

WYROK

Warszawa, 11 czerwca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 maja 2026 r. przez wykonawcę Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytet Morski w Gdyni, ul. Morska 81-87

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu wykreślenie następujących postanowień umownych:

- a) W § 2 ust. 2 Projektu Umowy zd. 2 o treści: *Jeżeli w Dokumentacji Technicznej wystąpią sprzeczności dotyczące danego elementu Robót, Inwestor ma prawo do wyboru najkorzystniejszego wariantu rozwiązania określonego tą dokumentacja.*
- b) W § 16 ust. 3 Projektu Umowy zd. 2 o treści: *W przypadku nieprzystąpienia wykonawcy do usunięcia tych wad, Inwestor może wstrzymać wszelkie płatności do momentu ich usunięcia. wykonawcy nie będą przysługiwały odsetki z tego tytułu.*
- c) W § 8 ust. 2 pkt 6) lit. c) Projektu Umowy w zdaniu 1 po przecinku słów: „w szczególności przez potrącenia z należności za wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę prace lub jakiegokolwiek inne formy” oraz uwzględnienie w projektowanych postanowieniach umownych postanowień uwzględniających normę art. 463 ustawy w związku z art. 452 ust. 4 ustawy,
- d) W § 1 ust. 3 Projektu Umowy przez wykreślenie zdania 2 o treści: *„Wyjaśnienia Inwestora są wiążące i ostateczne”* oraz wskazanie sposobu usuwania rozbieżności w dokumentacji z uwzględnieniem określonej przez zamawiającego w § 1 ust. 2 PPU hierarchii dokumentów,
- e) W § 11 ust. 2 Projektu Umowy zd. 2 in fine przez wykreślenie słów *„a zakończy po dokonaniu wszystkich czynności”* i wprowadzenie regulacji uwzględniającej zasadę współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy wykonaniu umowy, o której mowa w art. 431 ustawy, w taki sposób, aby usunąć niepewność, co do terminu zakończenia realizacji inwestycji,
- f) W § 25 ust. 2 pkt 2 Projektu Umowy zmianę tego punktu w taki sposób, aby projektowane postanowienia umowne nie powodowały odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający lub niezależnych od wykonawcy w szczególności wskazanych, w tym postanowieniu umownym w lit. b w taki sposób, aby uwzględniały zasadę współdziałania zamawiającego i wykonawcy oraz nie przewidywały odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 431 i 433 pkt 3 ustawy)
- g) Wykreślenie § 12 ust. 10 - 16 Projektu Umowy i wprowadzenie regulacji uwzględniających art. 439 ustawy w szczególności art. 439 ust. 2 in fine przez określenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia uwzględniającego postanowienia art. 439 ust. 3, określenie sposobu zmiany wynagrodzenia w sposób wskazany w art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy przez dobór wskaźnika adekwatnego do przedmiotu tego zamówienia oraz czasu realizacji zamówienia i określenia w sposób zgodny z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy sposobu określenia zmiany wynagrodzenia oraz okresów, w jakich może następować zmiana wynagrodzenia w sposób jednoznaczny określających, kiedy będzie dochodzić do zmiany wynagrodzenia, bez stosowania mechanizmów pozwalających zamawiającemu na nieograniczoną swobodę oceny zasadności wniosku wykonawcy o waloryzację,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem uiszczonego wpisu, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego
- 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu oraz poniesionych przez odwołującego wydatków 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku zamieszkania zbiorowego – Akademik Uniwersytetu Morskiego w Gdyni z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą” opublikowano w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Dz.U. S 81/2026 nr 285855-2026 27 kwietnia 2026 r.

7 maja 2026 r. wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 wniósł odwołanie działając przez należycie umocowanego pełnomocnika. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 99 ust. 1 i art. 103 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy , art. 433 pkt 3) ustawy oraz art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 647 KC, art. 651 KC w zw. z art. 353¹ KC przez wprowadzenie w § 2 ust. 2 Projektu Umowy postanowienia, zgodnie z którym *„Jeżeli w Dokumentacji Technicznej wystąpią sprzeczności dotyczące danego elementu Robót, Inwestor ma prawo wyboru najkorzystniejszego wariantu rozwiązania określonego tą dokumentacją”*, przez co zamawiający przerzuca na wykonawcę negatywne konsekwencje nienależytego opisanie przedmiotu zamówienia, podczas gdy to obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych oraz zrozumiałych określeń, a zamawiający nie może obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami nienależytego opisu przedmiotu zamówienia, za który wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający,
- 2.art. 449 ust. 2 i 3, art. 450, art. 452 ust. 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy oraz art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ KC, art. 647 KC, art. 654 KC i art. 481 KC przez wprowadzenie w § 16 ust. 3 Projektu Umowy postanowienia, zgodnie z którym zamawiający przyznaje sobie arbitralne prawo do wstrzymania wszelkich płatności na rzecz wykonawcy w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad w odebranych już robotach, z jednoczesnym brakiem prawa wykonawcy do odsetek, co prowadzi do niedopuszczalnego ustanowienia na rzecz zamawiającego dodatkowego, nieprzewidzianego ustawą zabezpieczenia należytego wykonania umowy (niedopuszczalnego dublowania zabezpieczenia przewidzianego przepisami art. 449 i n. ustawy) i jednocześnie do przyznania sobie przez zamawiającego prawa do uchylenia się od wykonania kluczowego zobowiązania z umowy o roboty budowlane jakim jest zapłata wynagrodzenia na rzecz wykonawcy,
- 3.art. 16 pkt 1) – 3) ustawy , art. 437 ust. 1 ustawy , art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy , art. 463 i 464 ust. 1 – 3 ustawy , art. 465 ust. 3 i 4 ustawy oraz art. 8 ust. 1 w zw. z art. 353¹ KC, art. 647¹ § 1 i 3 KC w zw. z art. 5 KC przez wprowadzenie w § 8 ust. 2 pkt 6 lit. b) Projektu Umowy postanowienia, w którym zamawiający przewidział zakaz tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umów o podwykonawstwo przez potrącenie kwoty udzielonego zabezpieczenia z wynagrodzeniem podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, podczas gdy stawiając takie wymagania w stosunku do umów o podwykonawstwo Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza prawo podmiotowe do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia oraz normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikające z przepisów prawa ingeruje w stosunki prawne między wykonawcą a podwykonawcami, co dodatkowo pozostaje w sprzeczności z przyjętą praktyką rynkową, dotyczącą stosowania w umowach o podwykonawstwo zabezpieczenia w formie kaucji pieniężnej ustanawianej przez potrącenie z wynagrodzeniem podwykonawcy, czego rezultatem jest również wyeliminowanie z grona potencjalnych podwykonawców podmiotów z sektora mikro, małych oraz średnich przedsiębiorców (MŚP),
- 4.art. 16 pkt 1) – 3) ustawy , art. 99 ust. 1 ustawy , art. 103 ust. 1 ustawy , art. 433 pkt 3) ustawy oraz art. 8 ust. 1 ustawy w zw. art. 5 KC, art. 353¹ KC i art. 647 KC przez wprowadzenie w § 1 ust. 3 Projektu Umowy postanowienia, zgodnie z którym w razie stwierdzenia, że pomiędzy dokumentami składającymi się na umowę (§ 1 ust. 2 Projektu Umowy) zostaną stwierdzone rozbieżności lub niejednoznaczności, wyjaśnienia zamawiającego mają charakter wiążący i ostateczny dla wykonawcy, co oznacza, że zamawiający przyznaje sobie prawo arbitralnej – oderwanej od hierarchii dokumentów ustanowionej w § 1 ust. 2 Projektu Umowy – interpretacji dokumentów składających się na umowę, czego rezultatem jest dowolne (zależne od woli zamawiającego) obarczenie wykonawcy negatywnymi konsekwencjami nienależytego opisanie przedmiotu zamówienia, za co wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, a także ukształtowanie postanowień umowy w sposób nieproporcjonalny i naruszający równowagę stron;
- 5.art. 16 pkt 1) – 3) ustawy oraz art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 KC, art. 353¹ KC i art. 647 KC przez

ukształtowanie procedury odbioru końcowego w sposób naruszający zasadę proporcjonalności i równowagi kontraktowej stron, polegający na uzależnieniu w § 11 ust. 6 Projektu Umowy terminu zakończenia robót budowlanych od daty podpisania protokołu odbioru przez inspektora nadzoru oraz zamawiającego, przy jednoczesnym braku określenia jakiegokolwiek terminu na zakończenie czynności odbioru końcowego przez zamawiającego, co prowadzi do przyznania zamawiającemu prawa prowadzenia odbioru w nieograniczonym terminie, mimo faktycznego zakończenia robót przez wykonawcę, a tym samym obarcza wykonawcę pełnym ryzykiem związanym z czasem trwania odbioru, który pozostaje wyłącznie w sferze obowiązków zamawiającego;

6.art. 99 ust. 1 ustawy , art. 433 pkt 3) ustawy w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy oraz art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 647 KC oraz art. 649 KC przez ukształtowanie Projektu Umowy w sposób nieproporcjonalny, naruszający równowagę kontraktową stron oraz przerzucający na wykonawcę pełną odpowiedzialność finansową (ryzyko) za okoliczności, które objęte są wyłączną odpowiedzialnością zamawiającego (np. błędy w dokumentacji projektowej - § 25 ust. 2 pkt 2 lit. b Projektu Umowy), polegający na przewidzeniu w § 25 ust. 2 pkt 2) Projektu Umowy możliwości zmiany umowy tylko w zakresie terminu wykonania robót przy braku możliwości zmiany wynagrodzenia, pomimo że zdarzenia opisane w § 25 ust. 2 pkt 2) Projektu Umowy nie są objęte ryzykiem wykonawcy, a w części stanowią wyłączną odpowiedzialność zamawiającego;

7.art. 439 ust. 1 – 4 ustawy w zw. art. 16 pkt 1) – 3) ustawy oraz art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 353¹ KC oraz art. 5 KC przez ukształtowanie w Projekcie Umowy klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a także naruszający równowagę kontraktową stron, polegający na:

- 1) nieokreśleniu sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia – to jest klauzula nie zawiera algorytmu obliczenia kwoty waloryzacji, a jedynie ustanawia górny pułap na poziomie wartości wskaźnika publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny (CPI), przy jednoczesnej sprzeczności wewnętrznej między § 12 ust. 10 pkt 3 Projektu Umowy (waloryzacja wyłącznie nadwyżki ponad próg) a § 12 ust. 10 pkt 4 Projektu Umowy (wskaźnik GUS jako górna granica waloryzacji);
- 2) przyjęciu nieadekwatnego wskaźnika waloryzacyjnego (średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego przez Prezesa GUS za ostatni rok kalendarzowy poprzedzający datę złożenia wniosku zamiast właściwego dla robót budowlanych wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, publikowanego przez GUS w ujęciu miesięcznym, a ponadto - zastosowanie wskaźnika publikowanego raz w roku, na dodatek odnoszącego się do roku poprzedniego, przez co wskaźnik nie odzwierciedla zmian cen materiałów lub kosztów od dnia złożenia oferty, wobec czego jest metodologicznie nieadekwatny dla kontraktów budowlanych);
- 3) zaniechaniu wprowadzenia postanowienia, zgodnie z którym, jeżeli umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert (art. 439 ust. 3 ustawy),
- 4) wprowadzenie w § 12 ust. 10 pkt 2 lit. c) Projektu Umowy wymogu złożenia przez wykonawcę oświadczenia o tym, że nie posiadał zapasów materiałów nabytych po cenach niższych oraz nie miał możliwości ich nabycia we wcześniejszym terminie, który to wymóg nie znajduje podstawy w Ustawie i uniemożliwia w praktyce skorzystanie z uprawnienia do waloryzacji wynagrodzenia;
- 5) zastrzeżenie w § 12 ust. 11 Projektu Umowy arbitralnego (uzależnionego od oceny i woli zamawiającego) prawa do odrzucenia wniosku o waloryzację i uznania go za niebyły na podstawie nieobiektywnych i niezdefiniowanych kryteriów: „ogólnikowości” lub innych uchybień wniosku, a także w sytuacji, gdy wniosek nie będzie zawierał „analizy wpływu zmiany cen na rentowność kontraktu”, co stanowi wymóg nieznajdujący podstawy w ustawie oraz stanowi barierę uniemożliwiającą wykonawcy waloryzację wynagrodzenia w obliczu realnej zmiany cen materiałów i kosztów;
- 6) ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób pozorny, to jest jedynie formalnie spełniający obowiązek ustawowy, lecz faktycznie uniemożliwiający jego realizację w normalnych warunkach rynkowych, wskutek:
 - a) zastosowania wskaźnika w ujęciu rocznym (średnioroczny CPI za rok poprzedni) zamiast wskaźnika narastającego, czego rezultatem jest ignorowanie skumulowanych wieloletnich zmian cen,
 - b) ustalenia „progu wejścia” uprawniającego do waloryzacji na poziomie 5% (pięć procent), mierzonego wyłącznie w skali jednego roku, który – jak wykazuje analiza danych historycznych

GUS za lata 2005–2025 – w normalnych warunkach rynkowych nie jest przekraczany, czyniąc klauzulę waloryzacyjną martwą przez zdecydowaną większość okresu realizacji umowy,
c) ograniczenia kwoty waloryzacji wyłącznie do nadwyżki ponad próg, co przy marginalnym przekroczeniu czyni ją ekonomicznie symboliczną, pomimo że dochodzi do realnej zmiany cen materiałów i kosztów.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Projektu Umowy w sposób, który nie będzie przerzucał na wykonawcę negatywnych konsekwencji sprzeczności w dokumentacji projektowej, za której jakość oraz prawidłowość odpowiada zamawiający.

Odwołujący jest świadomy, że gospodarzem postępowania jest zamawiający, dlatego zaproponowana poniżej zmiana § 2 ust. 2 Projektu Umowy stanowi tylko wytyczenie kierunku zmian, które w ocenie odwołującego są adekwatne:

„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z przekazaną Dokumentacją Techniczną i nie wnosi do niej żadnych uwag, a nadto oświadcza, że Dokumentacja Techniczna jest wystarczająca do wykonania przez niego Robót. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że dokonał sprawdzenia Dokumentacji Technicznej, w tym opisów Robót i nie wnosi jakichkolwiek zastrzeżeń, co do zawartych w niej rozwiązań, ani też co do jej kompletności pod kątem realizacji zleconych Robót. Jeżeli w Dokumentacji Technicznej wystąpią sprzeczności dotyczące danego elementu Robót, Inwestor ma prawo do wyboru najkorzystniejszego wariantu rozwiązania określonego tą dokumentacją. Powyższe oświadczenie nie oznacza dokonania przez wykonawcę analizy otrzymanej od Inwestora Dokumentacji Technicznej pod kątem poprawności przyjętych założeń, obliczeń, rozwiązań - błędów projektowych. Wykonawca nie przejmuje odpowiedzialności za błędy projektowe przekazywanej przez Inwestora Dokumentacji Technicznej, chyba że błędy te można było z łatwością dostrzec mając na względzie profesjonalny charakter wykonywanej przez wykonawcę działalności”.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Projektu Umowy w sposób, który nie będzie umożliwiał zamawiającemu arbitralnie wstrzymać wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w sytuacji, gdy stwierdzone zostaną wady w odebranych już robotach lub innych przypadkach nienależytego wykonania umowy. W przypadku nienależytego wykonania umowy zamawiającemu przysługuje zabezpieczenie należytego wykonania umowy, które zamawiający zastrzegł w § 20 Projektu Umowy.

Odwołujący zaproponował brzmienie § 16 ust. 3 Projektu Umowy:

„W razie stwierdzenia w elementach Robót już odebranych na podstawie odbioru częściowego lub odbioru końcowego, wad wykonanych Robót, Inwestor może żądać przystąpienia do ich niezwłocznego usunięcia w uzasadnionym technologicznie terminie wyznaczonym przez Inwestora. W przypadku nie przystąpienia wykonawcy do usunięcia tych wad, Inwestor może wstrzymać wszelkie płatności do momentu ich usunięcia. Wykonawcy nie będą przysługiwały odsetki z tego tytułu. Usunięcie wady stwierdza się protokolarnie”.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Projektu Umowy w sposób, który będzie umożliwiał wykonawcy tworzenie zabezpieczenia należytego wykonania umów o podwykonawstwo przez potrącenie kwoty zabezpieczenia z wynagrodzeniem podwykonawcy.

Odwołujący zaproponował brzmienie § 8 ust. 2 pkt 6) lit. c) Projektu Umowy:

„projekt umowy o podwykonawstwo oraz umowa o podwykonawstwo przedkładane Inwestorowi do akceptacji przewidujące formy tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (kaucji gwarancyjnej) ; w szczególności przez potrącenia z należności za wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę prace lub jakiekolwiek inne formy w formie zatrzymania należnych podwykonawcy należności za wykonane prace; Zamawiający dopuszcza tworzenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (kaucji gwarancyjnej) przez potrącenie zabezpieczenia z należnością za wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę prace, przy czym ustanowiona w wyniku potrącenia kaucja nie stanowi zatrzymania części wynagrodzenia”.

W odniesieniu do zarzutu nr 4 odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Projektu Umowy w sposób zapewniający przewidywalną – zgodną z § 1 ust. 2 Projektu Umowy – interpretację dokumentów składających się na umowę, która będzie oderwana od dowolności ze strony zamawiającego.

Odwołujący zaproponował brzmienie § 1 ust. 3 Projektu Umowy:

„Jeżeli pomiędzy dokumentami, o których mowa powyżej lub w terminologii, którą posługują się te dokumenty zostaną stwierdzone rozbieżności lub niejednoznaczności, Wykonawca zwróci się niezwłocznie po ich wykryciu do Inwestora o udzielenie wyjaśnień. Wyjaśnienia Inwestora będą uwzględniały hierarchię dokumentów określoną w § 1 ust. 2 są wiążące i ostateczne”.

W odniesieniu do zarzutu nr 5 odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Projektu Umowy w sposób, który uwzględniał słuszny interes wykonawcy i konkretyzował zobowiązani zamawiającego, to jest przez dodanie terminu na dokonanie odbioru końcowego przez zamawiającego.

Odwołujący zaproponował brzmienie § 11 ust. 2 Projektu Umowy:

„Odbiory Robót zanikających będą dokonywane w terminie dwóch dni roboczych; odbiory częściowe będą dokonywane w

terminie pięciu dni roboczych; odbiór usunięcia wad Robót w terminie pięciu dni roboczych; w każdym przypadku od dnia zgłoszenia Inspektorowi Nadzoru przez wykonawcę gotowości do danego odbioru. Odbiór końcowy rozpocznie się w terminie 7 dni roboczych od dnia zgłoszenia Inspektorowi Nadzoru przez wykonawcę gotowości do odbioru, a zakończy po dokonaniu wszystkich czynności, jednak nie później niż w terminie 10 dni roboczych od jego rozpoczęcia”.

W odniesieniu do zarzutu nr 6 odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Projektu Umowy w sposób, który będzie umożliwiał zmianę umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności w sytuacji wystąpienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Odwołujący zaproponował brzmienie § 25 ust. 2 pkt 2 Projektu Umowy:

„2. Inwestor przewiduje możliwość zmian Umowy, które mogą dotyczyć w szczególności następujących przypadków (...)

2) zmiana, w tym wydłużenie, terminu wykonania Robót, a także zmiana przedmiotu umowy lub wynagrodzenia wykonawcy, w związku z (...)”.

W odniesieniu do zarzutu nr 7 odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany Projektu Umowy w sposób umożliwiający dokonanie realnej, zgodnej z założeniami art. 439 ustawy waloryzacji wynagrodzenia, w szczególności umożliwienie waloryzacji wynagrodzenia przy przeciętnych, rynkowych zmianach (a nie tylko ekstremalnych) cen materiałów lub kosztów.

Odwołujący zaproponował brzmienie § 12 ust. 10 - 16 Projektu Umowy:

„10. Wynagrodzenie wykonawcy określone w ust. 2 powyżej określone według cen z Kosztorysu Ofertowego może ulec zmianie (podwyższenie lub obniżenie) wyłącznie w przypadku wystąpienia zmiany cen materiałów lub kosztów istotnych dla realizacji Przedmiotu Umowy, pod warunkiem łącznego spełnienia następujących przesłanek:

1) Wykonawca złoży Inwestorowi pisemny, szczegółowo uzasadniony wniosek, nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty przekazania Terenu Budowy. Kolejne wnioski mogą być składane w odstępach nie krótszych niż 6 miesięcy od dnia podpisania poprzedniego aneksu waloryzującego; W przypadku gdy Umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, zmiana wynagrodzenia może obejmować zmiany cen materiałów lub kosztów, jakie zaszyły od dnia otwarcia ofert;

2) wniosek, o którym mowa w pkt 1, winien zawierać: wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia bez waloryzacji, wysokość zastosowanego wskaźnika, wartość wynagrodzenia po waloryzacji;

~~a) wykazanie bezpośredniego i rzeczywistego wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania pozostałej do zrealizowania części Przedmiotu Umowy;~~

~~b) dokumenty źródłowe (faktury zakupu, wiążące oferty, oficjalne cenniki producentów) potwierdzające wzrost kosztów, wraz z porównaniem ich do cen ujętych w Kosztorysie Ofertowym;~~

~~c) oświadczenie, że Wykonawca nie posiadał zapasów materiałów nabytych po cenach niższych oraz nie miał możliwości ich nabycia we wcześniejszym terminie w celu uniknięcia skutków wzrostu cen;~~

3) narastający wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej ogółem, obliczony jako iloczyn miesięcznych wskaźników ogłaszanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w miesięcznych komunikatach dotyczących wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej (miesiąc poprzedni = 100), wyrażonych jako ułamki dziesiętne, liczonych od miesiąca poprzedzającego miesiąc złożenia oferty przez wykonawcę do miesiąca poprzedzającego datę złożenia wniosku o waloryzację, przemnożony przez 100 (dalej: „Wskaźnik W”) średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS („Wskaźnik GUS”) za ostatni rok kalendarzowy poprzedzający datę złożenia wniosku, wzrost lub spadek o więcej niż 51,15%, tj. Wskaźnik W przekroczył wartość 101,15 albo spadł poniżej wartości 98,85;

4) Maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia jednostkowego nie może przekroczyć wartości wynikającej ze Wskaźnika GUS, o którym mowa powyżej. Wskaźnik GUS stanowi górną, nieprzekraczalną granicę waloryzacji, a nie automatyczną podstawę do zwiększenia cen. Łączna wartość wszystkich waloryzacji w całym okresie obowiązywania Umowy nie może spowodować zmiany wynagrodzenia wykonawcy o więcej niż 10% (w górę lub w dół) całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 2 Umowy.

5) Kwoty płatne wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami.

Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o miesięczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej Ogółem, pozycja B publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny pod linkiem: [wybrane miesięczne wskaźniki makroekonomiczne](#) → Wskaźniki cen, lub w Opracowaniach sygnalnych, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby ww wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik

publikowany przez GUS.

Wskaźnik waloryzacji $W_w(n)$ przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość Wynagrodzenia za roboty niezrealizowane tj. robót nieujętych w protokołach odbioru częściowego lub końcowego podpisanych przed dniem złożenia wniosku w n-tym miesiącu powstaje przez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi złożenie wniosku wg poniższego wzoru:

$$\frac{W_0}{100} \frac{W_1}{100} \frac{W_2}{100} \frac{W_3}{100} \frac{W_{n-1}}{100} \frac{W_n}{100} = a + (1-a)x \left(\frac{x}{100} \frac{x}{100} \frac{x}{100} \dots \frac{x}{100} \right)$$

gdzie:

„ $W_{w(n)}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca:

„a” – stały współczynnik o wartości 0,10 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).

„ W_0 ” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100

„ W_1 ” – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ W_2 ”, „ W_3 ”, ... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W_{n-1} – wskaźnik „n-1” z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ W_n ” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W praktyce wskaźnik „ $W_{w(n)}$ ” powstaje przez przemnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca n-1 przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego n

$$\frac{W_n}{100} \\ WW(n) = a + (1-a)x \frac{WW(n-1)}{100}$$

gdzie:

„ $W_{w(n)}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca:

„ $W_{w(n-1)}$ ” – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury

„ W_n ” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpiło wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W^n

Ilorazy wskaźników cen (np.) należy obliczać z dokładnością do trzech 100

miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji $W_{w(n)}$ należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku.

Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia w danym miesiącu realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot Wynagrodzenia, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji. W sytuacji gdy rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym.

11. Inwestor dokona weryfikacji wniosku w terminie 21 dni. Wniosek nieudokumentowany, sporządzony w sposób ogólnikowy lub niezawierający analizy wpływu zmiany cen na rentowność kontraktu, zostanie odrzucony jako niespełniający wymogów formalnych i uznany za niebyły. W przypadku, gdy wniosek jest nieudokumentowany lub sporządzony w sposób ogólnikowy, Inwestor zwróci się do wykonawcy z wezwaniem do jego uzupełnienia lub doprecyzowania w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania. Nieuzupełnienie, lub niewystarczające uzupełnienie wniosku w powyższym terminie skutkuje uznaniem przez Inwestora wniosku tylko w takim stopniu, w jakim wniosek został on udowodniony.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy. Zamawiający sformułował Projekt Umowy w sposób naruszający przepisy ustawy i KC. Zważywszy, że Projekt Umowy, został ukształtowany w sposób naruszający przepisy ustawy i KC, odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ, ponieważ chciałby mieć możliwość złożenia oferty w postępowaniu, a jeżeli jego oferta zostanie wybrana, chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej oraz zgodnej z przepisami prawa umowy z zamawiającym.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 04 października 2010 r., sygn. KIO 2036/10 i wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2017 r., sygn. KIO 1718/17.

Wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- 1.Rekomendowane praktyki Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w zakresie przyjmowania wartości współczynnika „a” we wzorach waloryzacyjnych. Edycja 1; Luty 2024
dla wykazania, że rekomendowaną wartością współczynnika „a” dla kontraktów typu „buduj” jest 0,10.
- 2.Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 21 kwietnia 2026 r. dotyczący wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2026 r.
dla wykazania wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2026 roku, w szczególności w porównaniu z marcem 2025 roku, jak i do lutego 2026 r.
- 3.Wyciąg z danych publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego
dla wykazania jak kształtował się wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (CPI) na przestrzeni lat od 2002 roku do 2025 roku.

Odwołujący podkreślił, że jego celem nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków udziału w postępowaniu oraz warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb zamawiającego. Intencją odwołującego jest, żeby postępowanie zostało przeprowadzone, a zamówienie zostało udzielone, z poszanowaniem przepisów prawa, zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację zamówienia. Tylko takie sformułowanie warunków udziału, kryteriów, ale także warunków umowy, daje gwarancję należytego przeprowadzenia postępowania oraz należytego wykonania zamówienia i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez zamawiającego – zainteresowanego otrzymaniem przedmiotu umowy o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy – zainteresowanego należyтым wykonaniem zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych. W obszarze zainteresowań wykonawcy jest również oczywiście osiągnięcie zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak swoboda zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Odwołał się do orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. KIO 897/15 i wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. KIO 2177/14 oraz do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r. (sygn. IV CSK 478/07).

Zarzut nr 1 – Obarczenie wykonawcy negatywnymi konsekwencjami sprzeczności dokumentacji projektowej.

W § 2 ust. 2 zdanie trzecie Projektu Umowy zamawiający zamieścił postanowienie – „Jeżeli w Dokumentacji Technicznej wystąpią sprzeczności dotyczące danego elementu Robót, Inwestor ma prawo do wyboru najkorzystniejszego wariantu rozwiązania określonego tą dokumentacją”. W ocenie odwołującego wskazane postanowienie narusza przepisy ustawy i KC w zakresie w jakim przerzuca na wykonawcę negatywne konsekwencje sprzeczności dokumentacji projektowej oraz w jakim przyznaje zamawiającemu arbitralne prawo decydowania o tym, który wariant rozwiązania określonego dokumentacją jest wiążący dla wykonawcy.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy, wyłączną odpowiedzialność za opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący ponosi zamawiający. Jego odpowiedzialnością objęta jest również dokumentacja projektowa, o której mowa w art. 103 ust. 1 ustawy. Mankamentów dokumentacji projektowej, czy też braków w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie może nadrabiać przez przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę. W tym

postępowaniu mamy do czynienia z umową w formule „buduj”, co oznacza klasyczną umowę o roboty budowlane. Zgodnie z art. 647 KC, w przypadku umów o roboty budowlane to obowiązkiem inwestora (zamawiającego) jest przekazanie wykonawcy projektu. Z tą regulacją koresponduje treść art. 103 ust. 1 ustawy, który na zamawiającego publicznego w przypadku zamówień na roboty budowlane nakłada obowiązek sporządzenia dokumentacji projektowej i w ten sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający powinien ponosić negatywne skutki sprzeczności dokumentacji projektowej (np. błędów projektowych). Kwestionowane postanowienie § 2 ust. 2 Projektu Umowy przewiduje odstępstwo od tej zasady – skoro bowiem zamawiający zastrzega sobie prawo wyboru najkorzystniejszego dla siebie wariantu (i to niezależnie od hierarchii dokumentów z § 1 ust. 2 Projektu Umowy), to wykonawca zostaje obciążony finansowymi i organizacyjnymi skutkami braku jednoznaczności tej dokumentacji, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający – co należy uznać za sprzeczne z przepisami ustawy oraz Kodeksu cywilnego. Postanowienie § 2 ust. 2 Projektu Umowy ewidentnie ma więc charakter asekuracyjny ze strony zamawiającego – na wypadek, gdyby doszło do nienależytego wykonania przez zamawiającego obowiązków wynikających z przepisów ustawy (np. art. 99 ust. 1). Przez wskazane postanowienie zamawiający dąży bowiem do osiągnięcia najkorzystniejszego dla siebie wariantu zamiast jednoznacznie i wyczerpująco opisać, który wariant powinien wykonać wykonawca. W tym kontekście dodać należy, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że tego rodzaju asekuracyjne postanowienia są niezgodne z przepisami ustawy (np. wyrok KIO z dnia 01 lutego 2022 r., sygn. KIO 66/22).

Art. 433 pkt 3) ustawy przewiduje, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Odwołujący stwierdził, że sprzeczności w dokumentacji projektowej stanowią okoliczność, za którą wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. W związku z tym § 2 ust. 2 Projektu Umowy w zakresie, w jakim przerzuca na wykonawcę negatywne konsekwencje sprzeczności dokumentacji projektowej – bez prawa dla wykonawcy do żądania zmiany wynagrodzenia – stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 3) ustawy.

Przyznanie zamawiającemu prawa do arbitralnego decydowania, który z wariantów przewidzianych dokumentacją jest wiążący prowadzi do naruszenia zasady swobody umów i równowagi kontraktowej. Zamawiający może bowiem jednostronnie decydować o rozszerzeniu świadczenia wykonawcy bez odpowiedniego wynagrodzenia, czym godzi w ekwiwalentność świadczeń.

Zarzut nr 2 – Wstrzymanie płatności w przypadku wad w robotach.

W § 16 ust. 3 Projektu Umowy zamawiający postanowił, że – *„W razie stwierdzenia w elementach Robót już odebranych na podstawie odbioru częściowego lub odbioru końcowego, wad wykonanych Robót, Inwestor może żądać przystąpienia do ich niezwłocznego usunięcia w uzasadnionym technologicznie terminie wyznaczonym przez Inwestora. W przypadku nieprzystąpienia wykonawcy do usunięcia tych wad, Inwestor może wstrzymać wszelkie płatności do momentu ich usunięcia. Wykonawcy nie będą przysługiwały odsetki z tego tytułu”*.

Przytoczone postanowienie § 16 ust. 3 Projektu Umowy w zakresie w jakim przyznaje zamawiającemu prawo do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia w razie stwierdzenia nienależytego wykonania umowy narusza przepisy ustawy i KC.

Zamawiający przyznaje prawo do arbitralnego decydowania o wstrzymaniu zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy.

Kwestionowane postanowienie jest o tyle szczególnie rażące, że:

- 1) uprawnienie to zamawiający może wykonać niezależnie od istotności wady,
- 2) obejmuje ono wszelkie płatności należne wykonawcy, a nie tylko tę część wynagrodzenia, która odpowiada zakresowi prac dotkniętych wadą,
- 3) wyłącza prawo wykonawcy do odsetek za cały okres wstrzymania płatności,
- 4) nie różnicuje sytuacji ze względu na zawinienie wykonawcy.

Uprawnienie zastrzeżone przez zamawiającego odwołujący uznał za niedopuszczalne i godzi ono w podstawowy obowiązek zamawiającego jako inwestora wynikający z umowy o roboty budowlane, jakim jest zapłata wynagrodzenia wykonawcy za wykonane roboty budowlane (art. 647 KC).

Zgodnie z art. 647 KC, odbiór obiektu jest podstawowym obowiązkiem inwestora (zamawiającego) wynikającym z umowy o roboty budowlane. Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. Zamawiający w § 16 ust. 3 Projektu Umowy *de facto* warunkuje uprawnienie wykonawcy do wynagrodzenia od tego, że roboty budowlane będą w każdym czasie pozbawione jakichkolwiek wad, co w skutkach zbliżone jest do odbioru bezusterkowego.

Niezależnie od powyższego – kształtując § 16 ust. 3 Projektu Umowy zamawiający wprowadza dodatkowe,

nieprzewidziane przepisami ustawy zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia i dubluje zabezpieczenie, które wykonawca zobowiązany będzie wnieść zgodnie z dokumentami zamówienia. Istotne w tym zakresie jest to, że zapis wskazuje na wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia, co oznacza, że wykonawca wykonał już określone roboty oraz nabył prawa do wynagrodzenia w tym zakresie. Zamawiający przez wstrzymanie należnego wykonawcy wynagrodzenia w istocie traktuje zatrzymane wynagrodzenie jako zabezpieczenie prawidłowości wykonania umowy. Zamawiający zastrzega dla siebie w ten sposób dodatkowe zabezpieczenie w kwocie odpowiadającej bliżej nieokreślonej wartości – co czyni z naruszeniem przepisów ustawy, które określają formę i maksymalną wysokość zabezpieczenia (art. 449 i n. ustawy). Zamawiający całkowicie pomija fakt, że będzie miał do dyspozycji zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 20 Projektu Umowy, które służy właśnie pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę umowy. W związku z powyższym zastrzeżenie dodatkowe (dublowanie) zabezpieczenia jest niedopuszczalne w świetle ustawy.

Zarzut nr 3 – Zakaz tworzenia zabezpieczenia z podwykonawcami przez potrącenie z wynagrodzeniem.

W § 8 ust. 2 pkt 6) lit. b) Projektu Umowy zamawiający postanowił, że zgłosi zastrzeżenia wobec projektu umowy o podwykonawstwo lub sprzeciw wobec umowy o podwykonawcy, jeżeli będzie ona przewidywała postanowienia dotyczące „*tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (kaucji gwarancyjnej), w szczególności przez potrącenia z należności za wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę prace lub jakiegokolwiek inne formy zatrzymania należnych podwykonawcy należności za wykonane prace*”. W istocie oznacza to, że zamawiający zakazuje tworzenia zabezpieczenia umów o podwykonawstwo przez potrącenie z wynagrodzeniem podwykonawcy, co w ocenie odwołującego stanowi nadmierną oraz niedopuszczalną ingerencję zamawiającego w stosunki między wykonawcą a podwykonawcami.

Zakres dopuszczalnej ingerencji ze strony zamawiającego w treść umów o podwykonawstwo ustawodawca określił w art. 463 i art. 464 ust. 3 ustawy. Wszelkie ograniczenia w swobodzie umów (art. 353¹ KC) muszą być traktowane w sposób zawężający; co do zasady każdy wykonawca powinien mieć możliwość swobodnego ułożenia treści swojego stosunku prawnego z podwykonawcą, a wszelkie ograniczenia w tym zakresie winny mieć przekonujące uzasadnienie w przepisach ustawy (vide wyrok SO w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 14/22). Prymat należy przyznać normie prawnej z art. 353¹ KC oraz wynikającej z niej zasadzie swobody umów. Brak jest podstaw w Ustawie do ingerencji ze strony zamawiającego w zakresie w jakim czyni to w § 8 ust. 2 pkt 6) lit. b) Projektu Umowy.

Pewnego rodzaju standardem rynkowym w umowach podwykonawczych jest korzystanie z pieniężnej formy zabezpieczenia, bowiem kondycja finansowa wielu firm podwykonawczych, zwłaszcza mniejszych, działających na rynkach lokalnych, nie pozwala na złożenie zabezpieczeń w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej. Wykonawca zaś, działając w sposób odpowiedzialny i zapewniający ochronę jego interesów, a także sprawną realizację inwestycji, wymaga złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez podwykonawców. Często zabezpieczeniem w formie pieniężnej jest kaucja – tj. dokonywane są umowne, za zgodą obu stron, potrącenia konkretnej kwoty z wynagrodzenia podwykonawcy. W chwili dokonania takiego potrącenia dana kwota przestaje być wynagrodzeniem, a staje się kaucją (zabezpieczeniem), nie jest już zatem objęta solidarną odpowiedzialnością zamawiającego (art. 647¹ Kodeksu cywilnego). Odwołujący zwrócił uwagę, że skutkiem potrącenia jest umorzenie wierzytelności. W związku z tym umorzenie wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy oznacza, że wynagrodzenie podwykonawcy zostało zaspokojone, a jednocześnie w tym zakresie ustaje odpowiedzialność solidarna zamawiającego. Wyłączenie możliwości potrącenia wierzytelności o ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (kaucji) jest nieproporcjonalną w rozumieniu art. 16 pkt 3 ustawy ingerencją zamawiającego w uprawnienie wykonawcy do kształtowania treści umów podwykonawczych i nie znajduje uzasadnienie w interesie zamawiającego.

Zamawiający zakazuje tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umów o podwykonawstwo w formie przewidzianej w art. 452 ust. 4 ustawy. Oznacza to, że zamawiający stosuje wobec wykonawców daleko bardziej rygorystyczne postanowienia, niż sam zobowiązany jest stosować.

Co więcej, nawet ustawodawca, tworząc przepisy ustawy chroniące zamawiającego przed solidarną odpowiedzialnością, przewidział w art. 465 ust. 4 ustawy, że wykonawca broniąc się przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy, może powoływać się na potrącenia roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy związane z realizacją umowy o podwykonawstwo. Zamawiający w tym postępowaniu stosuje postanowienia bardziej rygorystyczne niż sam ustawodawca, które nie tylko utrudnią wykonawcy rozliczenia, ale mogą doprowadzić do paraliżu realizacji inwestycji.

Odwołujący dodał, że skutkiem § 8 ust. 2 pkt 6) lit. b) Projektu Umowy jest wyeliminowanie z grona potencjalnych podwykonawców podmioty z sektora MŚP (małych i średnich przedsiębiorców). Jak wspomniano, forma tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania, której zamawiający zakazuje, jest powszechnie stosowaną formą na rynku budowlanym. Wprowadzenie takiego zakazu oznacza, że podwykonawcy będą musieli wносить zabezpieczenia

należytego wykonania w formie pieniężnej (przelew) bądź w innych formach, np. gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a więc to na nich spadnie ciężar postanowienia. Może to skutecznie wyeliminować z grona podwykonawców podmioty z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, które nie będą w stanie wnieść zabezpieczenia w takiej formie – tj. nie będą dysponować środkami finansowymi na etapie zawierania umowy podwykonawczej do ustanowienia kaucji bądź nie będą dysponowali zdolnością finansową do pozyskania zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. W tym kontekście zwrócenia uwagi wymaga, że udział podmiotów z sektora MŚP w rynku zamówień publicznych wyraża motyw (2) dyrektywy 2014/24/UE, a więc wprowadzanie postanowień do umowy, których skutkiem jest wyeliminowanie na jakimkolwiek etapie i formie udział podmiotów MŚP z zamówienia publicznego uznać należy, że postępowanie niezgodne z kierunkiem, w którym zmierzają szeroko pojęte przepisy prawa zamówień publicznych.

Zarzut nr 4 – Wiążąca i ostateczna interpretacja dokumentów przez zamawiającego.

W § 1 ust. 3 Projektu Umowy zamawiający postanowił, że – „Jeżeli pomiędzy dokumentami, o których mowa powyżej lub w terminologii, którą posługują się te dokumenty zostaną stwierdzone rozbieżności lub niejednoznaczności, Wykonawca zwróci się niezwłocznie po ich wykryciu do Inwestora o udzielenie wyjaśnień. Wyjaśnienia Inwestora są wiążące i ostateczne”.

W ocenie odwołującego przytoczone postanowienie w zakresie, w jakim przyznaje zamawiającemu uprawnienie do dowolnej oraz wiążącej interpretacji dokumentów składających się na umowę narusza przepisy ustawy i KC.

Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz uprawnienia do wiążącej interpretacji dokumentów umownych i to bez odesłania do hierarchii dokumentów, która została ustanowiona w § 1 ust. 2 Projektu Umowy.

Zamawiający przyznał sobie prawo niemal dowolnej interpretacji dokumentów umownych w sytuacji wystąpienia rozbieżności, czym nadużywa swojej pozycji i prawa do kształtowania postanowień umowy.

W § 1 ust. 2 pkt 2) Projektu Umowy wskazana została dokumentacja techniczna, a więc postanowienie § 1 ust. 3 Projektu Umowy odnosi się również do opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący dostrzegł, że rozbieżności i niejednoznaczności w dokumentach umownych są ze swej istoty przejawem nienależytego opisu przedmiotu zamówienia, za które wyłączną odpowiedzialność w świetle ustawy ponosi zamawiający (art. 99 ust. 1 ustawy). Zamawiający zamiast wyeliminować te rozbieżności na etapie przygotowania dokumentów, stwarza mechanizm ich „rozwiązywania” w toku realizacji zamówienia – z wyłączną korzyścią dla siebie. Oznacza to więc, że zamawiający ponownie wprowadza postanowienie asekuracyjne, którego skutkiem jest przerzucenie na wykonawcę negatywnych konsekwencji nienależytego opisu przedmiotu zamówienia, a więc odpowiedzialności za okoliczność, które objęte jest wyłączną odpowiedzialnością zamawiającego (art. 433 pkt 3 ustawy).

Celem hierarchii dokumentów w § 1 ust. 2 Projektu Umowy jest zapewnienie wykonawcy pewności co do tego, które z postanowień ma pierwszeństwo w razie sprzeczności. Postanowienie § 1 ust. 3 w istocie hierarchię tę unicestwia – przyznając zamawiającemu prawo do wiążącej interpretacji, prowadzi do sytuacji, w której hierarchia ta nie obowiązuje, ilekroć zamawiający uzna to za stosowne. Zamawiający może zatem każdorazowo wskazać jako wiążące to rozwiązanie spośród sprzecznych postanowień, które jest dla niego najkorzystniejsze – bez względu na miejsce danego dokumentu w hierarchii i bez względu na to, którym rozwiązaniem wykonawca kierował się przy kalkulacji oferty. Co więcej, hierarchia określona w umowie powinna mieć pierwszeństwo nad arbitralnym uprawnieniem interpretacyjnym jednej ze stron. Nielogiczne jest, by z jednej strony w § 1 ust. 2 ustanowiona została precyzyjna hierarchia dokumentów, a z drugiej strony § 1 ust. 3 tę hierarchię uchylał na rzecz swobodnej interpretacji zamawiającego, będącej wyrazem jego aktualnej woli, nie zaś obiektywnym stosowaniem ustalonej kolejności pierwszeństwa.

Kwestionowane postanowienie § 1 ust. 3 jest skrajnym przykładem ukształtowania relacji kontraktowej nadużyciem przewagi zamawiającego. Zamawiający przyznał sobie bowiem prawo, że jego interpretacja jest wiążąca i ostateczna bez żadnych obiektywnych kryteriów. Innymi słowy zamawiający pozbawia wykonawcę możliwości skutecznego kwestionowania interpretacji godzących w jego interes ekonomiczny, czyniąc z tej klauzuli instrument przerzucenia na wykonawcę finansowych i organizacyjnych konsekwencji wadliwości dokumentów.

Zarzut nr 5 – Brak terminu na zakończenie odbioru końcowego.

W § 11 ust. 6 Projektu Umowy zamawiający postanowił, że „Data podpisania Protokołu Odbioru Końcowego przez Inspektora Nadzoru i Inwestora będzie uważana jako termin zakończenia Robót. Inspektor Nadzoru i Inwestor nie mogą odmówić podpisania Protokołu Odbioru Końcowego w przypadku istnienia wad, które nie uniemożliwiają użytkowania Inwestycji”.

Kluczowe znaczenie dla oceny tego, czy wykonawca wykonał zamówienie w terminie będzie miał dzień podpisania protokołu odbioru, który wieńczy procedurę odbioru, a za którego sporządzenie odpowiada zamawiający. Jednocześnie zamawiający nie przewidział terminu na dokonanie odbioru końcowego.

W ocenie odwołującego uzależnienie dotrzymania terminu zakończenia robót od podpisania protokołu odbioru końcowego, przy jednoczesnym braku terminu na zakończenie odbioru końcowego, zaburza równowagę kontraktową

stron i jest dla wykonawcy źródłem nieograniczonego ryzyka. Brak określenia terminu, w jakim zamawiający zobowiązany jest zakończyć czynności odbioru końcowego, oznacza w praktyce, że:

- 1) wykonawca, który faktycznie zakończył roboty oraz zgłosił je do odbioru, nie może przewidzieć, kiedy nastąpi formalne zakończenie umowy i pozostaje w niepewności co do osiągnięcia terminu realizacji zamówienia, pomimo że spełnił swoje świadczenie,
- 2) ryzyko każdego opóźnienia w przeprowadzeniu czynności odbiorowych – niezależnie od jego przyczyny, w tym wynikającego z opieszałości po stronie zamawiającego lub inspektora nadzoru – obciąża w całości wykonawcę,
- 3) zamawiający dysponuje instrumentem, za pomocą którego może wywierać nacisk na wykonawcę, co uprzywilejowuje zamawiającego w przypadku hipotetycznego sporu.

Powiązanie terminu zakończenia robót (realizacji zamówienia) z podpisaniem protokołu odbioru końcowego przez zamawiającego przy jednoczesnym braku terminu do przeprowadzenia czynności odbiorowych prowadzi do sytuacji, w której wykonawca jest narażony na nałożenie kar umownych za opóźnienie, mimo że faktycznie zakończył roboty w terminie umownym i gotów był do ich odbioru. W ujęciu art. 647 KC ryzyko czasu odbioru nie powinno obciążać wykonawcy w sytuacji, gdy roboty są faktycznie zakończone i nie ma wad istotnych, gdyż wówczas zamawiający ma obowiązek niezwłocznego odbioru – tymczasem pozostawienie zamawiającemu swobody „czy i kiedy” dokona odbioru jest konstrukcją niedopuszczalną, prowadzącą do arbitralnego przesuwania momentu odbioru i obciążania wykonawcy skutkami opóźnienia w czynnościach należących wyłącznie do sfery obowiązków zamawiającego. W związku z powyższym w ocenie odwołującego postanowienia Projektu Umowy powinny przewidywać co najmniej termin na zakończenie procedury odbioru końcowego.

Zarzut nr 6 – Brak możliwości zmiany umowy z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Kwestionowane postanowienie § 25 ust. 2 pkt 2) Projektu Umowy ustanawia zamknięty katalog zmian, który dopuszcza wydłużenie terminu realizacji robót w związku z opisanymi zdarzeniami, lecz wyłącza możliwość dokonania odpowiedniej korekty wynagrodzenia wykonawcy, mimo że zdarzenia objęte tym katalogiem – w tym błędy w dokumentacji projektowej wskazane w lit. b) – nie są objęte ryzykiem wykonawcy, a w części stanowią wyłączną odpowiedzialność zamawiającego.

Punktem wyjścia jest art. 433 pkt 3) ustawy, który zakazuje postanowień obarczających wykonawcę odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Ograniczając możliwość zmiany umowy wyłącznie do zmiany terminu, zamawiający narusza wyżej przywołany przepis, gdyż przerzuca ryzyko finansowe na wykonawcę. Tym bardziej, że niektóre zdarzenia opisane w § 25 ust. 2 pkt 2) Projektu Umowy są jednoznacznie objęte odpowiedzialnością zamawiającego.

Opisanie przedmiotu zamówienia jest wyłączną odpowiedzialnością zamawiającego. W przypadku wykrycia błędów w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia, wykonawca powinien mieć pełne prawo do zmiany terminu, jak również wynagrodzenia. Tymczasem zamawiający w § 25 ust. 2 pkt 2) lit. b) Projektu Umowy – w przypadku błędów lub wprowadzenia zmian w Dokumentacji Technicznej – ogranicza możliwość zmiany umowy wyłącznie do zmiany terminu realizacji zamówienia.

Katalog zmian ograniczony wyłącznie do przesunięcia terminu jest nieadekwatny do realnych ryzyk kontraktu i prowadzi do przerzucenia na wykonawcę skutków zdarzeń, które nie są jego ryzykiem – w tym leżących wyłącznie po stronie zamawiającego. Pozbawienie wykonawcy możliwości dochodzenia roszczeń – także wtedy, gdy dodatkowe koszty lub wydłużenie wynikają wyłącznie z działań lub zaniechań zamawiającego – stanowi bezpośrednie naruszenie art. 433 pkt 3) ustawy.

Odwołujący dostrzegł, że rozkład ryzyk wynikający z § 25 ust. 2 pkt 2) Projektu umowy jest skrajnie asymetryczny, ponieważ po stronie zamawiającego brak jest jakiejkolwiek odpowiedzialności finansowej, w tym za nienależyte wywiązanie się z obowiązków ustawowych (np. opisanie przedmiotu zamówienia), a z drugiej strony wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność finansową, gdyż nie może domagać się zmiany wynagrodzenia. Taki rozkład ryzyk nie mieści się w granicach zasady swobody umów i prowadzi do zachwiania równowagi kontraktowej.

Zarzut nr 7 – Klauzula waloryzacyjna.

Brak algorytmu obliczenia kwoty waloryzacji. Sprzeczność wewnętrzna progu oraz górnej granicy waloryzacji.

Art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy wymaga, by umowa zawierała wskazanie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS. Alternatywnie, w ustawie wskazano, że sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia może odbyć się przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzaju materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Przez „sposób ustalania” należy rozumieć nie tylko wskazanie górnej granicy zmiany, lecz przede wszystkim mechanizm (algorytm) obliczenia konkretnej

kwoty waloryzacji.

Tymczasem §12 ust. 10 pkt 4 wzoru umowy stanowi wprost, że wskaźnik GUS stanowi „górną, nieprzekraczalną granicę waloryzacji, a nie automatyczną podstawę do zwiększenia cen”. Prowadzi to do sytuacji, w której:

- a) z jednej strony §12 ust. 10 pkt 3 stanowi, że waloryzacja dotyczy wyłącznie nadwyżki ponad próg 5%,
- b) z drugiej strony §12 ust. 10 pkt 4 ustanawia cap na poziomie wartości wskaźnika GUS.

Przy wskaźniku wynoszącym np. 6%: nadwyżka ponad próg 5% wynosi 1%, zaś górna granica wynosi 6% – ale sposób ustalenia kwoty waloryzacji między wartością 0 a 6% nie jest w żaden sposób określony. Klauzula jest wewnętrznie sprzeczna. Nie wiadomo też, czy zmiana wynagrodzenia odpowiada faktycznie wykazanemu wzrostowi kosztów w pełnej wysokości, w wysokości ograniczonej do nadwyżki, czy podlega swobodnemu uznaniu zamawiającego w ramach cap wskaźnikowego. Przepis 439 ust. 2 pkt 2 ustawy wymaga określonego, przewidywalnego sposobu obliczenia – nie uznaniowości. Niezależnie od powyższego, art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy wskazuje dwie równorzędne metody określenia sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia: odesłanie do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów (lit. a) albo wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia (lit. b).

Projekt Umowy nie spełnia również wymagania z art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. b ustawy. Oba warianty przewidziane przez ustawodawcę muszą bowiem umożliwiać precyzyjne ustalenie konkretnej kwoty zmiany wynagrodzenia. W przypadku wariantu z lit. b wymaga to w szczególności:

- a) wskazania wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, których zmiany cen są monitorowane dla potrzeb waloryzacji, oraz

- b) określenia sposobu, w jaki zmiany tych cen przekładają się na obliczenie należnej kwoty zmiany wynagrodzenia.

Postanowienie §12 ust. 10 Projektu Umowy nie zawiera żadnego z tych elementów. Zamawiający nie wskazał wykazu rodzajów materiałów lub kosztów podlegających waloryzacji – nie określił zatem ani jakie kategorie materiałów lub robocizny są objęte mechanizmem, ani nie konkretyzuje źródeł cenowych (np. wydawnictw branżowych, cenników producentów), do których należy się odwołać przy ustalaniu zmian cen tych pozycji. Projekt Umowy nie wskazuje ponadto żadnego algorytmu przeliczenia zmian cen poszczególnych materiałów lub kosztów na kwotę zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy. Oznacza to, że § 12 Projektu Umowy nie realizuje żadnego z dwóch wariantów przewidzianych w art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy w sposób kompletny: wariant z lit. a jest wadliwy, bowiem wskaźnik GUS jest ustanowiony wyłącznie jako górna granica, a nie jako mechanizm obliczenia kwoty waloryzacji, zaś wariant z lit. b nie jest w ogóle zastosowany, gdyż umowa nie wskazuje ani wykazu materiałów lub kosztów podlegających monitorowaniu, ani sposobu ustalenia wpływu zmian ich cen na wysokość wynagrodzenia. W konsekwencji żaden z ustawowych wariantów nie jest spełniony, co prowadzi do wniosku, że §12 Projektu Umowy w zakresie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia narusza art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy w całości – zarówno w zakresie lit. a, jak i lit. b tego przepisu.

W ocenie odwołującego postanowienia dotyczące mechanizmu waloryzacji mają charakter niepełny i niejednoznaczny, albowiem – pomimo odwołania się do wskaźników GUS – nie zawierają kluczowego elementu konstrukcyjnego mechanizmu waloryzacji, tj. jasnej i weryfikowalnej formuły określającej sposób przełożenia zmiany wskaźnika (bądź zmiany cen) na wysokość należnego wynagrodzenia. W szczególności wskazanie obowiązku przedstawienia „wykazania bezpośredniego i rzeczywistego wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania pozostałej do zrealizowania części Przedmiotu Umowy” przy jednoczesnym odwołaniu do „średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanego przez Prezesa GUS” nie przesądza, w jaki sposób wskaźnik ten ma zostać zastosowany oraz w jakim zakresie wpływa on na ostateczną wysokość wynagrodzenia. Brak wskazania jednoznacznej formuły waloryzacyjnej powoduje, że mechanizm ten pozostaje uznaniowy i potencjalnie dowolny, co w praktyce prowadzi do istotnej nierównowagi kontraktowej oraz niemożności rzetelnego skalkulowania ryzyk związanych z realizacją zamówienia już na etapie przygotowania oferty. Postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia muszą być skonstruowane w sposób jednoznaczny, precyzyjny i umożliwiający ich zastosowanie bez potrzeby dalszych negocjacji stron. Mechanizm waloryzacji nie może sprowadzać się wyłącznie do ogólnego odwołania do wskaźników statystycznych, lecz powinien wprost określać sposób ich wykorzystania oraz wpływ na zmianę wynagrodzenia. W konsekwencji należy uznać, że zakwestionowane postanowienia §12 ust. 10-11 Projektu Umowy nie zapewniają wykonawcy realnej i przewidywalnej ochrony przed istotnymi zmianami kosztów realizacji zamówienia, naruszają zasadę przejrzystości i jednoznaczności postanowień umownych, a tym samym pozostaje sprzeczne z celem i funkcją mechanizmu waloryzacji, o którym mowa w art. 439 ustawy.

Nieadekwatność wskaźnika: wskaźnik CPI, roczna publikacja, oderwanie od daty złożenia oferty.

Wskaźnik, do którego odsyła §12 ust. 10 pkt 3 Projektu Umowy, to średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS za ostatni rok kalendarzowy poprzedzający datę złożenia wniosku. Wskaźnik ten jest nieadekwatny z trzech powodów.

Po pierwsze – roczna publikacja. Wskaźnik średnioroczny CPI publikowany jest przez GUS raz w roku, zazwyczaj w

połowie stycznia roku następnego. Oznacza to, że Wykonawca składający wniosek w ciągu roku musi posłużyć się wskaźnikiem za rok poprzedni, który nie odzwierciedla aktualnego poziomu cen i może być od niego odległy o kilkanaście miesięcy.

Po drugie – oderwanie od daty złożenia oferty. Art. 439 ust. 4 ustawy stanowi, że przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost lub obniżenie cen względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. Punktem odniesienia muszą być zatem ceny z dnia skalkulowania oferty. Art. 439 ust. 3 ustawy wprost nakazuje, by przy umowach zawartych po 180 dniach od otwarcia ofert za punkt startowy przyjmować dzień otwarcia ofert. Średnioroczny wskaźnik za rok poprzedni obejmuje cały rok – zarówno okres przed złożeniem oferty, jak i po jej złożeniu – i w żaden sposób nie mierzy zmiany cen od chwili ich skalkulowania przez wykonawcę. Punkt bazowy wskaźnika jest zatem metodologicznie błędnie określony.

Po trzecie – nieadekwatność branżowa. CPI mierzy ogólny koszyk dóbr konsumpcyjnych (żywność, energia, usługi). Ceny materiałów budowlanych (stal, kruszywo, beton, izolacje, instalacje) podlegają odrębnej dynamice i mogą rosnąć lub spadać wielokrotnie szybciej niż ogólna inflacja. GUS publikuje odrębnie – co miesiąc – wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej ogółem (miesiąc poprzedni = 100), który bezpośrednio mierzy zmiany cen w sektorze budowlanym i jest właściwym i powszechnie stosowanym w umowach budowlanych wskaźnikiem waloryzacyjnym. Zastosowanie miesięcznego wskaźnika budowlano-montażowego pozwala ponadto na bieżące śledzenie zmian cen z odniesieniem do właściwego Miesiąca Bazowego (miesiąca złożenia oferty), co jest zgodne z wymogiem art. 439 ust. 4 ustawy.

Odwołujący dodał, że wymieniony wskaźnik może być niekorzystny dla zamawiającego. §12 ust. 10 pkt 3 wzoru umowy odwołuje się do wskaźnika GUS „za ostatni rok kalendarzowy poprzedzający datę złożenia wniosku”. Wskaźnik ten – będący średniorocznym wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych – ogłaszany jest przez Prezesa GUS jednorazowo, w połowie stycznia roku następnego. Oznacza to, że przez cały rok kalendarzowy jedynym dostępnym wskaźnikiem jest wartość za rok poprzedni. Jednocześnie §12 ust. 10 pkt 1 wzoru umowy dopuszcza składanie kolejnych wniosków waloryzacyjnych w odstępach nie krótszych niż 6 miesięcy od dnia podpisania poprzedniego aneksu. Cykl półroczny jest w oczywisty sposób krótszy niż cykl roczny publikacji wskaźnika. W konsekwencji w każdym roku kalendarzowym istnieje przedział czasowy (od momentu złożenia pierwszego wniosku do końca roku), w którym złożenie drugiego wniosku jest formalnie dopuszczalne, lecz jedynym dostępnym wskaźnikiem jest ta sama wartość roczna, co dla pierwszego wniosku. Obydwa wnioski kompensują zatem tę samą zmianę cen z roku poprzedniego. Przy założeniu, że:

a) Wykonawca składa pierwszy wniosek w lutym 2027 r. (stosuje wskaźnik za rok 2026, ogłoszony w styczniu 2027 r.),

b) aneks zostaje podpisany w marcu 2027 r.,

c) Wykonawca składa drugi wniosek we wrześniu 2027 r. (po upływie 6 miesięcy od podpisania aneksu):

we wrześniu 2027 r. wskaźnik za rok 2027 nie jest jeszcze dostępny (zostanie ogłoszony dopiero w styczniu 2028 r.).

Jedynym wskaźnikiem dostępnym w rozumieniu §12 ust. 10 pkt 3 jest nadal wskaźnik za rok 2026 – identyczny jak przy pierwszym wniosku. Tym samym wzrost cen z roku 2026 zostaje skompensowany dwukrotnie w ciągu jednego roku kontraktowego. Zamawiający, przygotowując wzór umowy w ten sposób, dopuścił do sytuacji, w której prawidłowe stosowanie mechanizmu – zgodnie z jego literalnym brzmieniem – prowadzi do nieuzasadnionego zwiększenia wydatków publicznych. Jest to błąd nie wynikający z działania siły wyższej ani zmian rynkowych, lecz z wadliwej konstrukcji klauzuli waloryzacyjnej dokumentu zamówienia.

Proponowany wskaźnik – Istnieje szereg opracowań GUS które swoim zakresem obejmują badania i informacje o zmianach cen materiałów i kosztów, i dopiero na bazie tych badań w oparciu o ściśle opracowane metodologie są publikowane zbiorcze wskaźniki dla różnych sektorów gospodarki, przy czym te występują pod różnymi, ściśle określonymi nazwami. Użyte jak w projektowanych postanowieniach treści Umowy wskazanie, że wyliczenie odbywać się będzie w oparciu o średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (dalej: Wskaźnik inflacji) opiera się o wskaźnik, który nie oddaje i nie odzwierciedla zmian następujących w sektorze budownictwa.

Zgodnie z informacjami dostępnymi min na stronie urzędu pod adresem :

(...) Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. inflacja) Obliczany jest w oparciu o wyniki:

- badania cen towarów i usług konsumpcyjnych na rynku detalicznym,

- badania budżetów gospodarstw domowych, dostarczającego danych o przeciętnych wydatkach na towary i usługi konsumpcyjne; dane te wykorzystywane są do opracowania systemu wag.

Przy obliczaniu wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych stosowana jest Klasyfikacja Spożycia Indywidualnego według Celu, zaadaptowana na potrzeby Zharmonizowanych Wskaźników Cen Konsumpcyjnych (COICOP/HICP).

Dla oddania zmian cen w budownictwie Główny Urząd Statystyczny prowadzi osobne badania prezentowane w formie Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (dalej: Wskaźnik produkcji bud-mont) który zgodnie z informacjami na stronie obliczany jest min. na podstawie miesięcznego badania cen reprezentantów robót (ok. 3,5 tys. w miesiącu)

realizowanych przez dobrane w sposób celowy podmioty gospodarcze (ok. 400 w roku) zaliczane do sekcji "Budownictwo" według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2007).

Z tego też powodu Wskaźnik produkcji bud-mont pozostaje rekomendowany dla przyjmowania przy zapisach umownych dla klauzul waloryzacyjnych w umowach, jak wskazano m.in. w publikacji Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa dostępnej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych pod linkiem:

gdzie czytamy:

„Pierwsza klauzula oparta jest o jeden wskaźnik waloryzacji - wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, publikowany przez Główny Urząd Statystyczny. Wskaźnik ten ma charakter przykładowy, zamawiający może opracować klauzulę wykorzystującą inny wskaźnik, który będzie adekwatny do planowanej inwestycji.”

Celem umożliwienia stronom skutecznego i prawidłowego przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia konieczne jest jednoznaczne oraz precyzyjne określenie podstaw jej dokonania. W szczególności niezbędne pozostaje wskazanie, w sposób niebudzący wątpliwości interpretacyjnych, wskaźnika, w oparciu o który ustalany będzie poziom zmiany cen stanowiący podstawę waloryzacji.

Odwołujący wskazał, że wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez Główny Urząd Statystyczny w formie komunikatu, zawarty w Tablicy 1, obejmuje cztery odrębne kategorie wskaźników, tj.: wskaźniki z podziałem na rodzaje robót budowlanych, w tym:

„Budowa budynków”

„Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej”, „Roboty budowlane specjalistyczne”, wskaźnik uśredniony, publikowany pod nazwą „Ogółem”.

Powyższe potwierdza treść Komunikatu GUS za miesiąc marzec 2026 r., przedstawiona w Tablicy 1 (por. Rys. 1, źródło:

Dowód: Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 21 kwietnia 2026 r. dotyczący wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2026 r.

W tym miejscu odwołujący wkleił Tablicę 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej

Tablica 1 z Komunikatu za miesiąc marzec 2026 źródło:

Mając na uwadze charakter przedmiotu zamówienia, odwołujący uznał, że za najbardziej adekwatny i reprezentatywny dla realiów realizacji umowy pozostaje wskaźnik GUS oznaczony jako „Ogółem”, lub „Budowa budynków”. Zastosowanie powyższych wskaźników pozwala bowiem na obiektywne odzwierciedlenie ogólnych zmian cen w sektorze budowlanym, zapewnia spójność mechanizmu waloryzacji oraz ogranicza ryzyko arbitralnych rozbieżności interpretacyjnych pomiędzy Stronami.

W celu jak najwierniejszego odzwierciedlenia intencji zawartej w Art. 439 ust. 4 ustawy tj. określenia zmiany cen materiałów lub kosztów względem ich wartości przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie, należy sięgnąć po wskaźniki miesięczne tj. pokazujące zmiany cen w stosunku do poprzedniego miesiąca. Wszelkie inne wskaźniki tj. kwartalne i roczne, powstają przez dokonanie odpowiednich działań matematycznych na wskaźnikach miesięcznych, zatem pozwalają one również na obliczenie zmian cen w dowolnym okresie czasu, będącym krotnością okresu miesięcznego.

Brak klauzuli wynikającej z art. 439 ust. 3 ustawy.

Art. 439 ust. 3 Pzp stanowi, że jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy. Jest to przepis nakładający na zamawiającego obowiązek zawarcia stosownego postanowienia wprost z mocy ustawy.

Postanowienie § 12 wzoru umowy nie zawiera żadnego postanowienia realizującego tę normę. Brak ten jest szczególnie istotny wobec faktu, że terminy realizacji go zamówienia są wieloletnie, a od wszczęcia postępowania do zawarcia umowy może upłynąć okres przekraczający 180 dni. W takim przypadku wykonawca byłby pozbawiony prawa do waloryzacji wynagrodzenia za okres między otwarciem ofert a przekazaniem terenu budowy, co jest bezpośrednio sprzeczne z ustawą.

Oświadczenie o braku możliwości wcześniejszego zakupu materiałów.

§ 12 ust. 10 pkt 2 lit. c) wzoru umowy wymaga złożenia „oświadczenia, że wykonawca nie posiadał zapasów materiałów nabytych po cenach niższych oraz nie miał możliwości ich nabycia we wcześniejszym terminie w celu uniknięcia skutków wzrostu cen.

Wymóg ten uniemożliwia w praktyce złożenie skutecznego wniosku waloryzacyjnego. Każdy profesjonalny wykonawca robót budowlanych – z technicznego i rynkowego punktu widzenia – zawsze ma możliwość zakupu materiałów z wyprzedzeniem, składając zamówienie z przyszłą datą dostawy. Złożenie oświadczenia o braku takiej możliwości byłoby zatem w praktyce nieprawdziwe. Jednocześnie wcześniejszy zakup materiałów na potrzeby przyszłych robót generuje realne koszty (magazynowanie, ubezpieczenie, zamrożenie kapitału obrotowego, ryzyko uszkodzenia lub dezaktualizacji

technicznej), które czynią takie działanie ekonomicznie i logistycznie nieuzasadnionym. Żaden z tych aspektów nie jest brany pod uwagę przez omawiany zapis.

Co istotne, art. 439 ustawy nie zawiera żadnej normy uprawniającej zamawiającego do uzależnienia prawa do waloryzacji od wykazania, że wykonawca nie mógł zapobiec skutkom wzrostu cen. Celem art. 439 ustawy jest podział ryzyka cenowego między strony – nie zaś nakładanie na wykonawcę obowiązku antycypowania zmian rynkowych. Wymóg z §12 ust. 10 pkt 2 lit. c) przekształca waloryzację z prawa wykonawcy w świadczenie niemożliwe do uzyskania, co jest sprzeczne z celem i treścią art. 439 ustawy.

Arbitralne odrzucenie wniosku; wymóg analizy rentowości.

§ 12 ust. 11 Projektu Umowy uzależnia rozpatrzenie wniosku od tego, by nie był on „sporządzony w sposób ogólnikowy” oraz by zawierał „analizę wpływu zmiany cen na rentowność kontraktu” – pod rygorem uznania wniosku za niebyły bez obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków. Również pozostałe kryteria – nieudokumentowanie oraz brak analizy wpływu zmiany cen na rentowność kontraktu – są w dużym stopniu ocenne zważywszy, że zamawiający nie określił dokumentów, które miałyby służyć potwierdzeniu zmian cen, co zastało już omówione wcześniej w zakresie spełnienia art. 439 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Ocena „ogólnikowości” wniosku należy wyłącznie do zamawiającego i nie poddaje się obiektywnej weryfikacji, co stwarza możliwość arbitralnego odrzucenia każdego wniosku bez merytorycznego uzasadnienia. Kryterium to nie wynika z art. 439 ustawy, który wskazuje jedynie elementy obligatoryjne mechanizmu waloryzacyjnego.

Wymóg wykazania wpływu na rentowność kontraktu – w odróżnieniu od wpływu na koszty wykonania zamówienia – nie ma podstawy w art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy. Rentowność jest kategorią szerszą niż koszt wykonania i zależy od przyjętej marży oraz struktury finansowania, których ujawnienie może naruszać tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Co więcej, wskaźniki służące ocenie rentowności kontraktu nie są zamawiającemu znane, ponieważ nie są podawane w treści oferty, stąd trudności w ocenie spełnienia tego kryterium zaczynają się już w momencie określenia podstawy – czyli rentowności kontraktu szacowanej w dniu złożenia oferty, co również może być podstawą odrzucenia wniosku przez zamawiającego.

Wreszcie, uznanie wniosku za „niebyły” bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia jest szczególnie dotkliwy dla wykonawcy. Ponieważ kolejne wnioski mogą być składane w odstępach nie krótszych niż 6 miesięcy od dnia podpisania poprzedniego aneksu waloryzującego, odrzucony wniosek przepada w całości, a wykonawca traci prawo do waloryzacji za cały miniony okres. Oznacza to, że mechanizm arbitralności zamawiającego połączony jest z surową sankcją, której zastosowanie pozostawione tak naprawdę do dowolnej decyzji zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, zasadnicze zastrzeżenie budzi sam zamysł mechanizmu odrzucenia wniosku przyjęta w § 12 ust. 11 wzoru umowy. zamiast wezwać wykonawcę do uzupełnienia lub doprecyzowania wniosku, zamawiający może go odrzucić w całości i uznać za niebyły. Co więcej, umowa nie przewiduje żadnego mechanizmu rozpoznania wniosku „w zakresie możliwym” – choćby częściowego, co do robót lub kosztów wystarczająco udokumentowanych. W sytuacji, gdy wniosek zawiera szczegółowe zestawienie wzrostu kosztów dla 80% pozycji kosztorysowych, lecz zamawiający uzna za ogólnikowe uzasadnienie dla pozostałych 20%, całość wniosku – łącznie z dobrze udokumentowaną częścią – zostaje odrzucona. Prawidłowym rozwiązaniem byłoby wezwanie do uzupełnienia braków w oznaczonym terminie oraz rozpoznanie wniosku co najmniej w zakresie, w jakim dostarczone dane pozwalają na jego merytoryczną ocenę.

Fundamentalnym problemem §12 ust. 11 jest również to, że kryteria odrzucenia wniosku nie zostały *de facto* ustalone w sposób obiektywny i weryfikowalny. Pojęcia „ogólnikowości”, „nieudokumentowania” i „braku analizy wpływu na rentowność kontraktu” nie są w umowie zdefiniowane. Wzór umowy nie wskazuje:

- a) jakie dokumenty źródłowe zamawiający uzna za wystarczające do potwierdzenia wzrostu kosztów (§12 ust. 10 pkt 2 lit. b wymienia jedynie przykładowo faktury zakupu, wiążące oferty i oficjalne cenniki producentów – bez wskazania, które z nich są obligatoryjne i jakie mają spełniać wymogi formalne),
- b) do jakiego poziomu szczegółowości analizy wpływu zmian cen zamawiający będzie stawiał wymagania,
- c) w jaki sposób i na jakiej podstawie ma zostać ustalona rentowność kontraktu dla celów jej „analizy” – skoro dane te nie są ujawniane w ofercie i nie są zamawiającemu znane.

Ustawa wymaga, by kryteria stosowane przez zamawiającego były jednoznaczne i zrozumiałe oraz nie pozostawiały zamawiającemu nieograniczonej swobody oceny. Wymóg ten, choć wyrażony wprost w odniesieniu do kryteriów oceny ofert, stanowi przejaw ogólnej zasady przejrzystości z art. 16 pkt 1 ustawy, która wiąże zamawiającego na każdym etapie postępowania i wykonania umowy. Art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek określenia w umowie sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Skoro ustawodawca nakazuje, by reguły waloryzacyjne były z góry określone w umowie, tym bardziej reguły oceny wniosku waloryzacyjnego – a w szczególności kryteria jego odrzucenia – muszą być opisane w sposób obiektywny, jednoznaczny i weryfikowalny. Tymczasem §12 ust. 11 wzoru umowy tworzy sytuację odwrotną: zamawiający dysponuje

pełną swobodą w ocenie, czy wniosek jest dostatecznie udokumentowany, czy nie jest „ogólnikowy” i czy analiza rentowności jest wystarczająca – bez żadnych zobiektywizowanych mierników tej oceny. W praktyce oznacza to, że zamawiający może skutecznie odrzucić każdy wniosek waloryzacyjny z powołaniem się na „ogólnikowość” lub „niewystarczające udokumentowanie”, nawet jeśli wykonawca przedstawił rzetelne zestawienie wzrostu cen oparte na cennikach producentów, notowaniach rynkowych lub fakturach zakupowych. Zamawiający może bowiem stwierdzić, że „powinno” być inne źródło cenowe, inny poziom szczegółowości, inny format analizy lub inny typ dokumentu – i żadne z tych twierdzeń nie będzie poddawało się obiektywnej weryfikacji, ponieważ umowa nie wskazuje właściwego standardu. Konsekwencją jest zatem pełna dowolność zamawiającego w eliminowaniu wniosków waloryzacyjnych z przyczyn formalnych, bez konieczności merytorycznego ustosunkowania się do wykazanego wzrostu kosztów.

Połączenie tej dowolności z najsurowszą możliwą sankcją – uznaniem wniosku za niebyły, bez wezwania do uzupełnienia i bez możliwości odwołania się do obiektywnego kryterium oceny – czyni z §12 ust. 11 wzoru umowy instrument *de facto* eliminujący prawo wykonawcy do waloryzacji, nie zaś mechanizm zapewniający rzetelne i proporcjonalne rozpoznanie wniosku. Jest to sprzeczne z celem art. 439 ust. 1 Pzp oraz z zasadami przejrzystości i proporcjonalności wyrażonymi w art. 16 pkt 1 i 3 Pzp.

Waloryzacja pozorna: analiza danych historycznych GUS.

Mechanizm waloryzacyjny zawarty w §12 ust. 10 wzoru umowy formalnie spełnia obowiązek wynikający z art. 439 ust. 1 ustawy – zawiera postanowienie o zasadach zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów. Jednakże samo zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej nie jest wystarczające dla zachowania zgodności z ustawą. Klauzula musi być skonstruowana w sposób realnie umożliwiający skorzystanie z uprawnienia do waloryzacji – w przeciwnym razie ma charakter pozorny i jej celem jest jedynie stworzenie fasadowej zgodności z ustawą przy jednoczesnym faktycznym wyłączeniu mechanizmu, który ustawodawca uczynił obligatoryjnym.

Pozorność mechanizmu waloryzacyjnego stanowi naruszenie art. 439 ust. 1 ustawy, interpretowanego celowościowo. Przepis ten nie nakłada na zamawiającego obowiązku zawarcia jakiegokolwiek klauzuli waloryzacyjnej – lecz klauzuli skutecznej, tj. rzeczywiście realizującej cel podziału ryzyka cenowego między strony umowy. Potwierdza to art. 16 pkt 1 ustawy, nakazujący zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, oraz art. 16 pkt 3 ustawy, nakazujący zachowanie proporcjonalności.

Analizując dane historyczne, odwołujący oparł się na danych historycznych ogłaszanych przez Główny Urząd Statystyczny dotyczących średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych za lata 1989–2025 (dane oficjalne GUS – strona internetowa: Roczne wskaźniki makroekonomiczne Wskaźniki cen Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych wiersz A (A – rok poprzedni=100).

Dowód: Wyciąg z danych GUS – roczne wskaźniki makroekonomiczne - Wskaźniki cen-Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych wiersz A.

Wyniki analizy przedstawiają się następująco:

Od 2002 r. włącznie jedynymi latami, w których próg został przekroczony, są:

- a) rok 2021 – przekroczenie marginalne, o zaledwie 0,1 punktu procentowego ponad próg. Przy konstrukcji z §12 ust. 10 pkt 3 (waloryzacja wyłącznie nadwyżki ponad próg) kwota waloryzacji wyniosłaby 0,1% wartości nieodebranych robót – kwota ekonomicznie symboliczna, niezdolna do skompensowania jakichkolwiek realnych strat wykonawcy,
- b) lata 2022–2023 – przekroczenie progu nastąpiło wyłącznie wskutek splotu okoliczności o charakterze wyjątkowym: pandemia COVID-19, agresja Rosji na Ukrainę i globalne zakłócenia łańcuchów dostaw. Są to zdarzenia niemające precedensu w ostatnich dekadach, które nie mogą stanowić punktu odniesienia dla oceny efektywności mechanizmu w typowym, normalnym cyklu koniunkturalnym.

Badając okres ostatnich 25 lat, w 22 mechanizm waloryzacyjny oparty na progu 5% rocznego CPI nie zostałby uruchomiony w ogóle.

W normalnych warunkach rynkowych – tj. z wyłączeniem lat 2021–2023 – próg 5% rocznego CPI nie został przekroczony ani razu w całym badanym okresie 25 lat (2002–2020 i 2024–2025).

Zaproponowany przez zamawiającego mechanizm waloryzacji ignoruje kumulatywny charakter zmian cen. Opisana wyżej dysfunkcja jest konsekwencją strukturalnej wady mechanizmu: §12 ust. 10 pkt 3 każdorazowo weryfikuje wyłącznie wartość rocznego CPI za rok poprzedni, nie zaś narastające zmiany cen od momentu złożenia oferty.

Oznacza to, że mechanizm nie uwzględnia skutków wolnego, lecz systematycznego wzrostu cen przez cały wieloletni okres realizacji umowy. Przykład liczbowy dla kontraktu realizowanego w latach 2025–2028, przy założeniu CPI na poziomie 3,6–4,0% rocznie (tj. wartości obserwowanych w 2024 i 2025 r.

RokCPI roczny	Przekroczenie progu	Skumulowany wzrost cen od złożenia oferty
---------------	---------------------	---

2025 3,6%	NIE 3,6%	
-----------	----------	--

2026 4,0%	NIE 7,7%	
-----------	----------	--

2027 4,0% NIE 12,1%

2028 4,0% NIE 16,5%

Pomimo skumulowanego wzrostu cen o ponad 16% przez cały okres realizacji umowy, mechanizm waloryzacyjny nie uruchamia się ani razu. Całe ryzyko wzrostu kosztów zostaje przerzucone na wykonawcę, co jest sprzeczne z celem art. 439 ustawy.

Dobór wskaźnika (roczny CPI) i progu (5% w skali jednego roku, mierzonego bez kumulacji) w połączeniu z ograniczeniem kwoty waloryzacji do nadwyżki ponad próg prowadzi do sytuacji, w której klauzula waloryzacyjna z §12 wzoru umowy ma charakter pozorny: formalnie istnieje, lecz w normalnych warunkach rynkowych nie jest zdolna do uruchomienia przez cały planowany okres realizacji umowy. Takie ukształtowanie mechanizmu jest wprost sprzeczne z celem art. 439 ust. 1 ustawy i narusza zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy, przerzucając na wykonawcę całość ryzyka cenowego, które ustawodawca nakazał rozłożyć między strony umowy.

Proponowana klauzula waloryzacyjna.

Zamawiający w zapisach w § 12 ustęp 10-16 błędnie określa sposób dokonywania waloryzacji, ograniczając się jedynie do nieprecyzyjnego opisu, który w rzeczy samej nie określa w wystarczającym stopniu mechanizmu wyliczenia poziomu zmiany cen.

Odwołujący zauważył, że na rynku waloryzacje wynagrodzenia przeprowadzane są na podstawie różnych zasad, od których zależy ostateczna wielkość waloryzacji. Zasadniczo wyróżnia się dwa modele/ mechanizmy waloryzacji.

Pierwszy model oparty jest o jeden wskaźnik waloryzacji – np. wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, publikowany przez Główny Urząd Statystyczny.

Drugi model bazuje na tzw. koszyku waloryzacyjnym i polega na tym, że waloryzacja odbywa się w oparciu o wskaźniki produkcji sprzedanej wyrobów przemysłowych, wynagrodzenia oraz cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowane przez Główny Urząd Statystyczny, a także dane wskazane w tabeli Koszyk Waloryzacyjny, w tym – nadaniu tym danym odpowiednich wag (czyli udziału komponentu w całym zamówieniu).

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ujął elementy obydwóch modeli, przy czym w każdym przypadku uczynił to błędnie.

Zamawiający powinien uzupełnić oraz doprecyzować treść wzoru umowy przez jednoznaczne określenie formuły waloryzacyjnej, w tym jasno wskazać sposób przeliczenia zmiany właściwego wskaźnika GUS na zmianę wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Instytucje państwowe podjęły szereg działań mających na celu ułatwienie konstruowania klauzul waloryzacyjnych w projektowanych umowach w sprawie zamówienia publicznego. Urząd Zamówień Publicznych podjął inicjatywę, której skutkiem było opublikowanie opracowania pn.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa” (dalej: Opracowanie) (Źródło:

Na wstępie do wyżej wymienionego Opracowania wskazano, że inicjatywę polegającą na stworzeniu grupy roboczej, której celem było wypracowanie klauzul waloryzacyjnych, podjął Urząd Zamówień Publicznych a w skład tej grupy weszli przedstawiciele UZP, Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, przedstawiciele zamawiających, wykonawców oraz organizacji branżowych.

W wyniku prac powstały przykładowe klauzule waloryzacyjne, obiektywne, respektujące interes zarówno zamawiających, jak i wykonawców, a także akceptowane z punktu widzenia organów kontrolujących czynności zamawiających.

Ponadto Główny Urząd Statystyczny na swojej stronie internetowej opracował i udostępnia do stosowania kalkulatory służące automatycznemu wyliczeniu wynagrodzenia po dokonanej waloryzacji przy zastosowaniu klauzuli zawartej w opracowaniu tu odwołujący wkleił zrzut ekranu ze strony GUS.

Udostępnione przez GUS kalkulatory, opierające się na klauzulach waloryzacyjnych opisanych w Opracowaniu znacząco ułatwiają i przyspieszają prace polegające na przyszłym wyliczaniu należnej waloryzacji wynagrodzenia, ale również umożliwiają jej prognozowanie przy założeniu różnych scenariuszy.

Zaproponowane w Opracowaniu klauzule bazują na różnych mechanizmach, przy czym wydaje się, że do postanowień zastosowanych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, najbardziej zbliżona byłaby pierwsza klauzula, oparta o jeden wskaźnik waloryzacji (formuła jednowskaźnikowa), opisana począwszy od strony 6 ww. publikacji, bądź klauzula oparta na „koszyku waloryzacyjnym”, opisana począwszy od strony 9 ww. publikacji:

Tu odwołujący wkleił fragmenty powoływanych stron opracowania.

Proponując zapisy umowne w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów realizacji zamówienia, odwołujący skorzystał z ww. Opracowania pn.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa” i zaproponowanych w niej postanowień umownych dotyczących waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy (jeden wskaźnik waloryzacji). Zaproponowane przez odwołującego rozwiązanie oparte jest na sprawdzonych mechanizmach waloryzacyjnych, które od kilku lat są z powodzeniem stosowane w umowach o roboty budowlane, w szczególności w projektach długoterminowych i o znacznym stopniu złożoności.

Co istotne, wskazana metoda uwzględnia progresywny charakter zmian wynagrodzenia, odpowiadający rzeczywistym i systematycznie rejestrowanym zmianom poziomu cen w sektorze budownictwa, a tym samym pozostaje adekwatna do warunków rynkowych, w jakich realizowane jest zamówienie.

Autorzy rekomendują zastosowanie wzoru waloryzacyjnego zakładającego comiesięczną aktualizację wynagrodzenia, opartego na rzetelnych, niezależnych i obiektywnych danych publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny. Przyjęcie takiego rozwiązania umożliwia wprowadzenie mechanizmu bieżącej waloryzacji, który w sposób efektywny realizuje swoją podstawową funkcję – tj. przywracanie i utrzymywanie równowagi ekonomicznej kontraktu przez cały okres jego obowiązywania, bez potrzeby prowadzenia doraźnych i uznaniowych negocjacji pomiędzy stronami. Tak skonstruowany mechanizm pozwala stronom adekwatnie reagować na dynamiczne, gwałtowne i nieprzewidywalne zmiany cen na rynku budowlanym, które w ostatnich latach występują coraz częściej i w istotnym zakresie wpływają na koszty realizacji robót. Za zastosowaniem propozycji zapisów umownych zawartych w Opracowaniu przemawia również fakt, że udostępnione przez GUS kalkulatory znacząco upraszczają i obiektywizują czynności związane z waloryzacją wynagrodzenia.

W przypadku stosowania klauzuli waloryzacyjnej opartej na współczynniku GUS, podział „ryzyka” związanego z wzrostem zmiany cen wyrażony jest we wzorze stałym współczynnikiem „a” obrazującym część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).

W tym zakresie, wobec nagminnego przyjmowania, bez należytej refleksji przez zamawiających jego wartości na poziomie 0,5, Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w Warszawie (dalej: SIDiR) wydało rekomendacje opisując szczegółowo czemu służy i czemu powinien odpowiadać wskazywany współczynnik „a”. W publikacji pt. „Rekomendowane praktyki Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w zakresie przyjmowania wartości współczynnika „a” we wzorach waloryzacyjnych” dostępnej pod adresem czytamy (str. 5):

(...) Współczynnik „a” odzwierciedla tę część wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy, która nie podlega waloryzacji. Dobrą praktyką jest ustalenie jaka część wynagrodzenia nie powinna podlegać waloryzacji.

Ustalenie takie powinno brać pod uwagę model realizacji inwestycji, charakter umowy, stan faktyczny i zakres zobowiązania wykonawcy.

SIDiR rekomenduje, by stała część w klauzulach waloryzacyjnych – czyli współczynnik „a” – była obliczana na podstawie kalkulacji dotyczącej kosztów ogólnych, poziomu zysku i buforów finansowych na ryzyka. Może również obejmować: (i) inne składniki kosztów, nad którymi wykonawca sprawuje racjonalną kontrolę (ii) stabilną tendencję cenową, taką jak koszty wynajmu sprzętu i materiałów różnych; oraz (iii) te składniki kosztów, które są ściśle regulowane.

Biorąc powyższe pod uwagę podkreślenia wymaga, że istotnym zadaniem dla autorów umów projektujących klauzule waloryzacyjne jest odniesienie współczynnika „a” do rzeczywistości ekonomicznej danego kontraktu. Skoro bowiem konkretny wzór waloryzacyjny jest opracowywany na etapie tworzenia wzoru umowy, to poszczególne składowe tego wzoru powinny odzwierciedlać otoczenie ekonomiczne kontraktu w danym czasie, a nie być dobierane dowolnie lub też automatycznie kopiowane z innych kontraktów.

Podkreślenia i zrozumienia wymaga to, że współczynnik „a” odzwierciedlać powinien tę część wynagrodzenia umownego, nad którą wykonawca ma lub powinien mieć kontrolę, albo która jest niepodatna (lub mało podatna), na ewentualne zmiany w związku z wystąpieniem okoliczności nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia przez strony. (...)

Jednocześnie autorzy wskazują:

(...) W związku z powyższym SIDiR rekomenduje przyjmować następujące wartości współczynnika „a”:

- Kontrakty typu „buduj” 0,10

- Kontrakty typu „projektuj i buduj” 0,15

- Kontrakty typu „pod klucz” 0,30(...)

Spotykana w kontraktach realizowanych przez GDDKiA wysokość współczynnika „a” na poziomie 0,5 wynika ze stosowania przez GDDKiA mechanizmu waloryzacji opartego na tzw. waloryzacji koszykowej. W tym mechanizmie istotną część obserwowanych wzrostów stanowią ceny paliw, stali czy kruszyw, charakteryzujące się dużą dynamiką i fluktuacjami. Z tego względu przenoszenie takich wartości do wzorów stosowanych przy waloryzacji wskaźnikowej jest nieprawidłowe, co potwierdzają opinie oraz rekomendacje ekspertów

Mając na uwadze, że inwestycja będąca przedmiotem go postępowania realizowana jest w formule „buduj” odwołujący przyjmuje wartość współczynnika „a” w wysokości 0,10 do zastosowania w tym postępowaniu.

Dowód: Rekomendowane praktyki Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w zakresie przyjmowania wartości współczynnika „a” we wzorach waloryzacyjnych. Edycja 1; Luty 2024.

Odwołujący zaproponował próg wejścia na poziomie 1,15%. Zgodnie z proponowanym § 12 ust. 10 pkt 1 wzoru umowy, wykonawca może złożyć pierwszy wniosek waloryzacyjny nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty przekazania Terenu Budowy – co oznacza, że ryzyko wzrostu cen w tym pierwszym, półrocznym okresie realizacji spoczywa wyłącznie po jego stronie i powinno znaleźć odzwierciedlenie w wysokości progu wejścia do mechanizmu waloryzacji.

Próg wejścia na poziomie 1,15% odpowiada połowie rocznej stopy inflacji prognozowanej przez Narodowy Bank Polski.

Zgodnie z ostatnią opublikowaną Projekcją inflacji i PKB Narodowego Banku Polskiego z dnia 6 marca 2026 r., na stronie , prognozowana inflacja CPI na 2026 r. wynosi 2,3%. Przy uproszczonym założeniu równomiernego rozłożenia wzrostu cen w czasie, zmiana cen za okres 6 miesięcy wynosi połowę wartości rocznej, tj. ok. 1,15%. Próg ten odzwierciedla zatem racjonalny podział ryzyka: Wykonawca bierze na siebie wzrost cen odpowiadający pierwszemu półroczu realizacji (tj. 1,15%), zaś każda zmiana powyżej tego poziomu – jako niemożliwa do w kalkulowania w ofertę ze względu na jej nieprzewidywalność – stanowi podstawę do waloryzacji wynagrodzenia.

Odwołujący, proponując zmianę treści §12 wzoru umowy, skorzystał z Opracowania pn. „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa” opublikowanego przez Urząd Zamówień Publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie go odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany treści §12 ust. 10 i ust. 11 wzoru umowy w sposób zgodny z art. 439 ustawy.

Odwołujący podkreślił jednocześnie, że zaproponowane brzmienie §12 ust. 10 i ust. 11 stanowi propozycję odwołującego, opartą na rozwiązaniach rekomendowanych przez Urząd Zamówień Publicznych w ww. Opracowaniu. Odwołujący nie wyklucza, że zamawiający ukształtuje mechanizm waloryzacyjny w sposób odmienny od zaproponowanego – w szczególności przyjmując inny wskaźnik, lub inną formułę obliczeniową – byleby skonstruowany mechanizm spełniał wymagania art. 439 ustawy i był wolny od wad opisanych w tym odwołaniu. Odwołujący wniósł o uwzględnienie rekomendacji zawartych w Opracowaniu jako obiektywnego, respektującego interes zarówno zamawiających, jak i wykonawców, punktu odniesienia przy kształtowaniu nowej treści klauzuli waloryzacyjnej, jako że zaproponowane rozwiązanie oparte jest na sprawdzonych mechanizmach waloryzacyjnych, które od kilku lat są z powodzeniem stosowane w umowach o roboty budowlane, w szczególności w projektach długoterminowych i o znacznym stopniu złożoności.

Odwołujący zwrócił uwagę na kwestię o fundamentalnym znaczeniu dla oceny go odwołania: ewentualna waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy nie stanowi dodatkowego zysku ani przysporzenia majątkowego po jego stronie. Środki uzyskane w wyniku waloryzacji są w całości przeznaczone na pokrycie rzeczywistego wzrostu cen materiałów i kosztów realizacji zamówienia, który wykonawca jest zobowiązany ponieść. Co szczególnie istotne, wykonawca – jako strona umów z podwykonawcami – jest zobowiązany do zmiany ich wynagrodzenia na tych samych zasadach, co wynika wprost z art. 439 ust. 5 ustawy oraz z zapisów wzoru umowy. Oznacza to, że środki z waloryzacji „przepływają” dalej w łańcuchu realizacji zamówienia, docierając do podmiotów faktycznie ponoszących wzrost cen. Odmowa prawidłowej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy nie chroni zatem finansów publicznych zamawiającego przed nadmiernym wydatkiem – lecz jedynie przesunąć ciężar wzrostu kosztów na wykonawcę i jego podwykonawców, zaburzając równowagę ekonomiczną kontraktu w sposób sprzeczny z celem art. 439 ust. 1 ustawy.

8 maja 2026 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania. W terminie wynikającym z art. 525 ustawy nikt do postępowania nie przystąpił.

11 maja 2026 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko zamawiającego w odniesieniu do zarzutu 1: Sformułowany zapis w § 2 ust. 2 wzoru umowy jest standardową konstrukcją stosowaną na rynku zamówień publicznych w umowach o roboty budowlane.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i nie przychylił się do modyfikacji zaproponowanej przez odwołującego.

Stanowisko zamawiającego w stosunku do zarzutu 2: Sformułowany zapis w § 16 ust. 3 wzoru umowy odnosi się tylko do bieżącej płatności, w której na podstawie odbioru częściowego lub końcowego stwierdzono wady robót i nastąpiła konieczność ich niezwłocznego usunięcia przez wykonawcę. Poprzednie i przyszłe płatności wolne od wad będą dokonywane na bieżąco zgodnie z harmonogramem oraz zasadami ogólnymi określonymi § 13 wzoru umowy.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i nie przychylił się do modyfikacji zaproponowanej przez odwołującego.

Stanowisko zamawiającego w zakresie zarzutu 3: Sformułowany zapis w § 8 ust. 2 pkt 6 lit. b) wzoru umowy ma na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego i uniknięcia sytuacji, w której to zgłoszony zgodnie z umową podwykonawca wystąpi bezpośrednio do zamawiającego o zapłatę należności, zaś wykonawca wskaże na brak wiarygodności takiego podwykonawcy w części przeznaczonej na utworzenie zabezpieczenia. Relacja wykonawcy oraz podwykonawcy dotycząca zasad tworzenia zabezpieczenia nie stanowi możliwego dla zamawiającego źródła wygaszenia roszczenia względem podwykonawcy lub podstawy ewentualnego zarzutu w wypadku powstania sporu sądowego. W konsekwencji zamawiający stoi na stanowisku, że wyeliminowanie tego postanowienia umownego sprawi, że jego interesy nie zostaną wystarczająco zabezpieczone.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i nie przychylił się do modyfikacji zaproponowanej przez odwołującego.

Stanowisko zamawiającego w odniesieniu do zarzutu 4: Sformułowany zapis w § 1 ust. 3 wzoru umowy jest standardową regulacją, która wymaga od wykonawcy zgłaszaniu zamawiającemu stwierdzonych rozbieżności lub niejednoznaczności po ich wykryciu. Postanowienie to stanowi w ocenie zamawiającego rozwiązanie korzystne dla wykonawcy albowiem w wypadku zgłaszając wykrytą sprzeczność lub niejednoznaczność wykonawca może oczekiwać stanowiska zamawiającego i w tej mierze odpowiedzialność za zajęcie tego stanowiska spoczywa na zamawiającym.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i nie przychylił się do modyfikacji zaproponowanej przez odwołującego.

Stanowisko zamawiającego do zarzutu 5: Sformułowany zapis w § 11 ust. 6 wzoru umowy jest standardową regulacją, która nie może zostać sformułowana w sposób odmienny, ponieważ zamawiający może tylko określić termin przestąpienia do odbioru po zgłoszeniu przez wykonawcę, ale nie czasu jego zakończenia. Wskazanie terminu końcowego, w którym czynności odbiorowe muszą się zakończyć byłoby obarczone wewnętrzną sprzecznością przejawiającą się w ustaleniu konkretnej daty zakończenia odbioru, przy pełnej świadomości stron, że zakończenie tych czynności uzależnione jest od zdarzenia przyszłego i niepewnego [warunek] tj. stwierdzenia istnienia oraz zakresu możliwych wad lub usterek albo też ich braku.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i nie przychylił się do modyfikacji zaproponowanej przez odwołującego.

Stanowisko zamawiającego co do zarzutu 6: Sformułowane zapisy w § 25 określają przykładowe zmiany umowy jakie mogą pojawić się na etapie realizacji zamówienia. Ustawa nie wymaga określenia wszystkich możliwych okoliczności jakie mogą wyniknąć w przyszłości. Stosowany zapis dotyczący wydłużenia terminu realizacji spowodowanym koniecznością usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w Dokumentacji Technicznej jest standardową konstrukcją stosowaną na rynku robót budowlanych. Zwiększenie wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić na podstawie zapisów dotyczących m.in. waloryzacji wynagrodzenia, zmiany kosztów pracy, realizacji robót zamiennych lub dodatkowych. Mechanizm został określony w §12 wzoru umowy.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i nie przychylił się do modyfikacji zaproponowanej przez odwołującego.

Stanowisko zamawiającego w odniesieniu do zarzutu 7: Sformułowane zapisy w § 12 ust. 10 pkt 3 – § 12 ust. 11 wzoru umowy dotyczące waloryzacji są standardową regulacją, która nie narusza konkurencji oraz jest zgodna z ustawą. Ryzyko ustalonego progu waloryzacji na poziomie 5% obejmuje solidarnie obie strony zarówno wykonawcę i zamawiającego, albowiem w przypadku zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy zamawiający zobowiązany jest do wykazania zgodnie z § 12 ust. 16 okoliczności przewidzianych w § 12 ust. 10 i ust. 11. W ocenie zamawiającego wprowadzenie postanowienia wskazującego na ustalenie terminu początkowego dla waloryzacji zgodnie z art. 439 ust. 3 ustawy nie jest konieczne, albowiem na obecnym etapie trudno jest przyjąć, aby zdarzenia opisane w tym przepisie miały wystąpić. Jednocześnie brak powielenia w/w przepisu ustawy w treści umowy nie oznacza, że w wypadku wystąpienia zdarzeń objętych jego dyspozycją nie będzie on obowiązywał. W pozostałym zakresie stawiane przez odwołującego zarzuty dotyczą dopuszczonych przez ustawy i możliwych z perspektywy zamawiającego opcji dokonania wyboru właściwych metod waloryzacji, co zamawiający w zgodzie z ustawą uczynił.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i nie przychylił się do modyfikacji zaproponowanej przez odwołującego.

Stan faktyczny:

We wzorze umowy w spornym zakresie zamawiający zawarł następujące postanowienia:

§ 1. Definicje i reguły kolizyjne

2. Następujące dokumenty będą uważane oraz odczytywane i interpretowane według poniższego porządku:

1) Umowa;

2) Dokumentacja Techniczna;

3) SWZ.

3. Jeżeli pomiędzy dokumentami, o których mowa powyżej lub w terminologii, którą posługują się te dokumenty zostaną stwierdzone rozbieżności lub niejednoznaczności, Wykonawca zwróci się niezwłocznie po ich wykryciu do Inwestora o udzielenie wyjaśnień. Wyjaśnienia Inwestora są wiążące i ostateczne.

§ 2. Oświadczenia

2. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z przekazaną Dokumentacją Techniczną i nie wnosi do niej żadnych uwag, a nadto oświadcza, że Dokumentacja Techniczna jest wystarczająca do wykonania przez niego Robót. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że dokonał sprawdzenia Dokumentacji Technicznej, w tym opisów Robót i nie wnosi jakichkolwiek zastrzeżeń, co do zawartych w niej rozwiązań, ani też co do jej kompletności pod kątem realizacji zleconych Robót. Jeżeli w Dokumentacji Technicznej wystąpią sprzeczności dotyczące danego elementu Robót, Inwestor ma prawo do wyboru najkorzystniejszego wariantu rozwiązania określonego tą dokumentacją. Powyższe oświadczenie nie oznacza dokonania przez Wykonawcę analizy otrzymanej od Inwestora Dokumentacji Technicznej pod kątem poprawności przyjętych założeń, obliczeń, rozwiązań - błędów projektowych. Wykonawca nie przejmuje odpowiedzialności za błędy projektowe przekazywanej przez Inwestora Dokumentacji Technicznej, chyba że błędy te można było z łatwością dostrzec mając na względzie profesjonalny charakter wykonywanej przez Wykonawcę działalności.

§ 8. Podwykonawcy

2. Procedura zawierania umów o podwykonawstwo i zgłaszania podwykonawców Inwestorowi w przypadku zmiany Umowy i realizacji Inwestycji przy pomocy podwykonawców:

6) Podstawą zgłoszenia przez Inwestora określonych w pkt 2 zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o

podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub określonego w pkt 4 sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, będzie w szczególności niespełnienie następujących wymagań:

- a) projekt umowy o podwykonawstwo oraz umowa o podwykonawstwo przedkładane Inwestorowi do akceptacji powinny zawierać wszystkie istotne postanowienia umowy, w tym powinny zawierać oznaczenie stron umowy, powinny określać zakres prac (szczegółowy przedmiot robót budowlanych) powierzanych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, termin realizacji umowy, warunki płatności oraz wynagrodzenie podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy; przedkładana Inwestorowi do akceptacji umowa o podwykonawstwo powinna być dodatkowo kompletnie oznaczona oraz podpisana przez osoby uprawnione do reprezentacji jej stron wraz z okazaniem albo wskazaniem stosownych dokumentów potwierdzających uprawnienia do reprezentacji; projekty umów oraz umowy niezawierające jakiegokolwiek z wyżej wymienionych wymaganych elementów nie będą akceptowane przez Inwestora;
- b) projekt umowy o podwykonawstwo oraz umowa o podwykonawstwo przedkładane Inwestorowi do akceptacji przewidujące formy tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (kaucji gwarancyjnej), w szczególności poprzez potrącenia z należności za wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę prace lub jakiegokolwiek inne formy zatrzymania należnych podwykonawcy należności za wykonane prace;
- c) projekt umowy o podwykonawstwo oraz umowa o podwykonawstwo przedkładane Inwestorowi do akceptacji powinny przewidywać możliwość dokonywania odbiorów prac wykonanych przez podwykonawców lub dalszych podwykonawców przy udziale Inspektora Nadzoru zawierać zastrzeżenie, iż odbiór dokonany bez udziału Inspektora Nadzoru, który zgłosił swoją obecność przy odbiorze, będzie nieskuteczny oraz stanowić konieczność określania w protokołach odbioru zakresu rzeczowego i finansowego (wartości) odbieranych prac; projekty umów oraz umowy nie zawierające przedmiotowych postanowień nie będą akceptowane przez Inwestora;
- d) podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo w przedmiocie robót budowlanych obowiązany jest przedłożyć Inwestorowi wraz z projektem takiej umowy zgodę Wykonawcy na zawarcie umowy o treści zgodnej z przedkładanym projektem umowy; projekty umów bez dołączonej zgody Wykonawcy lub z zastrzeżeniami Wykonawcy nie będą akceptowane przez Inwestora;
- e) w przypadku zawierania umów o podwykonawstwo przez Wykonawcę działającego wspólnie (np. w formie konsorcjum) winny być one zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich podmiotów będących Wykonawcą, a Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Inwestorowi wraz z umową o podwykonawstwo stosownych dokumentów potwierdzających spełnienie tego obowiązku; nieprzestrzeganie tego obowiązku w przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, będzie skutkować brakiem akceptacji takich umów przez Inwestora;
- f) brak określenia w projekcie umowy oraz w umowie o podwykonawstwo przedkładanych Inwestorowi do akceptacji wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy za wykonanie robót będących przedmiotem tej Umowy w sposób umożliwiający odniesienie do odpowiadającego mu wynagrodzenia Wykonawcy za te roboty wynikającego ze złożonej przez niego oferty i określonego w Umowie, w szczególności cen jednostkowych wynikających z Kosztorysu Ofertowego, będzie stanowić podstawę braku ich akceptacji przez Inwestora;
- g) projekt umowy o podwykonawstwo oraz umowa o podwykonawstwo przedkładane Inwestorowi do akceptacji winny respektować wymagania wynikające z obowiązujących regulacji prawa pracy, w tym wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę i/lub minimalnej stawki godzinowej w odniesieniu do pracowników podwykonawcy; projekty umów oraz umowy nierespektujące wymagań obowiązującego prawa nie będą akceptowane przez Inwestora;
- h) projekt umowy o podwykonawstwo oraz umowa o podwykonawstwo przedkładane Inwestorowi do akceptacji nie przewidujące limitu łącznej wysokości kar umownych na poziomie maksymalnie wysokości kary za odstąpienie od umowy nie będą akceptowane przez Inwestora.

§ 11. Odbiory

2. Odbiory Robót zanikających będą dokonywane w terminie dwóch dni roboczych; odbiory częściowe będą dokonywane w terminie pięciu dni roboczych; odbiór usunięcia wad Robót w terminie pięciu dni roboczych; w każdym przypadku od dnia zgłoszenia Inspektorowi Nadzoru przez Wykonawcę gotowości do danego odbioru. Odbiór końcowy rozpocznie się w terminie 7 dni roboczych od dnia zgłoszenia Inspektorowi Nadzoru przez Wykonawcę gotowości do odbioru, a zakończy po dokonaniu wszystkich czynności.

6. Data podpisania Protokołu Odbioru Końcowego przez Inspektora Nadzoru i Inwestora będzie uważana jako termin zakończenia Robót. Inspektor Nadzoru i Inwestor nie mogą odmówić podpisania Protokołu Odbioru Końcowego w przypadku istnienia wad, które nie uniemożliwiają użytkowania Inwestycji.

9. Jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady o charakterze nieistotnym, w szczególności dające się szybko usunąć bez istotnych nakładów pracy lub kosztów, to Inwestor nie może odmówić odbioru, a Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia takich wad niezwłocznie, w technologicznie uzasadnionym terminie wyznaczonym przez Inspektora Nadzoru. W przypadku innych wad Inwestor może odmówić odbioru a Wykonawca jest zobowiązany do

usunięcia takich wad w terminie 10 dni od dnia zawiadomienia Wykonawcy o wadzie.

10.W przypadku stwierdzenia podczas odbioru wystąpienia wad nie dających się usunąć, Inwestor może według własnego wyboru:

- 1)obniżyć odpowiednio Wynagrodzenie, jeżeli wady te nie uniemożliwiają użytkowania Inwestycji lub kontynuowania Robót, lub
- 2)żądać wykonania wadliwych Robót po raz drugi, lub
- 3)powierzyć wykonanie Robót innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy bez konieczności uzyskania zgody Sądu.

11.Wszelkie czynności podczas dokonywania odbioru jak i terminy wyznaczone na usunięcie wad będą zawarte w protokole podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Stron, a w przypadku braku porozumienia Stron, wyznaczone jednostronnie przez Inwestora.

§ 12. Wynagrodzenie

10.Wynagrodzenie Wykonawcy określone w ust. 2 powyżej określone według cen z Kosztorysu Ofertowego może ulec zmianie (podwyższenie lub obniżenie) wyłącznie w przypadku wystąpienia zmiany cen materiałów lub kosztów istotnych dla realizacji Przedmiotu Umowy, pod warunkiem łącznego spełnienia następujących przesłanek:

- 1)Wykonawca złoży Inwestorowi pisemny, szczegółowo uzasadniony wniosek, nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty przekazania Terenu Budowy. Kolejne wnioski mogą być składane w odstępach nie krótszych niż 6 miesięcy od dnia podpisania poprzedniego aneksu waloryzującego;
- 2)wniosek, o którym mowa w pkt 1, winien zawierać:
 - a)wykazanie bezpośredniego i rzeczywistego wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania pozostałej do zrealizowania części Przedmiotu Umowy;
 - b)dokumenty źródłowe (faktury zakupu, wiążące oferty, oficjalne cenniki producentów) potwierdzające wzrost kosztów, wraz z porównaniem ich do cen ujętych w Kosztorysie Ofertowym;
 - c)oświadczenie, że Wykonawca nie posiadał zapasów materiałów nabytych po cenach niższych oraz nie miał możliwości ich nabycia we wcześniejszym terminie w celu uniknięcia skutków wzrostu cen.
- 3)średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS („Wskaźnik GUS”) za ostatni rok kalendarzowy poprzedzający datę złożenia wniosku, wzrósł lub spadł o więcej niż 5%. Waloryzacja dotyczy wyłącznie nadwyżki ponad ten próg.
- 4)maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia jednostkowego nie może przekroczyć wartości wynikającej ze Wskaźnika GUS, o którym mowa powyżej. Wskaźnik GUS stanowi górną, nieprzekraczalną granicę waloryzacji, a nie automatyczną podstawę do zwiększenia cen. Łączna wartość wszystkich waloryzacji w całym okresie obowiązywania Umowy nie może spowodować zmiany wynagrodzenia Wykonawcy o więcej niż 10% (w górę lub w dół) całkowitego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 12 ust. 2 Umowy.

11.Inwestor dokona weryfikacji wniosku w terminie 21 dni. Wniosek nieudokumentowany, sporządzony w sposób ogólnikowy lub niezawierający analizy wpływu zmiany cen na rentowność kontraktu, zostanie odrzucony jako niespełniający wymogów formalnych i uznany za niebyły.

§ 16 ust. 3

„W razie stwierdzenia w elementach Robót już odebranych na podstawie odbioru częściowego lub odbioru końcowego, wad wykonanych Robót, Inwestor może żądać przystąpienia do ich niezwłocznego usunięcia w uzasadnionym technologicznie terminie wyznaczonym przez Inwestora. W przypadku nie przystąpienia Wykonawcy do usunięcia tych wad, Inwestor może wstrzymać wszelkie płatności do momentu ich usunięcia. Wykonawcy nie będą przysługiwały odsetki z tego tytułu”.

§ 25. Zmiana Umowy

2.Inwestor przewiduje możliwość zmian Umowy, które mogą dotyczyć w szczególności następujących przypadków:

2)zmiana, w tym wydłużenie, terminu wykonania Robót w związku z:

- a)wystąpieniem okoliczności zaistniałych w trakcie realizacji Robót, a w szczególności zaistnieniem niesprzyjających warunków atmosferycznych, geologicznych, czy hydrologicznych lub wystąpieniem nieprzewidzianych prac archeologicznych, niepozwalających na wykonanie Robót zgodnie z warunkami wykonania określonymi w Dokumentacji Technicznej,
- b)koniecznością usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w Dokumentacji Technicznej,
- c)koniecznością wykonania zamówień dodatkowych niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego lub innych zamówień powiązanych, których udzielenie i wykonanie stało się konieczne lub celowe i które mają wpływ na termin realizacji niniejszego zamówienia,
- d)ujawnieniem niezainwentaryzowanych lub o odmiennym przebiegu niezgodnym z inwentaryzacją podziemnych sieci, instalacji lub urządzeń obcych i koniecznością wykonania robót związanych z ich zabezpieczeniem lub usunięciem

kolizji,

e)zawieszeniem zakresu Robót przez Inwestora z przyczyn niezależnych od Wykonawcy,

f)wystąpieniem niezgodności pomiędzy częścią opisową a kartograficzną ewidencją gruntów,

g)działaniem siły wyższej (np. klęski żywiołowe, strajki generalne lub lokalne) mającej bezpośredni wpływ na terminowość wykonywania Robót,

h)wystąpieniem wykopaliisk uniemożliwiających wykonywanie Robót,

i)zaistnieniem okoliczności będących następstwem działania organów administracji lub osób indywidualnych, w szczególności:

i.w przypadku przedłużenia się procedur administracyjnych na etapie wydawania opinii, uzgodnień, zgód, postanowień i decyzji administracyjnych, jeżeli przedłużenie to nie wynikało z winy Wykonawcy,

ii.w przypadku przedłużających się konsultacji społecznych, protestów mieszkańców, bądź innych podmiotów, których dotyczy realizacja zamówienia, które mają wpływ na termin realizacji przedmiotu Umowy,

iii.w przypadku wystąpienia nieprzewidywanych w momencie zawarcia Umowy kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez Inwestora lub inne podmioty inwestycjami w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tych kolizji, w sytuacji, gdy wykonywanie Robót nie będzie możliwe ze względu na obowiązek skoordynowania robót z Wykonawcą innych robót wykonywanych na terenie budowy,

iv.niemożliwej do przewidzenia w momencie zawarcia Umowy konieczności przesunięcia terminu przekazania Terenu Budowy,

j)wystąpieniem niezależnych od Wykonawcy przyczyn technologicznych wpływających na realizację przedmiotu Umowy i przyjęte rozwiązania technologiczne,

k)wystąpieniem okoliczności, których Strony Umowy nie były w stanie przewidzieć pomimo zachowania należytej staranności,

l)zaistnieniem innych okoliczności niezależnych od Wykonawcy, a mających wpływ na termin realizacji Inwestycji,

m)zmianą przepisów prawnych obowiązujących w dniu zawarcia Umowy, mającą wpływ na realizację Inwestycji,

n)wystąpieniem nadzwyczajnych warunków pogodowych niepozwalających na wykonanie Robót w zaplanowanym terminie,

o)wystąpieniem sprzeciwu właścicieli terenów sąsiednich na prowadzenie Robót, w tym prac przygotowawczych (pomiarów geodezyjne, odkrytki geologiczne, itp.)

p)wystąpieniem opadów atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie prac na Terenie Budowy zgodnie ze specyfikacjami technicznymi i wiedzą techniczną,

– pod warunkiem wyrażenia zgody przez Inwestora; termin realizacji Robót może ulec wydłużeniu o czas trwania okoliczności stanowiących przeszkody w realizacji Robót (w tym o okres niezbędny do przywrócenia warunków umożliwiających właściwą i zgodną ze sztuką techniczną realizację prac);

Dowody odwołującego:

Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w marcu 2026 r.1

Według wstępnych danych w marcu 2026 r. ceny produkcji budowlano-montażowej wzrosły zarówno w porównaniu z marcem 2025 r. (o 4,7%), jak i do lutego 2026 r. – o 1,2%.

W marcu 2026 r. w stosunku do poprzedniego miesiąca wzrosły ceny robót budowlanych specjalistycznych – o 1,7% oraz ceny budowy budynków i budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej po 1,0%. W porównaniu z marcem 2025 r. odnotowano wzrost cen robót budowlanych specjalistycznych (o 5,5%), budowy budynków (o 4,4%) oraz budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 4,2%).

CZĘŚĆ III Roczne wskaźniki makroekonomiczne

Aktualizacja: 17.03.2026

WSKAŹNIKI CEN - CENY Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych A w latach

2002 2003 2004 2005 2006 2007 2008 2009 2010 2011 2012 2013 2014 2015 2016 2017 2018 2019 2020 2021 2022
2023 2024 2025 wynoszą odpowiednio

101,9 100,8 103,5 102,1 101,0 102,5 104,2 103,5 102,6 104,3 103,7 100,9 100,0 99,1 99,4 102,0 101,6 102,3 103,4 105,1
114,4 111,4 103,6 103,6

Rekomendowane praktyki Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców w zakresie przyjmowania wartości współczynnika „a” we wzorach waloryzacyjnych Edycja 1; Luty 2024

2.1 Współczynnik „a” w umowach na roboty budowlane

SIDiR rekomenduje, by współczynnik „a” w umowach na roboty budowlane uwzględniał w pierwszej kolejności model realizacji inwestycji, tj. „buduj”, „projektuj i buduj”, „pod klucz”, co wiąże się z tym, iż łatwo jest zauważyć związek pomiędzy marżowością a przyjętym modelem.

W związku z powyższym SIDiR rekomenduje przyjmować następujące wartości współczynnika „a”:

- Kontrakty typu „buduj” 0,10
- Kontrakty typu „projektuj i buduj” 0,15
- Kontrakty typu „pod klucz” 0,30

SIDiR rekomenduje, aby dla kontraktów na roboty budowlane współczynnik „a” mieścił się w granicach 0,1÷0,3 w zależności od przyjętego modelu realizacji inwestycji „buduj”/„projektuj i buduj”/„EPC”/inny); co należy rozumieć w ten sposób, że 10 do 30% wynagrodzenia wykonawcy nie podlega waloryzacji, natomiast reszta tego wynagrodzenia, tj. 90 do 70% powinna podlegać waloryzacji.

Rozważania Krajowej Izby Odwoławczej (KIO):

KIO nie dopatrzyła się okoliczności, które mogły skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

KIO oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Przy czym biorąc pod uwagę, że odwołanie dotyczy treści projektowanych postanowień umownych, KIO musiała mieć na względzie treść art. 554 ust. 6 ustawy, który zakazuje KIO nakazywanie wprowadzenia do umowy postanowień określonych treści. KIO zatem nie mogła nakazać zamawiającemu wprowadzenia treści, wskazanych przez odwołującego w żądaniach. Uwzględnienie przez KIO zatem żądań odwołującego sprowadziło się do wskazanych w odwołaniu żądań wykreślenia spornych postanowień ewentualnie wskazania podstaw prawnych, które zamawiający ma obowiązek uwzględnić w sytuacji, gdyby zdecydował się na zmianę projektowanych postanowień umownych. KIO nie wskazała w żaden sposób, jakie postanowienia zamawiający powinien wprowadzić do zmienionej treści SWZ, a jedynie postara się wyjaśnić, dlaczego doszła do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim, jeśli chodzi o zarzut 1, to w ocenie KIO odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy nakazującego opis przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przypadku robót budowlanych taki opis następuje za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Zatem to zamawiający jest odpowiedzialny za kompletność i poprawność dokumentacji jaką udostępnia wykonawcom na etapie ofertowania. Zamawiający nie może też przewidywać postanowień, które powodują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Wreszcie zamawiający i wykonawca są zobowiązani współdziałać przy wykonywaniu umowy. Z tych wszystkich norm w ocenie KIO wynika, że o ile to na wykonawcy ciąży obowiązek powiadomienia zamawiającego o przeszkodach w prawidłowej realizacji zamówienia, to jednak to ryzyko zarówno finansowe jak i terminowe, czy dobór rozwiązań wariantowych powinny być elementem współdziałania stron, a nie jednostronnym uprawnieniem inwestora.

Biorąc pod uwagę, że w zamówieniu publicznym wpływ wykonawcy na treść postanowień umownych jest mocno ograniczony, a jednocześnie składa on swoją ofertę w zaufaniu do udostępnionych mu przez zamawiającego dokumentów, to w przypadku wykrycia rozbieżności w dokumentacji technicznej prowadzących do powstania różnych wariantów wykonania przedmiotu umowy, powinien mieć możliwość wspólnego ustalenia z zamawiającym doboru tego wariantu postępowania, z uwzględnieniem także tych okoliczności, na podstawie, których kształtował on swoją ofertę.

Oczywistym jest to, że proces budowlany jest procesem dynamicznym, w którym mogą ujawnić się sprzeczności w dokumentacji technicznej, których ani zamawiający, ani wykonawca nie byli w stanie wykryć na etapie ofertowania, a które ujawniły się dopiero w trakcie wykonywania robót. Jednak nie można wykluczyć sytuacji, że umożliwienie zamawiającemu na etapie wykonawstwa arbitralnej decyzji do wyboru wariantu realizacyjnego prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca realizowałby zamówienie w sposób, którego nie przewidywał i nie wycenił w ofercie, a gdyby ujawnił się on na etapie ofertowania, to złożyłby ofertę innej treści albo nie zdecydowałby się na jej złożenie. W tej sytuacji KIO uważa, że po to ustawodawca wprowadził do ustawy art. 431 ustawy, aby zamawiający z jednej strony nie był przymuszany przez wykonawcę, do akceptacji rozwiązań, na które się nie godzi, a z drugiej, żeby nie nadużywał swojej pozycji, jako twórcy projektowanych postanowień umownych. Dlatego w przypadku wykrycia sprzeczności w dokumentacji technicznej zamawiający może przewidzieć ścisłą hierarchię dokumentów, wówczas z tej hierarchii będzie wynikał prymat jednego z wariantów albo dopuścić rozwiązanie, w którym dobór możliwego wariantu, będzie elementem decyzji uzgodnionej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. Z tego względu KIO nakazała wykreślenie spornego pomiędzy stronami zdania z § 2 ust. 2 Projektu umowy.

Co do zarzutu 2 dotyczącego § 16 ust. 3 to KIO dostrzegła w tej regulacji następujące problemy, które w ocenie KIO powodują, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie:

- przede wszystkim zamawiający zgodnie z § 11 ust. 11 ma prawo do obniżenia wynagrodzenia wykonawcy, jeśli odbiór ujawni wady, albo nakazania wykonania ponownie bez wad, czy też wykonania zastępczego, zatem sankcja wstrzymania wypłaty wynagrodzenia jest dodatkową sankcją za wadliwe wykonanie, a zamawiający nie uzasadnił potrzeby takiego dodatkowego sankcjonowania uzasadnionymi potrzebami.

- co więcej § 16 ust. 3 nie rozróżnia ani istotności wady w przeciwieństwie do § 11 ust. 9 a także nie wskazuje powodów powstania wady. Nie jest przecież wykluczone, że wada powstała wskutek wykonywania robót według wskazówek inwestora. Dalej mimo możliwości obniżenia wynagrodzenia, wykonania ponownego czy wykonania zastępczego, zamawiający w § 16 ust. 3 przewidział wstrzymanie wszelkich płatności, a nie wyłącznie związanych z płatnościami przyszłymi. Wbrew stanowisku zamawiającego prezentowanemu w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, zamawiający w § 16 ust. 3 posługuje się pojęciem wszelkich płatności, a nie tylko bieżących, czy płatności zgłoszonych po dacie wykrycia wady. Nie jest przecież wykluczone, że w toku realizacji procesu budowlanego pewne prace będą przebiegać równolegle i równolegle będą zgłaszane do odbiorów częściowych. Wśród takich prac mogą być roboty wykonane poprawnie i wadliwe, mimo to przy obecnym brzmieniu spornego paragrafu zamawiający może wstrzymać się z płatnością także za roboty wykonane prawidłowo, jednak odebrane w tym samym terminie, co roboty wadliwe.

- Kolejna niejednoznaczność tego postanowienia umownego wiąże się z terminem usunięcia wady, do którego upływu wykonawcy nie jest wstrzymywane wynagrodzenie. Zamawiający posługuje się tu terminem uzasadnionym technologicznie, przy czym nie daje żadnych regulacji, w jaki sposób strony ustalą termin uzasadniony technologicznie. Co więcej z § 16 ust. 4 ustawy wynika, że termin technologicznie uzasadniony, to termin określony przez zamawiającego. W § 16 ust. 4 brak jest jakichkolwiek wskazań, że wykonawca może zgłosić zastrzeżenia do zbyt krótkiego (technologicznie nieuzasadnionego terminu usunięcia wady). W ocenie KIO te elementy projektowanych postanowień umownych powodują, że kwestionowane przez odwołującego postanowienie godzi przede wszystkim w zasadę przejrzystości postępowania i może prowadzić do powstawania w przyszłości sporów pomiędzy stronami na tle odpowiedzialności za wadę, terminu jej usunięcia technologicznie uzasadnionego, czytaj wskazanego przez zamawiającego i rozumienia pojęcia wszelkich płatności. KIO dostrzegło także, że w §20 ust. 3 zamawiający przewidział zabezpieczenie należytego wykonania umowy na poziomie maksymalnym wynikającym z art. 452 ust. 2 ustawy i nie wykazał, że wyższe zabezpieczenie jest uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia uzasadniając jego podwyższenie nie więcej niż do 10%. Również w § 20 ust. 9 zamawiający ustanowił zakaz tworzenia zabezpieczenia z potrąceń z faktur miesięcznych, co oznacza, że jest to znaczne obciążenie dla wykonawcy. W ocenie KIO rację zatem należy przyznać odwołującemu, że zamawiający wprowadzając § 16 ust. 3 w obecnym brzmieniu dąży do podwyższenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy ponad ustawowy limit, nie wykazując podstaw do takiego podwyższenia. W ocenie KIO § 16 ust. 3 może być także oceniony jako próba ukrycia przez zamawiającego oczekiwania bez usterkowych odbiorów, które w jednolitym orzecznictwie KIO stanowią klauzulę abuzywną.

Przechodząc do zarzutu 3 i zakazu tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy podwykonawczej przez potrącenie tej kwoty z wynagrodzenia podwykonawcy, to KIO dostrzega, że zgodnie z art. 463 umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy w zakresie postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia w sposób dla niego mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy, ukształtowane postanowieniami zawartej umowy między zamawiającym, a wykonawcą. Zatem wykonawca nie może przewidzieć w umowie podwykonawczej zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości wyższej niż jego własne zabezpieczenie wobec zamawiającego, nie może także ograniczyć dopuszczonych przez zamawiającego form takiego zabezpieczenia, jednak norma art. 452 ust. 4 ustawy stanowi o uprawnieniu wykonawcy, a nie o jego obowiązku. Czyli wykonawca ma prawo do żądania tworzenia jego zabezpieczenia przez potrącenie za częściowo wykonane roboty budowlanego, pod dwoma warunkami:

- okres realizacji zamówienia jest dłuższy niż rok,
- zamawiający się na to zgodził.

W tym postępowaniu zamawiający w § 20 ust. 9 odmówił wykonawcy tego prawa, jednak w ocenie KIO nie oznacza to, że wykonawca nie może wyrazić zgody swojemu podwykonawcy na utworzenie zabezpieczenia na korzystniejszych niż sam posiada warunkach. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uważa, że zakaz tworzenia zabezpieczenia potrąceń z faktur powinien rozciągać się na podwykonawców, ani nie wskazał normy prawnej pozwalającej mu na tak daleką ingerencję w stosunki wykonawca – podwykonawca. Zamawiający wskazał jedynie, że postanowienie umowne ma zabezpieczać interes zamawiającego związany ze sporami na tle wysokości wynagrodzenia podwykonawcy należnego od zamawiającego. W ocenie KIO odpowiedzialność zamawiającego i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom ma charakter solidarny i zamawiającemu służy regres w stosunku do wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia bezpośrednio podwykonawcy, jeśli okazałoby się ono nienależne. Nadto wypłata wynagrodzenia podwykonawcy jest uzależniona od wykazania braku zapłaty oraz od braku zastrzeżeń zgłoszonych przez wykonawcę. Zamawiający dysponuje umową o podwykonawstwo, bo ta jest mu wcześniej przedstawiana do akceptacji, a odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia powstaje tylko w stosunku do tych robót, które podwykonawca wykonał w oparciu o zaakceptowaną umowę. Nadto zamawiający ma prawo wstrzymać wypłatę uznając, że wykonawca wykazał jej niezasadność, może złożyć świadczenie do depozytu sądowego, albo wypłacić

wynagrodzenie podwykonawcy, jeśli podwykonawca wykaże jego zasadność. Nadto zamawiający może od umowy z wykonawcą odstąpić, jeżeli powstaje wielokrotność dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub konieczność dokonywania bezpośrednich zapłat dotyczy sumy większej niż 5% wartości umowy. W ocenie KIO obawy zamawiającego, co do istnienia po jego stronie istotnego ryzyka wypłat bezpośrednio podwykonawcom są limitowane przez ustawę i w dużej mierze pozostawione wyborowi zamawiającego. Z tych względów KIO uznała zarzut za zasadny. Zarzut 4 także zasługiwał na uwzględnienie. Przede wszystkim zamawiający w § 1 ust. 3 nie uzależnił wydania wiążących wyjaśnień przez zamawiającego od tego czy rozbieżności pomiędzy dokumentacją były niemożliwe do usunięcia przy zastosowaniu hierarchii dokumentów opisanej w §1 ust. 2. To w ocenie KIO nadaje zamawiającemu pełną swobodę decyzji, czy zastosuje usuwanie sprzeczności według hierarchii dokumentów określonej przez siebie, czy wyda wiążące i ostateczne wyjaśnienie. To rodzi niepewność po stronie wykonawców, co do tego czym mają się kierować przy sporządzaniu oferty, a także powoduje, że nie da się przewidzieć ryzyk związanych z realizacją tej umowy. Obowiązek zgłaszania inwestorowi błędów wykrytych w dokumentacji wynika z art. 651 kc, jednak wbrew stanowisku zamawiającego, przyjęte przez niego rozwiązanie w § 1 ust. 3 nie jest korzystne dla wykonawcy i nie zwalnia go z odpowiedzialności, bo zamawiający w ten sposób może oderwać się od opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej i STWiORB) i próbować narzucać wykonawcy taki sposób usunięcia sprzeczności, który nie mieścił się w pierwotnym opisie zamówienia. W efekcie może dojść do sytuacji, w której wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia wykraczającego poza warunki zamówienia na podstawie, których składał ofertę. W ocenie KIO ta regulacja umowna prowadzi do naruszenia przede wszystkim art. 99 ust. 1 ustawy.

Przechodząc do braku określenia w §11 ust. 6 terminu zakończenia odbioru końcowego, to również KIO podziela w tym zakresie argumentację przedstawioną przez odwołującego. Przede wszystkim KIO zauważa, że zamawiający nie miał problemów z określeniem terminów zakończenia odbiorów częściowych i odbiorów prac zanikających. Jedynym przypadkiem, w którym nie określił terminu zakończenia odbioru jest moment podpisania odbioru końcowego. Jednocześnie, co również słusznie dostrzegł odwołujący, zamawiający termin zakończenia robót uzależnia od daty podpisania odbioru końcowego. Wykonawca jest obciążany karą umową za nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a zamawiający nie przewidział żadnej procedury nakazującej mu dokonanie odbioru końcowego w sytuacji odpowiednio wczesnego zgłoszenia gotowości odbioru przez wykonawcę, który obligowałby zamawiającego do wykonania czynności odbiorowych, w terminie umożliwiającym wykonawcy terminowe ukończenie robót. Zamawiający wskazał, że odbiór końcowy jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, jednak w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego takim zdarzeniem przyszłym i niepewnym nie jest ani odbiór częściowy, ani odbiór robót zanikających. W każdym z tych trzech przypadków mogą ujawnić się wady, może pojawić się potrzeba zakreślenia terminu do ich usunięcia. Zamawiający nawet nie próbował wyjaśnić tego odrębnego podejścia do odbiorów. Można jedynie domyślać się, że zamawiającemu chodzi o to, że nie wie czy wykonawca w określonym terminie usunie wadę istotną, czy też zajdzie potrzeba wykonania zastępczego, czy w stosunku do robót już częściowo odebranych nie ujawnią się wady. Jednak zdaniem KIO termin, w którym zamawiający powinien przystąpić i przeprowadzić czynności odbiorowe (niezależnie od ich wyniku: bezusterkowego odbioru, odbioru z usterkami nieistotnymi, czy braku odbioru z uwagi na istotne usterki) powinien być określony, tak aby możliwe było stwierdzenie, czy zamawiający nie uchyla się od obowiązku współdziałania, o którym mowa w art. 431 ustawy. W przeciwnym bowiem przypadku to postanowienie umowne stanowić może niedozwoloną klauzulę abuzywną obciążającą wykonawcę za okoliczności zależne wyłącznie od zamawiającego. KIO nie narzuca zamawiającemu sposobu doprowadzenia do zgodności z art. 431 ustawy tego postanowienia umownego. Odwołujący na rozprawie wskazywał co najmniej dwa możliwe rozwiązania. Jednak nie może być tak, że zamawiający z przyczyn od siebie zależnych doprowadza do tego, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność odszkodowawczą (karę umowną) za opóźnienie w realizacji inwestycji, w sytuacji, gdy sam dotrzymał postanowień umownych i zgłosił odbiór końcowy w terminie umożliwiającym terminowe oddanie inwestycji (art.433 pkt 3). Bez przewidzenia tej regulacji wykonawcy nie wiedzą w jakim terminie przed upływem terminu realizacji zamówienia powinni zgłaszać odbiór, aby nie narażać się na ryzyko kar umownych.

Z tego względu KIO uznała zarzut za zasadny.

Zarzut 5 także okazał się zasadny. KIO nie może nakazać zamawiającemu wprowadzenia w § 25 ust. 2 pkt 2 obowiązku zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy obok wydłużenia czasu umowy z uwagi na art. 554 ust. 6 ustawy, jednak w ocenie KIO nie można odmówić racji odwołującemu, że w znacznej części postanowień zawartych w § 25 ust. 2 pkt 2 przewidział zamawiający nie tylko okoliczności leżące po stronie wykonawcy czy okoliczności od żadnej ze stron niezależne, ale także takie za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Przepis art. 433 pkt 3 ustawy wskazuje, że klauzula abuzywna polega na odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności wyłącznie zależne od zamawiającego. Zgodnie z §25 ust. 2 pkt 2 lit. b zamawiający dopuszcza wyłącznie możliwość wydłużenia czasu trwania umowy w sytuacji konieczności usunięcia błędów lub wprowadzenia zmian w Dokumentacji Technicznej. Przy czym sam zamawiający zdefiniował, że Dokumentacja Techniczna – projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacja

techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB), wraz ze wszystkimi załącznikami i dokumentami towarzyszącymi oraz wszelkie zmiany i modyfikacje tych dokumentów. Dokumentacja Techniczna, jest to zgodnie z art. 103 ust. 1 opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Za jednoznaczny, wyczerpujący, dokładny i zrozumiały i umożliwiający przygotowanie oferty opis odpowiada zamawiający (art. 99 ust. 1 ustawy). W postanowieniu §25 ust. 2 pkt 2 lit. b zamawiający wprost wskazuje na błędy tej dokumentacji, a więc na okoliczności zależne od zamawiającego. W tej sytuacji odmowa wykonawcy ekwiwalentnego świadczenia w przypadku zwiększenia się przedmiotu świadczenia lub zmiany sposobu jego realizacji powinna być uwzględniona w ramach dopuszczalnej zmiany umownej. Zamawiający podniósł, że możliwości zmiany wynagrodzenia wynika z §12 wskazując na regulacje dotyczące robót uzupełniających i dodatkowych oraz robót zamiennych. Zamawiający w § 12 wskazał:

7.Roboty uzupełniające i dodatkowe będą udzielane wykonawcy na podstawie odrębnych umów po zaakceptowaniu przez Inwestora konieczności wykonania tych robót.

8.W każdym przypadku rozliczenie Robót zamiennych lub zaniechanych zostanie dokonane z uwzględnieniem:

1)w pierwszej kolejności z wynikających opisów oraz cen zawartych w Kosztorysie Ofertowym stanowiącym integralną część oferty,

2)jeżeli w Kosztorysie Ofertowym nie będzie odpowiadających wyżej wymienionym Robotom opisów tych Robót oraz ich cen, wykonawca ma prawo do zastosowania w rozliczeniach stawki roboczogodziny i wskaźników cenotwórczych podanych w Kosztorysie Ofertowym (lecz nie wyższych niż średnie w Tabelach SECOCENBUDU w kwartale poprzednim do kwartału, w którym zostały zrealizowane (lub miały zostać zrealizowane) wyżej wymienione Roboty lub nakładów zawartych w Katalogach Nakładów Rzeczowych oraz odpowiadających im cen nie wyższych niż średnich w Tabelach SECOCENBUDU w kwartale poprzednim do kwartału, w którym zostały zrealizowane wyżej wymienione Roboty (lub miały zostać zrealizowane),

3)jeżeli nie będzie można dokonać rozliczeń w oparciu o ustalenia zawarte w pkt 1 i 2, wówczas Wykonawca przedstawi własne kalkulacje ceny za takie Roboty do zatwierdzenia przez Inwestora, z uwzględnieniem warunków rynkowych.

Prawidłowość dokonanych naliczeń wraz z odpowiednimi opisami, sprawdza Inspektor Nadzoru a następnie zatwierdza Inwestor.

Jednak KIO dostrzegła, że zamawiający mówi tu wyłącznie o kosztach wykonywanych robót i ta albo na podstawie osobnych umów, albo na podstawie wycen w oparciu o kosztorys lub ceny Secocenbudu. Przy czym zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do argumentacji odwołującego podnoszonej na rozprawie, że odwołujący w związku z błędami Dokumentacji Technicznej nie tylko poniesie koszty bezpośrednie wykonania prac dodatkowych, zamiennych lub uzupełniających, ale będzie ponosił koszty przestoju związanych w potrzebą usunięcia błędów dokumentacji technicznej. Słusznie odwołujący zauważył, że będą to przestoje wywołane przyczynami po stronie zamawiającego, a będą one przekładały się na koszty utrzymania zespołu na czas przestoju, koszty utrzymania zaplecza, a także koszty pośrednie zakładu. Do tych kosztów zamawiający nie odniósł się w ogóle, a umowa w obecnym kształcie nie przewiduje ich pokrycia. W ocenie KIO godzi to tak w zasadę współdziałania, jak i może stanowić klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 ust. 3 ustawy. Z tych względów KIO uwzględniła odwołania.

Zarzuty skierowane wobec opracowanej przez zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej KIO także uznała za zasadne. Zamawiający poza próbą wskazania, że nie musi przepisywać uregulowań ustawowych do umowy w zakresie terminu początkowego ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz wskazania, że wybrał ustawowo dopuszczony wskaźnik zmiany cen, zasadniczo nie odniósł się do zarzutów odwołującego. Odwołujący przedstawił obowiązujący poziom zmian wskaźnika przyjętego przez zamawiającego i wyliczenia wskazujące na to, że zmiana polegająca na podwyższeniu wynagrodzenia na podstawie przyjętego przez zamawiającego mogła wystąpić jedynie raz w okresie ostatnich 25 lat. Odwołujący wskazał też na rekomendacje i opracowania w zakresie wzorcowych klauzul waloryzacyjnych, z których mógł skorzystać zamawiający. Odwołujący wreszcie wskazywał, że zamawiający wskazał wskaźnik średnioroczny, który w okresie 20 miesięcy wykonania zamówienia nie będzie odzwierciedlał faktycznych zmian cen rynkowych. KIO analizując treść klauzuli waloryzacyjnej opracowanej przez zamawiającego doszła do przekonania, że klauzula ta nie zawiera wszystkich obligatoryjnie wymaganych przez ustawodawcę elementów i z tego względu nakazała zamawiającemu jej wykreślenie i wprowadzenie klauzuli odpowiadającej wymaganiom ustawodawcy, a także takiej, która będzie adekwatna do przedmiotu zamówienia i czasu jego trwania. Wbrew stanowisku zamawiającego ustawodawca nie zwolnił zamawiającego z obowiązku wskazania początkowego terminu ustalania zmiany wynagrodzenia. Przeciwnie ustawodawca wyraźnie wskazuje, że w umowie określa się początkowy termin ustalania zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy). Fakt, że ustawodawca doprecyzował swoje wymagania wobec zamawiającego w art. 439 ust. 3 ustawy wskazując, że jeśli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, terminem początkowym ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia oferty, jednak nie jest to przepis bezwzględnie obowiązujący, bo zamawiający zawsze może określić wcześniejszy. W tej sprawie niewątpliwie zamawiający nie wskazał terminu początkowego ustalenia zmiany wynagrodzenia. Obowiązek ustalenia tego terminu obciążał

zamawiającego, zatem zamawiający powinien jednoznacznie określić, od kiedy ten termin rozpocznie swój bieg, przykładowo od daty ogłoszenia o zamówieniu, daty otwarcia ofert czy zawarcia umowy (chyba, że w dacie jej zawarcia upłynęło więcej niż 180 dni, wówczas terminem początkowym może być termin otwarcia). Kolejnym elementem, który w ocenie KIO nie został określony, to sposób ustalania zmiany wynagrodzenia. Niewątpliwie zamawiający wskazał na wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnik ogłaszany w komunikacie GUS, jednak jak wykazał zdaniem KIO odwołujący, dobrany przez zamawiającego wskaźnik, mimo, że ustawowo dopuszczony, to jednak wskazuje wyłącznie na pozorność waloryzacji, bo po pierwsze odwołujący wykazał, że przewidziane przez zamawiającego jego procentowe odchylenie, występuje niezmiennie rzadko nawet w okresie 25 letnim, po drugie, że nie zostało powiązane z przedmiotem zamówienia. Tu oczywiście KIO dostrzega, że ustawodawca takiego wymagania nie zawarł, jednak, skoro cena lub koszt przez ustawodawcę odnoszone są do możliwości wykonania zamówienia za podaną cenę lub wskazany koszt (art. 224 ust. 1 ustawy), to również zmiana wynagrodzenia związana ze wzrostem cen lub kosztów musi być odnoszona do czynników, które są związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie podjął próby wykazania związku wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych przekładającego się na zmianę cen materiałów czy pracy sprzętu w robotach budowlanych. CPI mierzy przecież zmiany cen "koszyka" dóbr i usług, które regularnie kupuje przeciętne gospodarstwo domowe. Nie zostało wyjaśnione, w jaki sposób ten właśnie wskaźnik wpływa na wzrost lub spadek wynagrodzenia z tytułu robót budowlanych. Zamawiający określił również termin wykonania zamówienia na „termin zakończenia Robót wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwolenie na użytkowanie: 20 m-cy od dnia zawarcia umowy.”, co oznacza, że termin wykonania liczony jest w miesiącach, a nie latach, a mimo to do waloryzacji przypisał wskaźnik średnioroczny. Dalej w art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawodawca nakazał zamawiającemu określić sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia – tu w ocenie KIO zamawiający spróbował przenieść ten obowiązek na wykonawcę, bo to wykonawca ma złożyć zamawiającemu uzasadniony i udokumentowany wniosek wskazujący na wystąpienie zmiany cen lub kosztów uprawniających wykonawcę do zmiany wynagrodzenia. W ocenie KIO, jednak to zamawiający powinien określić, jak będzie ustalany wpływ zmiany na koszt wykonania zamówienia. Słusznie tu wskazuje odwołujący na możliwość wykorzystania przez zamawiającego już opracowanych algorytmów czy kalkulatorów waloryzacyjnych. Istotne jest bowiem, to, żeby już w dacie ofertowania wykonawcy znali mechanizm, który umożliwiałby im oszacowanie ryzyka zmiany cen i realność klauzuli waloryzacyjnej. KIO w całości podziela argumentację odwołującego, że pozorna waloryzacja oznacza wzrost cen ofertowych, co jest niekorzystne dla zamawiającego publicznego. Wykonawcy nie mogą liczyć na zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia faktycznych wzrostów cen, muszą to ryzyko wyszacować w ofertach. Zamawiający zaś nie przewidując realnego mechanizmu zmiany cen powoduje, że nie ma żadnego wpływu na wysokość tak skalkulowanego ryzyka. Wskazanie przez zamawiającego, że sposób określenia wpływu zmiany ceny lub kosztu na koszt wynagrodzenia ma przedstawić wykonawca we wniosku o podwyższenie wynagrodzenia, nie stanowi w ocenie KIO realizacji art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy, a nadto, skoro zamawiający pozostawia sobie prawo do oceny tego wniosku jako nieuzasadniającego tego wpływu zmiany cen i to bez jasno określonych kryteriów według których uzna wniosek za niedostateczny. Nie sposób także nie odnieść się do oczekiwania zamawiającego, że wykonawcy będą wykazywać brak możliwości skorzystania z posiadanych zapasów nabytych po niższych cenach, czy możliwość zakupu po niższych cenach. Zdaniem KIO ustawodawca po to odwołał się do wskaźników zmiany cen lub koszyka waloryzacyjnego, aby zmiana cen lub kosztów była zmianą jednakową dla wszystkich podmiotów na danym rynku i niezależną od przyjętego konkretnej firmie sposobu organizacji realizacji zakontraktowanych inwestycji. Gdyby uznać prawo zamawiającego, do żądania wykazywania braku możliwości skorzystania z zapasów, to wówczas klauzula waloryzacyjna traciłaby charakter obiektywnego warunku zamówienia jednakowego dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie, ale byłaby klauzulą określoną indywidualnie dla każdego wykonawcy z uwzględnieniem jego możliwości finansowych organizacyjnych czy technicznych. W ocenie KIO zaaprobowanie takiego wymagania w istocie prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Z tych wszystkich względów odwołanie zostało uwzględnione w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli zamawiającego. KIO zaliczyła w poczet kosztów wpis oraz wydatki pełnomocników odwołującego i zamawiającego i nakazała zamawiającemu zwrot na rzecz odwołującego kosztów uiszczanego wpisu oraz wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury z ograniczeniem do maksymalnej wysokości wydatku według rozporządzenia.

Przewodnicząca:.....