność laboratorium i nieograniczone dodatkowe badania

Zamawiający w pkt 4.63 OPZ podał, że *„Wykonawca jest zobowiązany dysponować laboratorium, które będzie*

sprawowało nadzór nad jakością wykonywanych robót i wbudowywanych materiałów i będzie przeprowadzało wymagane SST badania laboratoryjne oraz wykonać dodatkowe badania wg wskazań Zamawiającego, jeżeli zajdzie taka potrzeba. Wszystkie związane z tym koszty są po stronie Wykonawcy i należy ująć je w ofercie."

Odwolujący zakwestionował powyższe podnosząc m.in., że to postanowienie przyznaje zamawiającemu nieograniczone uprawnienie do zlecania dodatkowych badań laboratoryjnych „wg wskazań Zamawiającego”, bez jakiegokolwiek limitu ilościowego, bez określenia warunków zlecenia i bez mechanizmu kompensaty kosztów. A zatem postanowienie to tworzy jednostronne, blankietowe uprawnienie zamawiającego do generowania nieograniczonych kosztów po stronie wykonawcy.

Treść kwestionowanego postanowienia nie pozostaje w sprzeczności z przywołanymi przepisami k.c. i Pzp. Jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie w tym postanowieniu chodzi tylko o konieczne badania wykonywane w trakcie realizacji zamówienia, dla przeprowadzenia których musi być dostęp do laboratorium. Postanowienie to zobowiązuje więc wykonawcę do dysponowania laboratorium, które będzie sprawowało nadzór nad jakością wykonywanych robót i wbudowywanych materiałów, wykonywało badania wymagane SST i badania dodatkowe. Co więcej – wbrew twierdzeniom odwołującego - nie wymaga ono od wykonawcy wykonywania dodatkowych badań nieobjętych umową. Natomiast przewidziany w OPZ obowiązek i związane z tym wynagrodzenie dotyczą wyłącznie zapewnienia dostępności laboratorium.

Zarzut I.10 – zarzut dotyczący § 7 ust. 10 wzoru umowy – polecenie i inne podobne czynności zamawiającego

Zamawiający w § 7 ust. 10 wzoru umowy podał, że „*Żadne zatwierdzenie, sprawdzenie, zgoda, inspekcja, polecenie czy inne podobne działania Zamawiającego nie zwalnia Wykonawcy z jakiejkolwiek odpowiedzialności, którą ma on według Umowy.*”.

Treść tego paragrafu zakwestionował odwołujący.

Tymczasem – jak wyjaśnił zamawiający – z treści tego postanowienia wynika to, że wydanie przez zamawiającego polecenia nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności także w świetle art. 655 k.c., który będzie miał w takim przypadku odpowiednie zastosowanie. Dla zwolnienia z odpowiedzialności konieczne jest natomiast uprzedzenie o możliwych niebezpieczeństwach i ryzykach. Oznacza to więc, że postanowienie to nie modyfikuje ogólnych zasad odpowiedzialności. Wydawanie poleceń przez zamawiającego - jak dalej wyjaśnił zamawiający - musi być dopuszczone w naturze umowy, ale ono co do zasady nie zwalnia wykonawcy z obowiązku dokładania należytej staranności. Profesjonalny wykonawca powinien bowiem realizować i oddać przedmiot zamówienia zrealizowany zgodnie z dokumentacją postępowania. Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania, co więcej nie są one z nimi sprzeczne.

Zarzut I.11 – zarzut dotyczący § 14 ust. 5 wzoru umowy – wykonawstwo zastępcze po odstąpieniu od Umowy

Zamawiający w § 14 ust. 5 wzoru umowy podał „*Odstąpienie od Umowy, w przypadkach określonych w ust. 1 i ust. 2, nie pozbawia Zamawiającego prawa powierzenia poprawienia lub wykonania robót objętych Umową innym podmiotom na koszt i ryzyko Wykonawcy.*” Jednocześnie § 14 ust. 7 wzoru podał „*Strony zgodnie oświadczają, że odstąpienie od Umowy będzie wywoływało skutki wyłącznie ex nunc («na przyszłość»).*”. Z kolei § 14 ust. 1 pkt 10) – 12) wzoru umowy przewidują prawo Zamawiającego do odstąpienia od Umowy w przypadkach: zmiany, wydania lub wejścia w życie nowych przepisów prawa, wytycznych, warunków, postanowień, decyzji lub uzgodnień dotyczących Przedmiotu Umowy (pkt 10); wszczęcia postępowań dotyczących Przedmiotu Umowy uzasadniających wstrzymanie prac (pkt 11); wystąpienia okoliczności skutkujących niemożliwością wykonania Umowy w terminie lub w sposób przewidziany Umową, gdy zmiana jest niedopuszczalna na gruncie PZP lub wymaga podwyższenia wynagrodzenia (pkt 12).

Postanowienie to zakwestionował odwołujący.

Odnosząc się do kwestionowanych postanowień zamawiający wyjaśnił, że treść litery a) należy traktować jako umowne potwierdzenie naprawienia szkody wynikającej z odstąpienia od umowy, które nie jest także kwestionowane przez odwołującego. Po odstąpieniu od umowy zamawiający może bowiem powierzyć wykonanie dalszych prac innemu wykonawcy i kosztami, które z tego wynikają obciążyć wykonawcę. Istotnie taka treść powyższego postanowienia nie stanowi naruszenia swobody umów i nie jest sprzeczna z przepisami.

Jeśli zaś chodzi literę b) – jak dalej wyjaśnił zamawiający - to postanowienie to wskazuje wyłącznie na to, że odstąpienie od umowy nie pozbawia zamawiającego prawa powierzenia poprawienia lub wykonania robót na koszt i ryzyko wykonawcy nie przesądzając, że zamawiający będzie mógł tego dokonać w każdym wypadku. To będzie oceniane z uwzględnieniem zasad ogólnych i zasad odpowiedzialności przewidzianych w Umowie. Co więcej nie powoduje ono żadnej dodatkowej odpowiedzialności wykonawcy. Tym samym zarzut odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut I.12 – zarzut dotyczący § 14 ust. 9 pkt 3) – 5) wzoru umowy – obciążenie Wykonawcy kosztami czynności po odstąpieniu od Umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy

Zamawiający w § 14 ust. 9 wzoru umowy określa obowiązki wykonawcy i zamawiającego w przypadku

odstąpienia od Umowy. Odwołujący kwestionuje zgodność ukształtowania tego postanowienia z przepisami prawa i zarzuca zamawiającemu obciążanie wykonawcy kosztami czynności likwidacyjnych w sytuacji, gdy to nie on ponosi odpowiedzialność za okoliczności skutkujące odstąpieniem od Umowy, jest sprzeczne z zasadą odpowiedzialności odszkodowawczej ex contractu wyrażoną w art. 471 k.c.

Kwestionowane postanowienie – jak słusznie wskazał zamawiający – wskazuje jedynie, że obowiązki przywołane przez odwołującego są po jego stronie niezależnie od przyczyny odstąpienia i koszt wykonania tych obowiązków odwołujący ma uwzględnić w ofercie. Są to bowiem naturalne konsekwencje rozwiązania umowy. Postanowienie to nie nakłada więc na wykonawcę żadnych dodatkowych obowiązków. Natomiast konieczność rozliczenia robót, czy też usunięcia materiałów z terenu budowy to typowy element umowy o roboty budowlane. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się

Zarzut I.13 – zarzut dotyczący § 14 ust. 9 pkt 6) wzoru umowy – cesja umów podwykonawczych na polecenie zamawiającego

Zamawiający w § 14 ust. 9 pkt 6) wzoru umowy podał, że w przypadku odstąpienia od Umowy Wykonawca: „wykona polecenia Zamawiającego dotyczące cesji na rzecz Zamawiającego jakiegokolwiek umowy z Podwykonawcą.”

W ocenie odwołującego cesja ma więc obejmować nie tylko przeniesienie praw, lecz i obowiązków.

Postanowienie to – jak wyjaśnił zamawiający - nie nakłada na wykonawcę obowiązku doprowadzenia do cesji umowy. Co więcej dokonanie takiego przeniesienia umowy wymaga także zgody z podwykonawcą. Postanowienie to – wbrew twierdzeniom odwołującego - zabezpiecza jednak zgodę wykonawcy na takie przeniesienie. Jest to więc uszczegółowienie art. 455 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp.

Tym samym i ten zarzut nie potwierdził się.

Zarzut I.14 – zarzut dotyczący § 15 ust. 2 wzoru umowy – iluzoryczność klauzuli waloryzacyjnej

Zamawiający w rozdziale § 15 ust. 2 wzoru umowy podał:

„2. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany w przypadkach umów przewidujących okres wykonania zamówienia dłuższy niż 6 miesięcy (z uwzględnieniem aneksów zmieniających termin wykonania umowy) w zakresie, o którym mowa w art. 439 PZP, na następujących zasadach:

1) Strony mogą żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie, gdy wartość bezwzględna Z, obliczonego zgodnie z wzorem:

$$Z = Ww - 1$$

gdzie:

Ww – wskaźnik waloryzacji, obliczony zgodnie z punktem 7) niniejszego ustępu wyniesie co najmniej 0,08 tj.

$|Z| \geq 0,08$;

(...)”.

Odwołujący zakwestionował § 15 ust. 2 wzoru umowy, wskazując na iluzoryczność tej klauzuli.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 439 ustawy Pzp stanowi, że:

„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.”.

Z kolei art. 353¹ k.c. stanowi, że „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.”.

Art. 5 k.c. stanowi, że „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.”.

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”.

Natomiast art. 16 pkt 2) i 3) ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (...)

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.”.

Waloryzacja, co jest niewątpliwe, ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji, a więc dostosowanie wynagrodzenia wykonawcy do zmian gospodarczych zachodzących w czasie trwania umowy.

Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp klauzule waloryzacyjne są obowiązkowe we wszystkich umowach o zamówienia publiczne, jeśli okres ich trwania przekracza 6 miesięcy. I w tym stanie faktycznym ze względu na to, że umowa ma być zawarta na „108 tygodni od dnia zawarcia umowy” (SWZ - rozdział V. Termin wykonania zamówienia).

Klauzule takie powinny być skonstruowane w taki sposób, aby ich rozumienie nie budziło wątpliwości i aby mechanizm działania był zrozumiały dla wszystkich stron umowy. Zadaniem waloryzacji jest bowiem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

To na zamawiającym ciąży obowiązek zawarcia w umowie klauzuli waloryzacyjnej, jednakże może on ją w sposób dowolny kształtować. Co istotne „Zamawiający może w sposób dowolny kształtować poziom waloryzacji na gruncie umowy PZP. Oznacza to, że nie zawsze waloryzacja musi obejmować pełną zmiannę wartości wynagrodzenia. (...) „W szczególności powyższy przepis nie nakłada na Zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen. Na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców” (vide. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2022 roku, sygn. akt KIO 230/22)”. (Przykładowe klauzule waloryzacyjne możliwe do wykorzystania w umowach w sprawie zamówienia publicznego – materiał przygotowany i zamieszczony na stronach uzp.gov.pl)

Co prawda waloryzacja – jak słusznie wskazał odwołujący - ma za zadanie urealnić wynagrodzenie wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy to jednak nie oznacza, że ma to być waloryzacja będąca 100% rekompensatą zmiany tych cen.

Wykonawca, kalkulując cenę oferty i będąc profesjonalistą tej branży, powinien tak oszacować swoje koszty realizacji zamówienia, aby złożyć ofertę, która uwzględnia zarówno uwarunkowania rynkowe, jak też jego indywidualne.

Tymczasem odwołujący twierdzi, że wskazanie przez zamawiającego poziomu aktywatora na poziomie wyższym niż 0,08 jest nie tylko, że oderwane od aktualnych warunków rynkowych i trendów, ale i klauzule waloryzacyjne czyni iluzorycznymi. To dopiero określenie wskaźnika waloryzacji na poziomie 0,04 czyniłoby zadość art. 439 ustawy Pzp.

Tymczasem waloryzacja – jak wynika z Rekomendacji Prokuratury Generalnej dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w umowach publicznych – na co także wskazywał zamawiający, dotyczy „tego rodzaju wzrostu cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy”. Waloryzacja ma bowiem na celu urealnienie tego wynagrodzenia.

Przyjęcie wskaźnika na poziomie wnioskowanym przez odwołującego – jak podkreślał zamawiający - doprowadziłoby do sytuacji, w której praktycznie wszelkie zmiany cen nakazywałyby zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy. Tymczasem ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów może i powinno zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne, co powinno zostać uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej.

Wykonawca, żądając zmiany wskaźnika waloryzacji nie udowodnił jego zasadności. Co prawda odwołujący przedstawił dowód w postaci tabeli i wykresu obrazującego przewidywany przebieg inflacji w okresie realizacji inwestycji. Niemniej jednak jest on przedstawiony – jak słusznie wskazał zamawiający - na podstawie danych historycznych, a dynamika zmiany ceny może być zupełnie inna. A ponadto zamawiający przewidział w niniejszym postępowaniu możliwość udzielania zaliczek, aby zminimalizować obciążenia wykonawców.

Jeśli zaś chodzi o przywołane postanowienia umów realizowanych w Łodzi dotyczą one umów, które mają być realizowane w dłuższym czasie. A ponadto możliwym było przedstawienie także innych wskaźników na innych realizacjach, które spowodowane były ich specyfiką.

Dlatego też to ryzyko zmiany cen powinno być już uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej.

Tym samym Izba uznała, że zarzut ten także nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) 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:.....