

## WYROK

Warszawa, dnia 4 września 2026 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Protokolant: Krzysztof Chmielewski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2026 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie

### orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 7 i 8.

2. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3444/26

### Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”, „PZP”), w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej – Budowa nowego ujęcia wody infiltracyjnej dla Zakładu Centralnego” (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2026 r. (numer publikacji ogłoszenia: 450223-2026, numer wydania Dz.U. S: 124/2026).

W dniu 13 lipca 2026 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na ustaleniu treści Opisu Potrzeb i Wymagań (dalej: „OPIW”) w ww. postępowaniu, w zakresie dotyczącym projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej: „Kontrakt”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

Zarzut nr 1 – Rozbieżności w Kontrakcie rozstrzygane według „oczywistej intencji Zamawiającego”

Naruszenie art. 16 pkt 1–3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego (dalej: „KC”), art. 5 KC oraz art. 431 ustawy Pzp – poprzez zastrzeżenie w Klauzuli 22.5 pkt 7 Warunków Szczególnych Kontraktu, że w przypadku zaistnienia rozbieżności w Kontrakcie Strony dokonają zmiany w sposób odzwierciedlający „oczywistą intencję Zamawiającego”, wynikającą z innych postanowień Kontraktu i pozostałych dokumentów będących częścią Kontraktu lub dokumentów postępowania, co przyznaje Zamawiającemu uprzywilejowaną pozycję interpretacyjną, narusza zasadę równowagi stron, zasadę współdziałania przy wykonaniu umowy oraz prowadzi do niedopuszczalnego jednostronnego rozstrzygnięcia wątpliwości kontraktowych przez jedną ze stron stosunku zobowiązaniowego.

Zarzut nr 2 – Rażąco wygórowany limit kar umownych (30%), wysoki poziom kary umownej za odstąpienie (20%) z kumulacją kar umownych

Naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 483 KC, art. 353<sup>1</sup> KC, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp – poprzez ustanowienie w Klauzuli 8.7 ust. 5 Kontraktu limitu kar umownych na poziomie 30% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (z VAT), kary za odstąpienie w wysokości 20% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (Klauzula 8.7 ust. 2 pkt 1), dopuszczenie kumulacji kary za odstąpienie z karami naliczonymi do chwili odstąpienia (Klauzula 8.7 ust. 2 pkt 2) – co łącznie prowadzi do rażącego naruszenia ekwiwalentności świadczeń i wykracza poza granice swobody umów.

Zarzut nr 3 – Brak maksymalnego okresu gwarancji jakości

Naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC, przy uwzględnieniu mechanizmu wynikającego z art. 581 § 1 KC – poprzez ukształtowanie postanowień Karty Gwarancyjnej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) naruszający równowagę kontraktową stron oraz (iii) prowadzący do przerzucenia na wykonawców ryzyka niemożliwego do oszacowania na etapie sporządzania oferty, polegający na ustaleniu ponownego biegu gwarancji dla elementów wymienionych lub poddanych istotnym naprawom, bez jednoczesnego ustanowienia maksymalnego terminu obowiązywania gwarancji jakości (tzw. cut-off date), co skutkuje możliwością wielokrotnego odnawiania okresów gwarancyjnych i wykreowaniem odpowiedzialności gwarancyjnej o potencjalnie nieograniczonym horyzoncie czasowym.

Zarzut nr 4 – Jednostronne rozstrzyganie przez Zamawiającego o istotności wad

Naruszenie art. 353<sup>1</sup> KC, art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 KC – poprzez zastrzeżenie w Karcie Gwarancyjnej (pkt V.3) oraz Klauzuli 15.2 lit. (j) prawa Zamawiającego do jednostronnego rozstrzygania o „istotności” wady, co skutkuje arbitralnym prawem do ponownego rozpoczęcia biegu gwarancji oraz podejmowania dalszych jednostronnych decyzji wobec Wykonawcy.

Zarzut nr 5 – Skreślenie uprawnień Wykonawcy (Klauzule 16.1, 16.2, 16.4)

Naruszenie art. 353<sup>1</sup> KC, art. 647 KC, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp oraz art. 5 KC – poprzez skreślenie Klauzuli 16.1 Warunków Ogólnych Kontraktu (uprawnienie Wykonawcy do zawieszenia robót w przypadku braku płatności), Klauzuli 16.2 (prawo Wykonawcy do rozwiązania Kontraktu) oraz Klauzuli 16.4 (zapłata po rozwiązaniu – ochrona finansowa), przy jednoczesnym utrzymaniu wyłączenia odpowiedzialności Zamawiającego za utracone zyski i mienie Wykonawcy (Klauzula 16.3).

Zarzut nr 6 – Potrącanie niewymagalnych wierzytelności z tytułu kar umownych

Naruszenie art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 498 KC, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp – poprzez zastrzeżenie w Klauzuli 8.7 ust. 6 Kontraktu prawa Zamawiającego do potrącania z wszelkich wierzytelności Wykonawcy przysługujących mu od Zamawiającego wszelkich kwot należnych Zamawiającemu z tytułu kar umownych, w tym również niewymagalnych wierzytelności z tego tytułu, co umożliwia Zamawiającemu jednostronne pomniejszanie wynagrodzenia Wykonawcy o kary jeszcze niewymagalne, potencjalnie sporne i niezwyfikowane, z pominięciem ustawowych przesłanek potrącenia oraz z naruszeniem równowagi kontraktowej stron.

Zarzut nr 7 – Wstrzymanie płatności Wykonawcy w przypadku sporów z podwykonawcami

Naruszenie art. 447 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> KC – poprzez przyznanie Zamawiającemu w Klauzuli 4.4 prawa do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zgłoszenia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę roszczeń o zapłatę, w tym do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sporu przez sąd, bez ograniczenia wstrzymania wyłącznie do części odpowiadającej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom, oraz bez prawa Wykonawcy do odsetek lub innych roszczeń wobec Zamawiającego, co wykracza poza dyspozycję art. 447 ust. 2 ustawy Pzp i narusza równowagę stron.

#### Zarzut nr 8 – Nieadekwatna i pozorna klauzula waloryzacyjna

Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1–3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> KC – poprzez ukształtowanie Klauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu w sposób nieadekwatny do charakteru, okresu realizacji i struktury kosztowej zamówienia, tj. poprzez przyjęcie jednego wskaźnika GUS dla robót budowlano-montażowych specjalistycznych jako podstawy waloryzacji całego kontraktu obejmującego również dostawy urządzeń, systemy AKPIA, SCADA, roboty elektryczne, sieciowe i technologiczne, przyjęcie arbitralnego współczynnika stałego 30% niewaloryzowanej części wynagrodzenia, ustanowienie maksymalnego limitu waloryzacji na poziomie 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej oraz przyjęcie, że wszelkie wzrosty kosztów nieobjęte mechanizmem waloryzacji uważa się za wkalkulowane w Zatwierdzoną Kwotę Kontraktową, co prowadzi do przerzucenia na Wykonawcę ryzyk niemożliwych do oszacowania na etapie składania oferty.

#### Zarzut nr 9 – Usunięcie Klauzuli 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu [Korekty uwzględniające zmiany prawne]

Naruszenie art. 16 pkt 1–3 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> KC, art. 5 KC oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez skreślenie Klauzuli 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu [Korekty uwzględniające zmiany prawne] jako niemającej zastosowania i niewprowadzenie w jej miejsce jednoznacznego postanowienia przyznającego Wykonawcy roszczenie o przedłużenie Czasu na Wykonanie oraz zapłatę dodatkowego Kosztu wraz z rozsądnym zyskiem albo odpowiednią zmianę Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej w przypadku zmian prawa, interpretacji prawa, wymagań organów, decyzji, uzgodnień, warunków technicznych, wymagań gestorów infrastruktury lub innych wiążących wymagań publicznoprawnych mających wpływ na sposób, koszt lub termin realizacji Kontraktu.

#### Zarzut nr 10 – Usunięcie akapitu drugiego Klauzuli 4.6 Warunków Ogólnych Kontraktu [Współpraca] i pozbawienie Wykonawcy prawa do uznania poleceń współpracy z personelem Zamawiającego, innymi wykonawcami i władzami publicznymi za Zmianę w przypadku poniesienia Nieprzewidywalnego Kosztu

Naruszenie art. 16 pkt 1–3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> KC, art. 5 KC oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez skreślenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu akapitu drugiego Klauzuli 4.6 Warunków Ogólnych Kontraktu [Współpraca], zgodnie z którym polecenia umożliwienia wykonywania prac Personelowi Zamawiającego, innym wykonawcom zaangażowanym przez Zamawiającego oraz personelowi władz publicznych stanowią Zmianę w zakresie, w jakim Wykonawca poniesie Nieprzewidywalny Koszt, co pozbawia Wykonawcę roszczenia o zmianę Czasu na Wykonanie i zapłatę dodatkowego Kosztu w sytuacji, gdy konieczność współpracy, koordynacji, udostępnienia zaplecza, środków dostępu, Sprzętu Wykonawcy lub Robót Tymczasowych innym podmiotom powoduje dodatkowe koszty, zakłócenia lub opóźnienia niezależne od Wykonawcy.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp, dokonania następujących zmian w treści Kontraktu (szczegółowa treść proponowanych zmian w dalszej części odwołania w ramach uzasadnienia):

W zakresie Zarzutu nr 1: modyfikację Klauzuli 22.5 pkt 7 Warunków Szczególnych Kontraktu w zakresie odwołującym się do „oczywistej intencji Zamawiającego”.

W zakresie Zarzutu nr 2: obniżenie limitu kar umownych z 30% do 20% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej; obniżenie kary za odstąpienie z 20% do 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej; usunięcie postanowienia o kumulacji kary umownej za odstąpienie z karami umownymi naliczonymi wcześniej (Klauzula 8.7 Warunków Szczególnych Kontraktu).

W zakresie Zarzutu nr 3: wprowadzenie do Karty Gwarancyjnej maksymalnego okresu obowiązywania gwarancji jakości Robót, wynoszącego nie więcej niż ... miesięcy (okres uzależniony od oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarty Kontrakt, w zakresie dotyczącym okresu gwarancji jakości, do którego powinien być doliczony okres 24 miesięcy) od dnia wystawienia Świadczenia Wykonania, niezależnie od liczby napraw i wymian (odnowień i wydłużeń okresu gwarancji jakości).

W zakresie Zarzutu nr 4: usunięcie z Warunków Szczególnych Kontraktu postanowień o jednostronnym rozstrzygnięciu przez Zamawiającego o istotności wad.

W zakresie Zarzutu nr 5: przywrócenie Klauzul 16.1, 16.2 i 16.4 w brzmieniu Warunków Ogólnych Kontraktu; usunięcie z Klauzuli 16.3 Warunków Szczególnych Kontraktu wyłączenia odpowiedzialności za utracone zyski Wykonawcy.

W zakresie Zarzutu nr 6: usunięcie z Klauzuli 8.7 ust. 6 Warunków Szczególnych Kontraktu postanowienia umożliwiającego potrącanie niewymagalnych wierzytelności z tytułu kar umownych oraz doprecyzowanie, że potrącenie kar umownych może dotyczyć wyłącznie wierzytelności wymagalnych, bezspornych albo prawomocnie zasądzonych.

W zakresie Zarzutu nr 7: zmianę Klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez wskazanie, że Zamawiający może wstrzymać zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, zgodnie z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp, oraz usunięcie postanowień wyłączających prawo Wykonawcy do odsetek i innych roszczeń w przypadku niezasadnego wstrzymania płatności.

W zakresie Zarzutu nr 8: modyfikację Klauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu poprzez podwyższenie limitu waloryzacji z 10% do co najmniej 15% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej, zastąpienie jednego wskaźnika GUS koszykiem wskaźników odpowiadających strukturze kosztowej zamówienia, obniżenie lub uzasadnienie współczynnika stałego  $a = 0,3$  oraz usunięcie postanowienia, zgodnie z którym w zakresie nieobjętym pełną kompensatą uważa się, że Zatwierdzona Kwota Kontraktowa obejmuje inne nieprzewidziane wzrosty kosztów.

W zakresie Zarzutu nr 9: przywrócenie Klauzuli 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu [Korekty uwzględniające zmiany prawne] albo wprowadzenie równoważnego postanowienia przyznającego Wykonawcy roszczenie o przedłużenie Czasu na Wykonanie oraz zapłatę dodatkowego Kosztu wraz z rozsądnym zyskiem albo odpowiednią zmianę Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej w przypadku zmian prawa, interpretacji prawa, decyzji, uzgodnień, warunków technicznych, wymagań organów lub innych wymagań publicznoprawnych po Dacie Odniesienia.

W zakresie Zarzutu nr 10: przywrócenie akapitu drugiego Klauzuli 4.6 Warunków Ogólnych Kontraktu [Współpraca].

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przedstawił następujące stanowisko *[pominięto uzasadnienie zarzutów, w zakresie których postępowanie odwoławcze zostało umorzono]*:

„Uzasadnienie Zarzutu nr 1 – Rozbieżności w Kontrakcie rozstrzygane według „oczywistej intencji Zamawiającego”

Klauzula 22.5 pkt 7 Warunków Szczególnych Kontraktu (Rozbieżności w Kontrakcie) stanowi, że, „W przypadku zaistnienia rozbieżności w Kontrakcie, Strony dokonają zmiany, w sposób odzwierciedlający oczywistą intencję Zamawiającego, wynikającą z innych postanowień Kontraktu i pozostałych dokumentów będących częścią Kontraktu lub dokumentów do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.”

Takie postanowienie przyznaje Zamawiającemu uprzywilejowaną pozycję interpretacyjną i pozwala mu powoływać się na własną, jednostronnie określoną intencję jako kryterium rozstrzygnięcia rozbieżności dokumentów kontraktowych.

Postanowienie to narusza tym samym naturę stosunku zobowiązaniowego i zasadę równości stron, ponieważ rozbieżności dokumentów kontraktowych powinny być rozstrzygane według obiektywnych reguł wykładni oświadczeń woli, w szczególności art. 65 KC, hierarchii dokumentów kontraktowych, celu Kontraktu oraz zgodnego zamiaru stron, a nie według intencji jednej ze stron. W zamówieniach publicznych projektowane postanowienia umowy są jednostronnie przygotowywane przez Zamawiającego, a wykonawca nie ma realnej możliwości negocjowania ich treści. Tym bardziej niedopuszczalne jest przyznanie Zamawiającemu prawa do rozstrzygnięcia rozbieżności według własnej intencji, nawet jeżeli nazwano ją „oczywistą”.

W praktyce sporne postanowienie może prowadzić do sytuacji, w której wszelkie niejasności, luki lub sprzeczności dokumentów zamówienia będą interpretowane na korzyść Zamawiającego, mimo że to Zamawiający jest autorem dokumentacji przetargowej. Pomijając kwestię, że ukształtowanie w ten sposób wzajemnych relacji na linii wykonawca –

zamawiający należy ocenić wprost jako działanie wbrew zasadom współzycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa, to jest to również działanie wbrew zasadom równowagi stron, swobodzie umów i zasadzie współdziałania. Mechanizm taki narusza również art. 16 PZP, ponieważ ogranicza przejrzystość i przewidywalność zakresu świadczenia, utrudnia racjonalną kalkulację oferty oraz przerzuca na wykonawców ryzyko niejednoznaczności dokumentów przygotowanych przez Zamawiającego.

W tym miejscu wskazać należy na uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 22 maja 1991 r. (sygn. akt III CZP 15/91), z której wynika, że „Artykuł 353 KC, wyrażający zasadę wolności umów, zarysowuje trzy granice tej wolności, są nimi: natura stosunku, ustawa i zasady współzycia społecznego. Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażającej ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian (jak np. w art. 385 § 3 KC) pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Sprzeczność ta występuje szczególnie wyraźnie zwłaszcza przy umowach, zawieranych nie w oparciu o indywidualne pertraktacje, ale w oparciu o regulamin wydany przez profesjonalistę, skoro jest oczywiste, że zawsze jest on zainteresowany w najkorzystniejszym dla siebie ukształtowaniu regulacji masowo zawieranych umów. Klauzula umowna dopuszczająca dokonywanie jednostronnej zmiany w dowolnym czasie takich umów narusza zasadę słuszności kontraktowej, nie zezwalającą na dopuszczenie takiego reżimu umownego, w którym z zasady realizowałoby się interesy jednej, z uszczerbkiem interesów drugiej ze stron umowy. Byłoby to zatem sprzeczne z zasadami współzycia społecznego.”

Na podobnym stanowisku co cytowany wyżej skład Sądu Najwyższego stanęła również Krajowa Izba Odwoławcza, która w zachowującym aktualność wyroku z dnia 18 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 897/15) uznała, że „Przerzucenie na wykonawcę takiego ryzyka, nad którym wykonawca nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej”. W tym przypadku ryzykiem jest wejście w stosunek prawny, w którym strona nie ma żadnego wpływu na kształt wiążących ją zobowiązań.”

Odwołujący wniósł o modyfikację treści OPIW (Warunków Szczególnych Kontraktu) poprzez nadanie im następującego brzmienia (proponowane zmiany w odwołaniu zaznaczono kolorem czerwonym):

Klauzula 22.5 ust. 7

„W przypadku zaistnienia rozbieżności w Kontrakcie, Strony dokonają zmiany, mając na względzie interpretację Kontraktu przeprowadzoną zgodnie z art. 65 KC, w tym uwzględniając całokształt ~~w sposób odzwierciedlający oczywistą intencję Zamawiającego, wynikającą z innych postanowień Kontraktu i pozostałych dokumentów będących częścią Kontraktu lub dokumentów do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.~~”

„Uzasadnienie Zarzutu nr 2 –Rażąco wygórowany limit kar umownych (30%), wysoki poziom kary umownej za odstąpienie od Kontraktu (20%) z kumulacją kar umownych

Zamawiający w Klauzuli 8.7 Warunków Szczególnych ukształtował system kar umownych w następujący sposób:

Klauzula 8.7 ust. 5: limit kar umownych – 30% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (z VAT); Klauzula 8.7 ust. 2 pkt 1: kara za odstąpienie – 20% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (z VAT); Klauzula 8.7 ust. 2 pkt 2): kumulacja – Zamawiający ma prawo dochodzić nie tylko kary za odstąpienie, ale wszelkich kar naliczonych do chwili skutecznego odstąpienia.

Tak ukształtowany system kar narusza przede wszystkim art. 436 pkt 3 PZP, który wymaga, aby umowa zawierała „łączną maksymalną wysokość kar umownych”. Limit 30% w połączeniu z kumulacją kar oznacza, że faktyczna ekspozycja Wykonawcy może znacząco przekraczać poziom adekwatny do funkcji kompensacyjnej i motywacyjnej kary umownej.

Naruszony został również art. 483 KC w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 września

2007 r. (sygn. akt V CSK 139/07): „rażąco wygórowana kara umowna to przypadek, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej”.

KIO w wyroku z dnia 4 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1601/18) stwierdziła, że „uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności”. W wyroku KIO 2574/18 Izba wskazała, że „wysokość kary pieniężnej nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie”. W wyroku KIO 51/19 podkreślono, że „o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy wysokość kar przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi podstawę dla zamawiającego do wzbogacenia się”.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że „podstawowe zasady prawa gospodarczego, wynikające z funkcjonowania wolności gospodarczej UE, muszą być uwzględniane w kontekście interpretacji, obowiązywania i stosowania prawa zamówień publicznych. Ponadto podkreślić trzeba, że z dyrektywy 2014/24/UE wynika konieczność zwiększenia konkurencyjności. Z tej przyczyny narzucanie wygórowanych kar umownych może wiązać się z ograniczaniem dostępu do zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorców, którzy nie będą mogli wziąć udziału w postępowaniu nie ze względu na brak doświadczenia czy środków do wykonania zamówienia, lecz z obawy przed karami umownymi przekraczającymi normalną, przyjętą w obrocie gospodarczym miarę. Może też stać się tak, że przedsiębiorcy, chcąc się zabezpieczyć na wypadek naliczenia kar, będą oferowali ceny wyższe, niż jest to w rzeczywistości konieczne, chcąc sobie zrekomensować potencjalne ryzyko związane z ewentualnymi konsekwencjami narzuconych im postanowień umownych. Ograniczenie liczby podmiotów ubiegających się o zamówienie prowadzi do wzrostu cen oferowanych przez potencjalnych kontrahentów. Z drugiej strony, uzyskiwanie przez zamawiających nieuzasadnionych korzyści, zwłaszcza finansowych, może prowadzić do ich dalszego umocnienia jako podmiotów dominujących” (P. Sroka, M. Korkuś-Sroka, Nadużywanie pozycji dominującej przez zamawiającego w kontekście nakładania na wykonawców wygórowanych kar umownych, Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, 2018, nr 540).

Rażąco wygórowany charakter limitu kar umownych oraz wskazanej powyżej kary umownej potwierdza też analiza innych postępowań o udzielenie zamówień publicznych, która winna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13) obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Co za tym idzie, praktyka rynkowa i standardy stosowane przez innych publicznych zamawiających winny być wzięte pod uwagę podczas oceny rynkowości i współmierności wymagań i zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego na wykonawców. I tak, Odwołujący powołuje się na następujące postępowania, w których zamawiający ustalili istotnie niższe poziomy procentowe limitów kar umownych oraz kar umownych za odstąpienie:

- 1)postępowanie pn.: „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce”, Zamawiający: Gmina Sokółka, ogłoszenie nr 2022/S 140-396285 z dnia 22.07.2022 r., § 25 ust. 4 umowy: „Łączna wysokość kar umownych, o których mowa w ustępach poprzedzających wynosi maksymalnie 10% wartości wynagrodzenia brutto”;
- 2)postępowanie pn.: „Przebudowa budynku Domu Studenta nr 10 przy ul. Kanafojskiego 10 Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie”, Zamawiający: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ogłoszenie nr 2022/BZP 00484893/01 z dnia 08.12.2022 r., § 8 ust. 5 umowy: „Łączna wysokość kar umownych, których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy, wynosi 15 % wartości umowy określonej w § 3 ust. 1 umowy”;
- 3)postępowanie pn.: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą”, Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Warszawie oraz Prokuratura Okręgowa Warszawa - Praga w Warszawie, ogłoszenie nr 2023/S 043-125850 z dnia 01.03.2023 r., § 25 ust. 8 umowy: „Z zastrzeżeniem ust. 4, łączna wysokość naliczanych kar umownych ze wszystkich tytułów określonych w Umowie nie przekroczy 15% Wynagrodzenia brutto określonego w § 18 ust. 1 Umowy”;
- 4)postępowanie pn.: „Budowa Siedziby Starostwa Powiatowego w Chełmnie”, Zamawiający: Powiat Chełmiński, ogłoszenie nr 540415-N-2020 z dnia 15.05.2020 r., § 14 ust. 1 pkt 12 umowy: „za odstąpienie od umowy z

przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto”;

5)postępowanie pn.: „Rozbudowa budynku Starostwa Powiatowego we Wrocławiu wraz z przebudową istniejącego budynku, infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu na terenie siedziby Starostwa Powiatu Wrocławskiego”, Zamawiający: Powiat Wrocławski, ogłoszenie nr 2021/S 037-091461 z dnia 23.02.2021 r., § 15 ust. 2 pkt 11 umowy: „w razie odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub rozwiązania umowy przez Wykonawcę, jednakże z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego – jednorazowo w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 2 ust.1 niniejszej umowy”;

6)postępowanie pn.: „Rozbudowa i przebudowa budynku Starostwa Powiatowego w Białymstoku wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną w systemie zaprojektuj i wybuduj”, Zamawiający: Zarząd Powiatu Białostockiego, ogłoszenie nr 2022/BZP 00004828/01 z dnia 05.01.2022 r., § 17 ust. 2 pkt 3 umowy: „za odstąpienie od umowy przez jedną ze Stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 niniejszej umowy”.

Kumulacja kary umownej za odstąpienie od Kontraktu (20%) z karami Umownymi naliczonymi wcześniej (do limitu 30%) może prowadzić do łącznej sumy kar przekraczającej 50% wartości Kontraktu.”

Odwolujący wniósł o modyfikację treści OPIW (Warunków Szczególnych Kontraktu) poprzez nadanie im następującego brzmienia (proponowane zmiany w odwołaniu zaznaczono kolorem czerwonym):

Klauzula 8.7 ust. 5

„Łącznie kary umowne należne Zamawiającemu nie mogą przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość 20%~~30%~~ Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) – z dnia zawarcia Kontraktu.”

Klauzula 8.7 ust. 2 pkt 1 i 2

„Poza wymienionymi powyżej w ust. 1 niniejszej klauzuli karami umownymi, Zamawiający będzie upoważniony do naliczenia Wykonawcy następujących kar umownych:

1)za odstąpienie od Kontraktu przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wysokość kary umownej za odstąpienie od Kontraktu przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy wynosi 10% ~~20%~~ Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) z dnia zawarcia Kontraktu;

2)W sytuacji odstąpienia od Kontraktu przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający ma prawo do dochodzenia jedynie ~~nie tylko~~ kary za odstąpienie, ~~ale wszelkich kar naliczonych Wykonawcy do chwili skutecznego odstąpienia;~~”.

„Uzasadnienie Zarzutu nr 3 – Brak maksymalnego okresu gwarancji jakości

Karta Gwarancyjna stanowiąca integralną część Kontraktu w punkcie (nienumerowanym, domyślnie jest to pkt V) „Inne warunki gwarancji” w ppkt 2 i 3 stanowi:

„2. Okres gwarancji danego elementu objętego daną naprawą (w związku z usuwaniem wad lub usterki) zostaje przedłużony o okres wyłączenia go z eksploatacji, w tym o okres jego naprawy, przy czym okres gwarancji jakości na ten element przedmiotu Kontraktu, komponent lub ich fragment, po usunięciu wady tego elementu nie może być krótszy na ten element przedmiotu Kontraktu, komponent lub ich fragment niż 1 rok od stwierdzonej daty usunięcia wady, zgodnie z pkt. IV.6 Karty Gwarancyjnej.

3. Okres gwarancji danego elementu przedmiotu Kontraktu, komponentu lub ich fragmentu biegnie od nowa w przypadku wymiany tego elementu przedmiotu Kontraktu, komponentu lub ich fragmentu na nowy, wolny od wad, a także w przypadku dokonania istotnych napraw tego elementu. Przez „istotną naprawę” należy rozumieć naprawę konieczną do

usunięcia wady istotnej (wadami istotnymi są wady, które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają korzystanie z przedmiotu Kontraktu, zgodnie z ich przeznaczeniem. W razie wątpliwości, o tym czy wada jest istotna jednostronnie rozstrzyga Zamawiający).”

Zgodnie z art. 581 § 1 KC, jeżeli w wykonaniu obowiązków gwarancyjnych gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad albo zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis ten stosuje się odpowiednio do części wymienionej.

Odwołujący nie kwestionuje samej zasady, że w przypadku wymiany elementu albo dokonania istotnej naprawy okres gwarancji może biec na nowo. Kwestionowane jest natomiast to, że Zamawiający nie przewidział żadnego maksymalnego terminu odpowiedzialności gwarancyjnej Wykonawcy, mimo że mechanizm przewidziany w Karcie Gwarancyjnej może prowadzić do wielokrotnego odnawiania okresów gwarancyjnych dla poszczególnych elementów Robót.

Oznacza to, że każda wymiana elementu lub wykonanie naprawy, kwalifikowanej jako „istotna” (dodatkowo w razie wątpliwości prawo do tej kwalifikacji ma jednostronnie Zamawiający!), skutkuje rozpoczęciem nowego okresu gwarancyjnego. W konsekwencji, przyjęty przez Zamawiającego model gwarancji stwarza realne ryzyko powstania niekończącego się łańcucha kolejnych okresów gwarancyjnych. Każda wymiana lub istotna naprawa dokonana pod koniec okresu gwarancyjnego może powodować rozpoczęcie nowego okresu gwarancyjnego, a następnie – w przypadku wystąpienia kolejnej wymiany lub istotnej wady – dalsze jego odnowienie. Brak jakiegokolwiek daty granicznej powoduje, że odpowiedzialność Wykonawcy może być wielokrotnie odnawiana, a jej maksymalny czas trwania pozostaje niemożliwy do określenia na etapie składania oferty.

Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie podkreśla się, że zamawiający, korzystając z przysługującej mu swobody kształtowania postanowień umownych, nie może przerzucać na wykonawców ryzyk, których zakresu nie sposób racjonalnie określić i wycenić na etapie sporządzania oferty. Postanowienia umowne powinny pozostawać w racjonalnej proporcji do celu zamówienia oraz umożliwiać wykonawcom dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej.

W niniejszym przypadku Wykonawca zmuszony jest zatem albo uwzględnić w cenie ofertowej nieograniczone ryzyko przyszłych zobowiązań gwarancyjnych, albo przyjąć ryzyko niemożliwe do oszacowania. W obu przypadkach dochodzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych. Tak skonstruowane postanowienie może również ograniczać krąg podmiotów zainteresowanych udziałem w Postępowaniu oraz prowadzić do nieuzasadnionego wzrostu cen ofertowych.

Co istotne, rozwiązanie polegające na ustanowieniu maksymalnego okresu odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy, stanowi utrwalony standard kontraktowy stosowany przez największych zamawiających sektorowych realizujących strategiczne inwestycje infrastrukturalne i energetyczne.

Przykładowo:

- 1)w umowie nr 1000048300 dotyczącej realizacji inwestycji „Budowa Tłoczni Gazu Lwówek – Etap I” GAZ-SYSTEM S.A. przyjęło, że: „Niezależnie od możliwego wydłużenia terminu obowiązywania gwarancji jakości określonych w Art. 18 Umowy, gwarancja jakości wygasa po upływie 72 miesięcy od Daty Zakończenia”;
- 2)w postępowaniu nr 23DOZZ263 dotyczącym inwestycji „Budowa Akumulatora Ciepła wraz z pompownią wody sieciowej oraz infrastrukturą towarzyszącą w EC Żerań w Warszawie” PGNiG Termika S.A. przyjęło, że: „W żadnym przypadku Podstawowy Okres Gwarancji nie będzie trwał dłużej niż 48 miesięcy od daty podpisania protokołu przekazania UAC do eksploatacji. Wydłużony Okres Gwarancji nie podlega przedłużeniu”;
- 3)w umowie PSE S.A. dotyczącej zadania „Modernizacja istniejącego dwutorowego odcinka linii 400 kV relacji Dobrzeń – Pasikurów / Trębaczew (od SE Dobrzeń do słupa nr 457/1)” przewidziano, że w przypadku wymiany wadliwych urządzeń lub materiałów okres gwarancji biegnie wprawdzie na nowo, jednak „Okres Gwarancji i Rękojmi, niezależnie od rozpoczęcia jego biegu na nowo, nie przekroczy łącznie 6 (sześciu) lat od

podpisania Protokołu Odbioru Końcowego”.

Przywołane przykłady mają szczególne znaczenie, gdyż pochodzą od podmiotów odpowiedzialnych za realizację strategicznej infrastruktury energetycznej i przesyłowej państwa, prowadzących inwestycje o wartości i stopniu skomplikowania technicznego istotnie przewyższających przedmiot zamówienia objętego Postępowaniem. Pomimo tego ww. zamawiający uznali za konieczne ustanowienie ostatecznej granicy czasowej odpowiedzialności gwarancyjnej wykonawcy.

W szczególności rozwiązanie przyjęte przez PSE S.A. pokazuje, że możliwe jest pogodzenie interesów obu stron stosunku umownego. Zamawiający zachowuje bowiem uprawnienie do uzyskania pełnego okresu gwarancji dla wymienionych elementów, natomiast wykonawca zna maksymalny okres swojej odpowiedzialności. Mechanizm ten eliminuje ryzyko niekończącego się odnawiania gwarancji przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego poziomu ochrony interesów zamawiającego.

Skoro nawet podmioty odpowiedzialne za realizację infrastruktury krytycznej państwa, krajowego systemu przesyłowego energii elektrycznej oraz strategicznej infrastruktury gazowej nie wymagają od wykonawców ponoszenia nieograniczonej czasowo odpowiedzialności gwarancyjnej, brak jest podstaw do uznania, że takie rozwiązanie jest niezbędne lub proporcjonalne w ramach Postępowania.

Podsumowując, ww. postanowienia prowadzą do nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawców ryzyka niemożliwego do racjonalnej wyceny, naruszają zasadę proporcjonalności, zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz wykraczają poza standardy kontraktowe stosowane przez największych zamawiających sektorowych na rynku inwestycji infrastrukturalnych i przemysłowych. Brak tzw. cut-off date (ograniczenia okresu gwarancji jakości) powoduje, że Wykonawca nie jest w stanie określić maksymalnego horyzontu czasowego swoich zobowiązań gwarancyjnych, a tym samym nie może racjonalnie skalkulować kosztów oferty. Ryzyko to jest szczególnie istotne w przypadku inwestycji infrastrukturalnej obejmującej urządzenia, automatykę, AKPiA, systemy SCADA, pompy, instalacje elektryczne, elementy hydrotechniczne i roboty budowlane, których cykle życia, dostępność części zamiennych i warunki gwarancji producentów są zróżnicowane.

W konsekwencji, niniejszy zarzut dotyczy braku kontraktowego ograniczenia maksymalnego czasu odpowiedzialności gwarancyjnej Wykonawcy w umowie o zamówienie publiczne, co narusza art. 16 PZP, art. 353<sup>1</sup> KC i art. 5 KC poprzez nieproporcjonalne oraz niemożliwe do racjonalnej wyceny ukształtowanie ryzyka Wykonawcy.”

Odwolujący wniósł o modyfikację treści OPIW (Warunków Szczególnych Kontraktu) poprzez dodanie do Karty Gwarancyjnej dodatkowego postanowienia - pkt 5 (na końcu Karty Gwarancyjnej) - w następującym brzmieniu (proponowane zmiany w odwołaniu zaznaczono kolorem czerwonym):

„5. Niezależnie od możliwego wydłużenia lub odnowienia okresu obowiązywania gwarancji jakości Robót, wskazanego w klauzuli 11.12 [Rękojmia za wady i gwarancja jakości Robót], gwarancja jakości wygasa po upływie okresu stanowiącego sumę miesięcy ww. okresu gwarancji jakości oraz 24 miesięcy, licząc od dnia wystawienia Świadectwa Wykonania.”

„Uzasadnienie Zarzutu nr 4 – Jednostronne rozstrzygnięcie przez Zamawiającego o istotności wad

Klauzula 15.2 lit. (j) Warunków Szczególnych Kontraktu oraz Karta Gwarancyjna w pkt 3 części „Inne warunki gwarancji” stanowią, że: „W razie wątpliwości, o tym czy wada jest istotna jednostronnie rozstrzyga Zamawiający”.

Takie postanowienie przyznaje Zamawiającemu uprzywilejowaną pozycję interpretacyjną i pozwala mu powoływać się na własną, jednostronnie określoną intencję jako kryterium rozstrzygnięcia ww. wątpliwości.

Uzasadnienie zarzutu nr 1 znajduje w całości zastosowanie do niniejszego zarzutu nr 4 i nie ma potrzeby jego powtarzania.”

Odwolujący wniósł o modyfikację treści OPIW (Warunków Szczególnych Kontraktu i Karty Gwarancyjnej) poprzez nadanie im następującego brzmienia (proponowane zmiany w odwołaniu zaznaczono kolorem czerwonym):

## Klauzula 15. 2 lit. j Warunków Szczególnych Kontraktu

„(j) jeżeli wady przedmiotu Kontraktu nie dadzą się usunąć lub nie zostaną usunięte w terminie wyznaczonym, a wady są istotne (wadami istotnymi są wady, które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają korzystanie z przedmiotu Kontraktu, zgodnie z ich przeznaczeniem. ~~W razie wątpliwości, o tym czy wada jest istotna jednostronnie rozstrzyga Zamawiający;~~”

Pkt 3 części „Inne warunki gwarancji” Karty Gwarancyjnej

„3. Okres gwarancji danego elementu przedmiotu Kontraktu, komponentu lub ich fragmentu biegnie od nowa w przypadku wymiany tego elementu przedmiotu Kontraktu, komponentu lub ich fragmentu na nowy, wolny od wad, a także w przypadku dokonania istotnych napraw tego elementu. Przez „istotną naprawę” należy rozumieć naprawę konieczną do usunięcia wady istotnej (wadami istotnymi są wady, które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają korzystanie z przedmiotu Kontraktu, zgodnie z ich przeznaczeniem. ~~W razie wątpliwości, o tym czy wada jest istotna jednostronnie rozstrzyga Zamawiający.~~”

„Uzasadnienie Zarzutu nr 5 – Skreślenie uprawnień Wykonawcy (Klauzule 16.1, 16.2, 16.4)

Na mocy Warunków Szczególnych Kontraktu skreślone zostały: Klauzula 16.1 – zawieszenie robót przy braku płatności; Klauzula 16.2 – rozwiązanie Kontraktu przez Wykonawcę; Klauzula 16.4 – zapłata po rozwiązaniu. Klauzula 16.3: „Zamawiający nie będzie ponosił żadnej odpowiedzialności za utracone zyski Wykonawcy i mienie Wykonawcy”.

Klauzule te stanowią w standardzie Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC symetryczne uprawnienia wobec prawa Zamawiającego (Klauzula 15 – Rozwiązanie Kontraktu przez Zamawiającego). Ich usunięcie skutkuje rażąco dysproporcją uprawnień stron Kontraktu.”

Odwolujący wniósł o modyfikację treści OPiW (Warunków Szczególnych Kontraktu) poprzez usunięcie akapitu pierwszego w Klauzuli 16 (proponowane zmiany zaznaczono w odwołaniu kolorem czerwonym):

KLAUZULA 16 Warunków Szczególnych Kontraktu [ZAWIESZENIE I WYPOWIEDZENIE KONTRAKTU PI WYKONAWCĘ] akapit pierwszy

~~Usuwa się Klauzule 16.1; 16.2; 16.4 jako niemające zastosowania w Warunkach Kontraktu~~

„Uzasadnienie Zarzutu nr 6 – Potrącanie niewymagalnych wierzytelności z tytułu kar umownych

Klauzula 8.7 ust. 6 Warunków Szczególnych Kontraktu przyznaje Zamawiającemu prawo do potrącania z wszelkich wierzytelności Wykonawcy przysługujących mu od Zamawiającego z tytułu realizacji Kontraktu wszelkich kwot należnych Zamawiającemu od Wykonawcy z tytułu kar umownych, w tym również niewymagalnych wierzytelności z tego tytułu. Takie ukształtowanie mechanizmu potrącenia wykracza poza istotę potrącenia uregulowanego w art. 498 KC, którego podstawową przesłanką jest wymagalność wierzytelności. Zamawiający zastrzegł więc dla siebie możliwość jednostronnego pomniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy o kary niewymagalne, sporne i niezwyfikowane, co w praktyce może prowadzić do finansowania realizacji Kontraktu przez Wykonawcę oraz do pozbawienia go bieżącej płynności.

Postanowienie to narusza równowagę stron i zasadę proporcjonalności. Zamawiający jako autor wzorca kontraktowego, nie może kształtować mechanizmu potrącenia w sposób pozwalający mu na samodzielne i natychmiastowe egzekwowanie kar bez weryfikacji ich zasadności oraz wymagalności. Tego rodzaju mechanizm jest szczególnie dolegliwy w kontrakcie ryczałtowym, wielomiesięcznym i kapitałochłonnym, w którym bieżące płatności służą finansowaniu robót, dostaw, podwykonawców i kosztów stałych budowy.”

Odwolujący wniósł o modyfikację treści OPiW (Warunków Szczególnych Kontraktu) poprzez nadanie im następującego brzmienia (proponowane zmiany zaznaczono w odwołaniu kolorem czerwonym):

#### Klauzula 8.7 ust. 6

„Zamawiającemu przysługuje uprawnienie, na co Wykonawca wyraża zgodę, do potrącania z wszelkich wierzytelności Wykonawcy przysługujących mu od Zamawiającego z tytułu realizacji Kontraktu (w szczególności z Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej) wszelkich kwot należnych Zamawiającemu od Wykonawcy z tytułu kar umownych naliczonych na podstawie Kontraktu ~~w tym również niewymagalnych wierzytelności z tego tytułu (potrącenie umowne)~~. Potrącenia opisanego w niniejszym ustępie Zamawiający dokonuje przez doręczenie Wykonawcy pisemnego oświadczenia o potrąceniu, co może nastąpić w formie noty księgowej lub innego dokumentu, w którym zostaną wskazane co najmniej następujące elementy: potrącane należności Stron, stosunek zobowiązaniowy, z którego wynikają oraz określona w niniejszym ustępie podstawa potrącenia. ~~Uprawnienie do potrącenia umownego kar umownych na wyżej opisanych zasadach nie wyłącza możliwości dokonania przez Zamawiającego potrącenia tych kar lub innych wierzytelności na zasadach określonych w art. 498 i następne Kodeksu Cywilnego (potrącenie ustawowe).~~”

„Uzasadnienie Zarzutu nr 9 – Usunięcie Klauzuli 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu [Korekty uwzględniające zmiany prawne]

Warunki Szczególne Kontraktu wprost skreślają Klauzulę 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu [Korekty uwzględniające zmiany prawne] jako niemającą zastosowania. Skutkiem tej modyfikacji jest pozbawienie Wykonawcy standardowego mechanizmu FIDIC, który w kontraktach projektuj i buduj zabezpiecza wykonawcę przed skutkami zmian prawa po Dacie Odniesienia. Ryzyko zmiany prawa nie jest ryzykiem, które Wykonawca może racjonalnie wycenić na etapie składania oferty, zwłaszcza przy inwestycji wymagającej uzyskania licznych decyzji, pozwoleń, uzgodnień, warunków technicznych oraz spełnienia wymogów prawa budowlanego, wodnego, środowiskowego, BHP, ppoż., cyberbezpieczeństwa i wymagań dotyczących systemów AKPi/SCADA.

Istniejące postanowienia Klauzuli 22.5 nie zastępują Klauzuli 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu, ponieważ mają charakter katalogu zmian, na które Zamawiający może wyrazić zgodę, a nie bezpośredniego roszczenia Wykonawcy. Ponadto przewidziany w Klauzuli 22.5 pkt 4 mechanizm dotyczący zmian minimalnego wynagrodzenia, składek, PPK, VAT i akcyzy ma węższy zakres niż standardowa Klauzula 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu i nie obejmuje wszystkich skutków zmian prawa wpływających na sposób, koszt lub termin wykonania Robót. Brak jednoznacznego roszczenia o przedłużenie Czasu na Wykonanie oraz dodatkowy Koszt prowadzi do przerzucenia na Wykonawcę ryzyk nieprzewidywalnych i niezależnych od niego, co narusza zasadę proporcjonalności oraz równowagę kontraktową stron.”

Odwołujący wniósł o modyfikację treści OPiW (Warunków Szczególnych Kontraktu) poprzez usunięcie Klauzuli 13.7 (proponowane zmiany w odwołaniu zaznaczono kolorem czerwonym):

#### Klauzula 13.7

~~„Klauzulę 13.7 [Korekty uwzględniające zmiany prawne] skreśla się jako niemającą zastosowania w niniejszych Warunkach.”~~

„Uzasadnienie Zarzutu nr 10 – Usunięcie akapitu drugiego Klauzuli 4.6 Warunków Ogólnych Kontraktu [Współpraca] i pozbawienie Wykonawcy prawa do uznania poleceń współpracy z personelem Zamawiającego, innymi wykonawcami i władzami publicznymi za Zmianę w przypadku poniesienia Nieprzewidywalnego Kosztu

Warunki Szczególne Kontraktu przewidują, że w Klauzuli 4.6 Warunków Ogólnych Kontraktu [Współpraca] skreśla się akapit drugi. Akapit ten stanowi, że polecenia dotyczące umożliwienia wykonywania prac Personelowi Zamawiającego, innym wykonawcom zaangażowanym przez Zamawiającego oraz personelowi władz publicznych będą stanowiły Zmiany w zakresie, w jakim Wykonawca poniesie Nieprzewidywalny Koszt. Standardowy mechanizm FIDIC zakłada więc, że Wykonawca ma obowiązek współpracować i koordynować działania z innymi podmiotami, ale nie ponosi nieograniczonego ryzyka kosztów i opóźnień wywołanych poleceniami Zamawiającego dotyczącymi takiej współpracy.

Usunięcie tego akapitu prowadzi do nieuzasadnionego przerzucenia na Wykonawcę ryzyka współpracy z podmiotami, nad którymi Wykonawca nie sprawuje kontroli. Dotyczy to w szczególności kosztów i zakłóceń wynikających z konieczności udostępniania Sprzętu Wykonawcy, Robót Tymczasowych, środków dostępu, zaplecza budowy, dróg

technologicznych albo zasobów organizacyjnych innym wykonawcom Zamawiającego, Personelowi Zamawiającego lub organom publicznym. Przy inwestycji realizowanej na czynnym i strategicznym obiekcie infrastruktury wodociągowej ryzyko równoległych działań Zamawiającego, innych wykonawców i organów publicznych jest realne i może istotnie wpływać na koszt oraz termin realizacji Robót.

Pozostawienie obowiązku współpracy bez równoległego prawa do uznania polecenia za Zmianę w razie poniesienia Nieprzewidywalnego Kosztu narusza równowagę kontraktową stron. Zamawiający zachowuje możliwość wydawania poleceń i organizowania na Terenie Budowy działań innych podmiotów, natomiast Wykonawca zostaje pozbawiony roszczenia o czas i pieniądze, mimo że konsekwencje takich poleceń pozostają poza jego kontrolą. Takie postanowienie narusza art. 353<sup>1</sup> KC oraz zasadę proporcjonalności z art. 16 PZP, ponieważ nakłada na Wykonawcę ryzyko niemożliwe do racjonalnej wyceny na etapie składania oferty.”

Odwołujący wniósł o modyfikację treści OPIW (Warunków Szczególnych Kontraktu) poprzez usunięcie Klauzuli 4.6 (proponowane zmiany w odwołaniu zaznaczono kolorem czerwonym):

Klauzula 4.6 [Współpraca]

„Skreśla się akapit drugi niniejszej klauzuli.”

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 24 lipca 2026 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutu nr 4 na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na brak substratu zaskarżenia po czynności Zamawiającego podjętej po złożeniu odwołania, oraz w zakresie zarzutu 7, co do którego Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu. W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 8.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z uwagi na złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu nr 7 i brak zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Ponadto, postępowanie odwoławcze podlegało również umorzeniu w zakresie zarzutu nr 8 z uwagi na złożenie przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu tego zarzutu. W tym przypadku, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp (Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania), stosowanego odpowiednio w przypadku wycofania części zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Stanowisko Izby w zakresie pozostałych zarzutów:

Na wstępie należy przedstawić jedną uwagę ogólną:

Odwołujący powinien wykazać naruszenie przez Zamawiającego przepisów, które wskazuje w ramach poszczególnych zarzutów. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie ogólnego uzasadnienia prawnego obejmującego wszystkie

zarzuty podniesione w odwołaniu. Każdy zarzut musi zostać uzasadniony oddzielnie. Izba nie może zastępować odwołującego w konstruowaniu odwołania (w tym w zakresie jego uzasadnienia).

Ad. Zarzut nr 1 – Rozbieżności w Kontrakcie rozstrzygane według „oczywistej intencji Zamawiającego” [naruszenie art. 16 pkt 1–3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego (dalej: „KC”), art. 5 KC oraz art. 431 ustawy Pzp – poprzez zastrzeżenie w Klauzuli 22.5 pkt 7 Warunków Szczególnych Kontraktu, że w przypadku zaistnienia rozbieżności w Kontrakcie Strony dokonają zmiany w sposób odzwierciedlający „oczywistą intencję Zamawiającego”, wynikającą z innych postanowień Kontraktu i pozostałych dokumentów będących częścią Kontraktu lub dokumentów postępowania, co przyznaje Zamawiającemu uprzywilejowaną pozycję interpretacyjną, narusza zasadę równowagi stron, zasadę współdziałania przy wykonaniu umowy oraz prowadzi do niedopuszczalnego jednostronnego rozstrzygania wątpliwości kontraktowych przez jedną ze stron stosunku zobowiązaniowego]

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego. Po pierwsze, zaskarżone postanowienie nie dotyczy uprawnienia Zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy – jak wskazał Zamawiający wykonawca nie musi zgodzić się na zmianę umowy. Po drugie, postanowienie to nie przyznaje Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji interpretacyjnej – jak podnosi Odwołujący w ramach tego zarzutu – skoro odwołuje się do intencji Zamawiającego uprzednio wyrażonej – tj. wynikającej z innych postanowień Kontraktu i pozostałych dokumentów będących częścią Kontraktu lub dokumentów postępowania. Po trzecie, nie chodzi w tym przypadku o jakiegokolwiek zmiany umowy, ale wyłącznie te mające na celu usunięcie rozbieżności – a zatem uzasadnione, jak i korzystne dla wykonawcy, jest dokonanie tego przez odwołanie się do intencji wynikającej z Kontraktu lub dokumentów postępowania (a zatem takiej, która powinna być wykonawcy znana). Tym bardziej, że nie chodzi o jakąkolwiek intencję, ale wyłącznie taką, którą można uznać za oczywistą.

Ad. Zarzut nr 2 – Rażąco wygórowany limit kar umownych (30%), wysoki poziom kary umownej za odstąpienie (20%) z kumulacją kar umownych [naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 483 KC, art. 353<sup>1</sup> KC, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp – poprzez ustanowienie w Klauzuli 8.7 ust. 5 Kontraktu limitu kar umownych na poziomie 30% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (z VAT), kary za odstąpienie w wysokości 20% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (Klauzula 8.7 ust. 2 pkt 1), dopuszczenie kumulacji kary za odstąpienie z karami naliczonymi do chwili odstąpienia (Klauzula 8.7 ust. 2 pkt 2) – co łącznie prowadzi do rażącego naruszenia ekwiwalentności świadczeń i wykracza poza granice swobody umów]

Doświadczenie składu orzekającego Izby nie potwierdza tezy postawionej przez Odwołującego co do rażąco wygórowanego limitu kar – tj. odpowiednio 30% oraz 50% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej. Odwołujący powołał się na przykłady, kiedy kary te zostały przewidziane na niższym poziomie, co jednak nie oznacza, że kary wyższe należy automatycznie uznać za rażąco wygórowane. Wymaga zauważenia, że za naruszające przepisy prawa należałoby uznać nie tyle kary bardzo wysokie, ale takie, których stopień zawyżenia jest rażący. Oceny, czy daną karę umowną należy ocenić jako rażąco wygórowaną, należy dokonywać indywidualnie, analizując różne kryteria brane pod uwagę w tym zakresie. To samo dotyczy limitu kar umownych – ten sam limit kar umownych może zostać odmiennie oceniony w zależności od różnych okoliczności (np. znaczenie należytego wykonania umowy dla interesu publicznego). W tym przypadku, należy wziąć pod uwagę, że nienależyte wykonanie umowy może skutkować brakiem zapewnienia mieszkańcom Warszawy wody odpowiedniej jakości, a zatem może stwarzać istotne ryzyko dla ich zdrowia.

Odrębną kwestią jest dopuszczalność kumulacji kar za nienależyte wykonanie umowy z karą za odstąpienie od niej – jednakże do tego zagadnienia Odwołujący nie odniósł się w uzasadnieniu zarzutu. W związku z tym nie było ono przedmiotem orzekania Izby.

Ad. Zarzut nr 3 – Brak maksymalnego okresu gwarancji jakości [naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 5 KC, przy uwzględnieniu mechanizmu wynikającego z art. 581 § 1 KC – poprzez ukształtowanie postanowień Karty Gwarancyjnej w sposób: (i) nieproporcjonalny, (ii) naruszający równowagę kontraktową stron oraz (iii) prowadzący do przerzucenia na wykonawców ryzyka niemożliwego do oszacowania na etapie sporządzania oferty, polegający na ustaleniu ponownego biegu gwarancji dla elementów wymienionych lub poddanych istotnym naprawom, bez jednoczesnego ustanowienia maksymalnego terminu obowiązywania gwarancji jakości (tzw. cut-off date), co skutkuje możliwością wielokrotnego odnawiania okresów gwarancyjnych i wykreowaniem odpowiedzialności gwarancyjnej o potencjalnie nieograniczonym horyzoncie czasowym]

Zgodnie z art. 581 § 1 KC, jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej. Zamawiający zastosował instytucję przewidzianą w Kodeksie cywilnym. Odwołujący nie wskazał na żaden przepis prawa, z którego wynikałby obowiązek Zamawiającego ograniczenia ww. rozwiązania. W konsekwencji, ww. zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Ad. Zarzut nr 4 – Jednostronne rozstrzyganie przez Zamawiającego o istotności wad [naruszenie art. 353<sup>1</sup> KC, art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 KC – poprzez zastrzeżenie w Karcie Gwarancyjnej (pkt V.3) oraz Klauzuli 15.2 lit. (j) prawa Zamawiającego do jednostronnego rozstrzygania o „istotności” wady, co skutkuje arbitralnym prawem do ponownego rozpoczęcia biegu gwarancji oraz podejmowania dalszych jednostronnych decyzji wobec Wykonawcy]

Po wniesieniu odwołania Zamawiający dokonał modyfikacji zaskarżonych postanowień poprzez zmianę podmiotu rozstrzygającego o istotności wady – z Zamawiającego na Inżyniera Kontraktu. Odwołujący podtrzymał ww. zarzut i z związku z tym został on przez Izbę rozpoznany. Jednakże, dokonując rozpoznania zarzutu, Izba wzięła pod uwagę aktualną treść zaskarżonych postanowień. W konsekwencji, Izba uznała, że zawarte w odwołaniu uzasadnienie tego zarzutu nie potwierdza jego zasadności. Po pierwsze, Odwołujący nie przedstawił odrębnego uzasadnienia zarzutu nr 4, lecz odwołał się w tym zakresie do zarzutu nr 1, który dotyczy istotnie odmiennego zagadnienia tj. zmiany umowy. Po drugie, wszelkie argumenty odwołujące się do Zamawiającego straciły swoją aktualność, gdyż po dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji rozstrzygającym o istotności wady jest inny podmiot tj. Inżynier Kontraktu.

Ad. Zarzut nr 5 – Skreślenie uprawnień Wykonawcy (Klauzule 16.1, 16.2, 16.4) [naruszenie art. 353<sup>1</sup> KC, art. 647 KC, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp oraz art. 5 KC – poprzez skreślenie Klauzuli 16.1 Warunków Ogólnych Kontraktu (uprawnienie Wykonawcy do zawieszenia robót w przypadku braku płatności), Klauzuli 16.2 (prawo Wykonawcy do rozwiązania Kontraktu) oraz Klauzuli 16.4 (zapłata po rozwiązaniu – ochrona finansowa), przy jednoczesnym utrzymaniu wyłączenia odpowiedzialności Zamawiającego za utracone zyski i mienie Wykonawcy (Klauzula 16.3)]

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie tego zarzutu: „Klauzule te stanowią w standardzie Warunków Ogólnych Kontraktu FIDIC symetryczne uprawnienia wobec prawa Zamawiającego (Klauzula 15 – Rozwiązanie Kontraktu przez Zamawiającego). Ich usunięcie skutkuje rażąco dysproporcją uprawnień stron Kontraktu.”

Ww. uzasadnienie jest na tyle ogólne, że uniemożliwia rozpoznanie podniesionego przez Odwołującego zarzutu. Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów prawa.

Ad. Zarzut nr 6 – Potrącanie niewymagalnych wierzytelności z tytułu kar umownych [naruszenie art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 498 KC, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp – poprzez zastrzeżenie w Klauzuli 8.7 ust. 6 Kontraktu prawa Zamawiającego do potrącania z wszelkich wierzytelności Wykonawcy przysługujących mu od Zamawiającego wszelkich kwot należnych Zamawiającemu z tytułu kar umownych, w tym również niewymagalnych wierzytelności z tego tytułu, co umożliwia Zamawiającemu jednostronne pomniejszanie wynagrodzenia Wykonawcy o kary jeszcze niewymagalne, potencjalnie sporne i niezwyfikowane, z pominięciem ustawowych przesłanek potrącenia oraz z naruszeniem równowagi kontraktowej stron]

Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący wskazał, że ukształtowany przez Zamawiającego mechanizm potrącenia wykracza poza istotę potrącenia uregulowanego w art. 498 KC, którego podstawową przesłanką jest wymagalność wierzytelności. Jednakże, jak wskazał Zamawiający, zaskarżone postanowienie reguluje instytucję umownego prawa odstąpienia. Postanowienie to mogłoby podlegać ocenie na gruncie art. 395 KC, jednakże taki zarzut nie został w odwołaniu podniesiony. W pozostałym zakresie, tj. wykraczającym poza odwołanie się do art. 498 KC, uzasadnienie ma zbyt ogólny charakter. W związku z tym, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów.

Ad. Zarzut nr 9 – Usunięcie Klauzuli 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu [Korekty uwzględniające zmiany prawne] [naruszenie art. 16 pkt 1–3 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> KC, art. 5 KC oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez skreślenie Klauzuli 13.7 Warunków Ogólnych Kontraktu [Korekty

uwzględniające zmiany prawne] jako niemającej zastosowania i niewprowadzenie w jej miejsce jednoznacznego postanowienia przyznającego Wykonawcy roszczenie o przedłużenie Czasu na Wykonanie oraz zapłatę dodatkowego Kosztu wraz z rozsądnym zyskiem albo odpowiednią zmianę Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej w przypadku zmian prawa, interpretacji prawa, wymagań organów, decyzji, uzgodnień, warunków technicznych, wymagań gestorów infrastruktury lub innych wiążących wymagań publicznoprawnych mających wpływ na sposób, koszt lub termin realizacji Kontraktu]

Uzasadnienie ww. zarzutu nie wskazuje na żadne naruszenie przepisów prawa. Jedynie ostatnie zdanie uzasadnienia odwołuje się do naruszenia zasad proporcjonalności i równowagi kontraktowej stron („Brak jednoznacznego roszczenia o przedłużenie Czasu na Wykonanie oraz dodatkowy Koszt prowadzi do przerzucenia na Wykonawcę ryzyk nieprzewidywalnych i niezależnych od niego, co narusza zasadę proporcjonalności oraz równowagę kontraktową stron.”). Izba uznała, że uzasadnienie jest zbyt ogólne, co uniemożliwia rozpoznanie zarzutu (Izba nie może „wchodzić” w rolę wykonawcy i konstruować uzasadnienia podniesionych przez niego zarzutów).

Ad. Zarzut nr 10 – Usunięcie akapitu drugiego Klauzuli 4.6 Warunków Ogólnych Kontraktu [Współpraca] i pozbawienie Wykonawcy prawa do uznania poleceń współpracy z personelem Zamawiającego, innymi wykonawcami i władzami publicznymi za Zmianę w przypadku poniesienia Nieprzewidywalnego Kosztu [naruszenie art. 16 pkt 1–3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353<sup>1</sup> KC, art. 5 KC oraz art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez skreślenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu akapitu drugiego Klauzuli 4.6 Warunków Ogólnych Kontraktu [Współpraca], zgodnie z którym polecenia umożliwienia wykonywania prac Personelowi Zamawiającego, innym wykonawcom zaangażowanym przez Zamawiającego oraz personelowi władz publicznych stanowią Zmianę w zakresie, w jakim Wykonawca poniesie Nieprzewidywalny Koszt, co pozbawia Wykonawcę roszczenia o zmianę Czasu na Wykonanie i zapłatę dodatkowego Kosztu w sytuacji, gdy konieczność współpracy, koordynacji, udostępnienia zaplecza, środków dostępu, Sprzętu Wykonawcy lub Robót Tymczasowych innym podmiotom powoduje dodatkowe koszty, zakłócenia lub opóźnienia niezależne od Wykonawcy]

Usunięcie przez Zamawiającego projektowanego postanowienia umowy, które przewidziane jest w Warunkach Kontraktowych FIDIC, nie prowadzi automatycznie do wniosku o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów prawa. To samo dotyczy „przerzucenia” na wykonawcę części ryzyk związanych z wyceną oferty. Przedstawioną w odwołaniu argumentację dotyczącą naruszenia przez Zamawiającego równowagi kontraktowej stron oraz zasady proporcjonalności Izba uznała za zbyt ogólną. W związku z tym, ww. zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Mając na uwadze przedstawione powyżej stanowisko, w odniesieniu do zarzutów, co do których brak było podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego, Izba orzekła na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 2 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. § 9 ust. 3 pkt 2 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).

Przewodnicząca: