

Poznań, dnia 8 stycznia 2026 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa
Fax: + 48 22 458 78 00
e-mail: odwolania@uzp.gov.pl

Odwołujący: Dekpol Budownictwo sp. z o.o.
ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn
KRS 0000816545, NIP 5922279645
reprezentowany przez:
radcę prawnego Agatę Wujewską
adres do doręczeń:
Kancelaria Radców Prawnych Brudkiewicz, Suchecka S.K.A.
ul. Tylne Chwaliszewo 25, 61-103 Poznań
e-mail: kancelaria@bssk.pl

Zamawiający: Powiat Włocławski
ul. Cyganka 28, 87-800 Włocławek
tel. (54) 230 46 00
e-mail: zamowieniapubliczne@powiat.wloclawski.pl

Wpis: opłata stała w wysokości 20.000 zł

ODWOŁANIE

- Dotyczy:** postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa Powiatowego Centrum Sportu i Rekreacji*” w Kruszyne, nr postępowania: ZP.272.1.43.2025 (dalej: **Postępowanie**).
- Ogłoszenie o zamówieniu:** opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 29.12.2025 r. pod nr: 865481-2025 (numer wydania Dz. U. S: 250/2025).
- Przedmiot zaskarżenia:** Działając w imieniu Odwołującego - Dekpol Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie (dalej: **Odwołujący**), na podstawie art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: **Pzp**) wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego - Powiatu Włocławskiego (dalej: **Zamawiający**) polegających na ukształtowaniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: **SWZ**), w tym w szczególności w zakresie treści Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej: **Umowa**) niezgodnie z przepisami Pzp i pozostałych powołanych w odwołaniu przepisów, w tym zwłaszcza w sposób nieproporcjonalny, naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością,

w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z przygotowaniem Postępowania.

4. **Termin na wniesienie odwołania:** ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ, stanowiące podstawę wniesienia niniejszego odwołania, zostały opublikowane w dniu 29.12.2025 r. Odwołujący złożył tym samym odwołanie w terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit a), ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

5. Interes Odwołującego

- 5.1. Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania. Odwołujący posiada bowiem wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, który w ramach swojego przedsiębiorstwa specjalizuje się w realizacji zamówień takich jak objęte przedmiotem Postępowania. Tym samym, przedmiot zamówienia objętego Postępowaniem jest zbieżny z działalnością prowadzoną przez Odwołującego. Odwołujący jest przy tym zainteresowany złożeniem oferty w Postępowaniu, a zatem potencjalnie może uzyskać zamówienie.
- 5.2. Wskutek niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego opisanych niniejszym odwołaniem, Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty w prawidłowo przygotowanym Postępowaniu, zgodnie z przepisami i zasadami przewidzianymi w Pzp, a w konsekwencji Odwołujący zostaje pozbawiony możliwości udziału w Postępowaniu i tym samym możliwości uzyskania zamówienia oraz pozbawiony zostaje realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu jego realizacji. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, Odwołujący może zatem ponieść szkodę wskutek niezłożenia oferty prowadzącej w konsekwencji do braku możliwości ubiegania się o udzielenie i uzyskania zamówienia.
- 5.3. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert należy przyjąć, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy. Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie Postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania postanowień SWZ, w tym przyszłych warunków wykonywania Umowy przekłada się na sytuację Odwołującego w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty (np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.05.2017 r., KIO 903/17 oraz z dnia 12.07.2017 r., KIO 1331/17).
- 5.4. Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na złożenie oferty w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w prawidłowo przygotowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

6. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

6.1. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, pkt 2 lit. a), pkt 3 i pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 ustawy z dnia 23.04.1964 r. - Kodeks cywilny (dalej: k.c.) w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie klauzuli waloryzacyjnej w zakresie dotyczącym:

- a) maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o waloryzacji (tj. 5% wartości netto Wynagrodzenia);
- b) przyjętego przez Zamawiającego wskaźnika, w oparciu o który następować będzie waloryzacja (tj. średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego);
- c) poziomu zmiany ww. wskaźnika, uprawniającego strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia (tj. co najmniej 7-punktowa (7%) zmiana);
- d) określenia, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie mogło zostać zmienione o maksymalnie 25% różnicy wskaźników;
- e) określenia, że w celu dokonania waloryzacji Wykonawca zobowiązany będzie dodatkowo również wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia Wynagrodzenia umownego, a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej;

w sposób nieproporcjonalny, przerzucający na Wykonawcę w sposób nieuzasadniony i nadmiarowy ryzyka związane z realizacją zamówienia i zmianami cen i kosztów realizacji zamówienia, a przy tym sformułowanie w Umowie klauzuli waloryzacyjnej w sposób w rzeczywistości pozorny względem wymogów i celu regulacji art. 439 Pzp, prowadzący w istocie do próby obejścia przez Zamawiającego obowiązków w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy oraz w sposób wypaczający ideę i cel waloryzacji, a w związku z tym sformułowanie postanowień w zakresie waloryzacji również w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności;

6.2. art. 138 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp

poprzez ustanowienie nieproporcjonalnie zbyt krótkiego terminu składania ofert, podczas gdy charakter zamówienia i poziom skomplikowania przygotowania ofert, jak również okres przekazania przez Zamawiającego do publikacji ogłoszenia o zamówieniu uzasadnia zastosowanie dłuższego terminu, czego skutkiem jest naruszenie przez Zamawiającego zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności;

6.3. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 115 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp

poprzez określenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w zakresie dotyczącym posiadanej zdolności kredytowej lub środków finansowych niezbędnych do realizacji zamówienia na poziomie nieadekwatnym

do przedmiotu zamówienia, w tym przyjętych przez Zamawiającego zasad dotyczących płatności wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, i nieproporcjonalnym, niepozwalającym Zamawiającemu na wyłonienie w Postępowaniu Wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a tym samym określenie ww. warunku niezgodnie z funkcją warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

6.4. art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 443 ust. 1 Pzp

poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie zasad rozliczeń z Wykonawcą w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez określenie zasad i częstotliwości płatności wynagrodzenia z tytułu realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny, nieuzasadniony przerzucający na Wykonawcę nadmiernych i nieproporcjonalnych ryzyk związanych z realizacją zamówienia, w tym w szczególności związanych z koniecznością finansowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia ze środków własnych, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne i niezgodne z zasadą efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku z zamówieniem;

6.5. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp

poprzez określenie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dotyczącym osób skierowanych do realizacji zamówienia - Kierownika Budowy, w sposób nieproporcjonalny i nadmiarowy, nieuzasadniony przedmiotem zamówienia w zakresie dotyczącym okresu, w którym osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy winna uzyskać wymagane przez Zamawiającego doświadczenie (tj. ostatnie 10 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu);

6.6. art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez określenie pozacenowego kryterium oceny ofert w Postępowaniu „Doświadczenie Kierownika Budowy”, w sposób nieproporcjonalny i nadmiarowy, nieuzasadniony przedmiotem zamówienia, a przy tym nierealizujący funkcji i celu pozacenowych kryteriów oceny ofert, w zakresie dotyczącym:

- a) okresu, w którym osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy winna uzyskać punktowane przez Zamawiającego doświadczenie (tj. ostatnie 10 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu);
- b) sposobu ukształtowania zasad punktacji w przedmiotowym kryterium poprzez przyjęcie, że punktację maksymalną uzyska Kierownik Budowy, który kierował budową 5 lub więcej obiektów użyteczności publicznej, jak również, że w przypadku kierowania budową 3 obiektów Kierownik Budowy uzyska zaledwie 6 pkt., poprzez gdy ww. założenia nie są adekwatne z perspektywy przedmiotu zamówienia i charakteru skomplikowania prac objętych punktowanym

doświadczeniem, związanych z technologią basenową i obiektywnymi uwarunkowaniami związanymi z realizacją bardziej złożonych inwestycji tego rodzaju, które niosą za sobą uzyskanie bardziej wartościowego doświadczenia;

6.7. art. 647 k.c. w zw. z art. 643 k.c. w zw. z art. 654 k.c. w zw. z art. 627 k.c. w zw. z art. 642 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp

poprzez zastrzeżenie w Umowie przez Zamawiającego, iż:

- a) w przypadku, jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, a wady nadają się do usunięcia, Zamawiający przerwie czynności odbiorowe i wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin na usunięcie wad;
- b) Wykonawca zobowiązuje się w dniu odbioru końcowego złożyć Zamawiającemu oświadczenie w formie pisemnej, że wykonany Przedmiot zamówienia jest wolny od wad;

a poprzez to wprowadzenie w istocie wymogu odbioru bezusterkowego i określenie, że Zamawiający będzie uprawniony do odmowy odbioru przedmiotu zamówienia również w przypadku stwierdzenia wyłącznie nieistotnych wad lub braków, co jest rażąco sprzeczne z istotą i regulacjami dotyczącymi umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane, jak i prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego zasady współdziałania Stron oraz zasad przejrzystości i proporcjonalności, oraz do przerzucenia na Wykonawcę w sposób nieuzasadniony nadmiernych ryzyk związanych z realizacją zamówienia objętego Postępowaniem;

6.8. art. 556 k.c. w zw. z art. 568 § 1 k.c. w zw. z art. 577 § 1 i 4 k.c. w zw. z art. 581 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp

poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu gwarancji i rękojmi w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przerzucający na Wykonawcę nadmierne i nieproporcjonalne ryzyka związane z realizacją zamówienia, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności, poprzez określenie w Umowie, że termin udzielonej gwarancji i rękojmi ulega przedłużeniu o czas usunięcia wady, jeżeli powiadomienie o wystąpieniu wady lub usterki nastąpiło jeszcze w czasie trwania gwarancji i rękojmi, a przez to przyjęcie, że okres odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu gwarancji i rękojmi będzie podlegał przedłużeniu niezależnie od charakteru wad lub usterek i prac naprawczych w tym zakresie, a tym samym okres ten może w praktyce ulegać nieograniczonym przedłużeniom;

6.9. art. 395 § 1 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 431 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp

poprzez zaniechanie określenia przez Zamawiającego terminu na złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od Umowy w przypadku skorzystania przez Wykonawcę z umownego prawa do odstąpienia na podstawie § 17 ust. 5 Umowy, co powoduje, że ww. klauzula umownego prawa odstąpienia jest w świetle przepisów

prawa cywilnego nieważna, a tym samym ustanowione przez Zamawiającego umowne prawo dla Wykonawcy do odstąpienia od Umowy w przypadku dopuszczenia się przez Zamawiającego naruszeń opisanych w § 17 ust. 5 Umowy jest w rzeczywistości pozorne, co prowadzi również do naruszenia przez Zamawiającego zasady współdziałania Stron oraz zasad przejrzystości i proporcjonalności, oraz do przerzucenia na Wykonawcę w sposób nieuzasadniony nadmiernych ryzyk związanych z realizacją zamówienia objętego Postępowaniem;

6.10. art. 483 § 1 k.c. w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 5 k.c. i art. 353(1) k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp

poprzez ukształtowanie warunków Umowy w zakresie odpowiedzialności wykonawcy w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przerzucający na Wykonawcę nadmierne i nieproporcjonalne ryzyka związane z realizacją zamówienia, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w Umowie katalogu i wysokości kar umownych o rażąco wygórowanej wysokości i nieadekwatnej podstawie ich obliczania oraz w sposób naruszający w sposób nieuzasadniony równowagę kontraktową Stron Umowy, czego skutkiem jest również nieproporcjonalne i niezgodne z zasadą efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych zmniejszenie kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i zwiększenie kosztów, jakie finalnie Zamawiający zobowiązany będzie ponieść w związku z zamówieniem;

a w związku z powyższymi zarzutami nadto naruszenie:

6.11. art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp

poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także zasad przejrzystości i proporcjonalności, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia Postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Zamawiającego związanych z przygotowaniem Postępowania;

7. [Wnioski] W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

7.1. W związku z zarzutem ad. 6.1: Nakazanie Zamawiającemu zmiany Umowy poprzez:

a) **nadanie § 19 ust. 1 Umowy brzmienia:** „Strony przewidują możliwość zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy w następujących przypadkach:

- 1) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- 2) w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 3) w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

4) w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2024 r., poz. 427, ze zm.),
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

5) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”;

- b) w § 19 ust. 5 Umowy wykreślenie słów: „w szczególności Wykonawca zobowiązany jest wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia Wynagrodzenia umownego, a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej”;
- c) nadanie § 19 ust. 5 pkt 2 Umowy brzmienia: „podstawą dla zmiany Wynagrodzenia netto jest co najmniej 2 punktowa (2%) zmiana wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (analogiczny okres roku poprzedniego = 100) ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, w porównaniu ze wskaźnikiem w analogicznym miesiącu w roku poprzednim”;
- d) nadanie § 19 ust. 5 pkt 3 Umowy brzmienia: „wynagrodzenie Wykonawcy będzie każdorazowo zmienione o 50% różnicy w/w wskaźników (tj. strony dokonują podziału ryzyka wynikającego ze zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia 50/50”;
- e) nadanie § 19 ust. 5 pkt 6 Umowy brzmienia: „maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia dokonana w efekcie zastosowania tej przesłanki zmiany Umowy nie może przekroczyć 15% wartości netto Wynagrodzenia”;
- f) nadanie § 19 ust. 14 Umowy brzmienia: „Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 pkt 1-4 na koszty wykonania zamówienia należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany Umowy przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem ust. 8”;
- g) nadanie § 19 ust. 15 Umowy brzmienia: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 pkt 1-4 na koszty wykonania zamówienia, w takim wypadku zapisy ust. 2 - 6 stosuje się odpowiednio”

7.2. W związku z zarzutem ad. 6.2: Nakazanie Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu i SWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert co najmniej do dnia 20.02.2026 r.;

7.3. W związku z zarzutem ad. 6.3: Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez nadanie pkt. 8.1.3 lit. a) SWZ brzmienia: „posiada zdolność kredytową lub środki finansowe niezbędne do realizacji zamówienia.
Wymagane minimum: 40 000 000,00. zł.”

7.4. W związku z zarzutem ad. 6.4: Nakazanie Zamawiającemu zmiany Umowy poprzez:
a) nadanie § 6 ust. 2 Umowy brzmienia: „Komisyjny odbiór częściowy i Odbiór końcowy, zorganizowany będzie przez Zamawiającego w terminie do 21 dni od daty zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru częściowego lub końcowego wpisem do dziennika budowy i jednoczesnym powiadomieniem Zamawiającego lub jego umocowanego przedstawiciela oraz potwierdzeniem wykonania robót do odbioru częściowego lub końcowego przez Inżyniera kontraktu

stosowym wpisem do dziennika. Odbiory częściowe dokonywane będą nie rzadziej niż raz na kwartał”;

- b) nadanie § 12 ust. 2 Umowy brzmienia: „Rozliczenie częściowe w oparciu o protokoły odbiorów częściowych Przedmiotu zamówienia nastąpi na podstawie faktur VAT częściowych wystawianych co kwartał”;

7.5. W związku z zarzutem ad. 6.5: Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez nadanie pkt. 8.1.4 lit. b) tiret pierwsze SWZ brzmienia: „na stanowisko Kierownika Budowy osoba z uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub równoważnej, która w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres posiadania uprawnień budowlanych jest krótszy w tym okresie, kierowała minimum 1 robotą budowlaną (kierownik budowy lub kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej) w zakresie budowy obiektu użyteczności publicznej obejmującego swym zakresem basen lub kompleks basenowy o łącznej powierzchni lustra wody minimum 700 m²”;

7.6. W związku z zarzutem ad. 6.6: Nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ poprzez nadanie pkt. 19.1 SWZ w zakresie dotyczącym Kryterium 4 - „Doświadczenie Kierownika Budowy” brzmienia:
„Kryterium 4 - „Doświadczenie Kierownika Budowy” - punkty przez Zamawiającego zostaną przyznane w następujący sposób:

Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 1 obiektu - otrzyma 0 pkt.

Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 2 obiektów - otrzyma 4 pkt.

Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 3 obiektów - otrzyma 8 pkt.

Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 4 obiektów i więcej - otrzyma 10 pkt.

Uwaga:

Punktowane będzie wyłącznie kierowanie robotami budowlanymi (pełnienie funkcji kierownika budowy lub kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej) w zakresie budowy obiektu użyteczności publicznej obejmującego swym zakresem basen lub kompleks basenowy o łącznej powierzchni lustra wody minimum 700 m², w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres posiadania uprawnień budowlanych jest krótszy w tym okresie.

Wykonawca załączy do oferty wykaz doświadczenia oferowanego Kierownika Budowy, którego skieruje do realizacji zamówienia.”

7.7. W związku z zarzutem ad. 6.7: Nakazanie Zamawiającemu zmiany Umowy poprzez:

- a) nadanie § 6 ust. 5 pkt 1 Umowy brzmienia: „jeżeli wady nadają się do usunięcia i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym odbiorem zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający przerwie czynności odbiorowe i wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin na usunięcie wad. W przeciwnym wypadku, Zamawiający dokona odbioru i wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin na usunięcie wad”;
 - b) wykreślenie § 14 ust. 3 Umowy;
- 7.8. W związku z zarzutem ad. 6.8: Nakazanie Zamawiającemu zmiany Umowy poprzez wykreślenie § 14 ust. 9 Umowy;
- 7.9. W związku z zarzutem ad. 6.9: Nakazanie Zamawiającemu zmiany Umowy poprzez dodanie w § 17 ust. 5 Umowy zdania o treści: „W przypadkach, o których mowa w niniejszym ustępie odstąpienie od Umowy może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o zaistnieniu okoliczności stanowiących podstawę odstąpienia.”;
- 7.10. W związku z zarzutem ad. 6.10: Nakazanie Zamawiającemu zmiany Umowy poprzez:
- a) nadanie § 20 ust. 1 pkt 1) Umowy brzmienia: „za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu zamówienia powstałą z winy Wykonawcy w wysokości 0,05% Wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego, po upływie terminu końcowego lub terminów określonych w §10 ust. 1”;
 - b) nadanie § 20 ust. 1 pkt 2) Umowy brzmienia: „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze Dokumentacji lub odbiorze częściowym lub odbiorze końcowym lub w okresie udzielonej gwarancji jakości i rękojmi za wady w wysokości 0,02% Wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad”;
 - c) nadanie § 20 ust. 1 pkt 5) Umowy brzmienia: „za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości 0,1% należnego im Wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego, po upływie terminu zapłaty określonego w Umowie”
 - d) nadanie § 20 ust. 1 pkt 15) Umowy brzmienia: „za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 19 ust. 13 - w wysokości 5% wartości zmiany umowy Wykonawcy, za każdy ujawniony przypadek”;
- 7.11. Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego;
- 7.12. Odwołujący wnosi nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji Postępowania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

[Uwagi wstępne]

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest budowa kompletnego obiektu budowlanego Powiatowego Centrum Sportu i Rekreacji w Kruszynie. Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności budowę: boisk: do piłki nożnej, do piłki plażowej, kortów tenisowych i budynku basenowego wraz z zapleczem sanitarno-szatniowym i technicznym oraz infrastrukturą towarzyszącą, zakończoną uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Przedmiot zamówienia obejmuje w swym zakresie w szczególności branże architektoniczną, konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną, niskoprądową oraz sieci i przyłącza zewnętrzne. Zadanie inwestycyjne jest w szczególności prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj. W ramach przedmiotowego zamówienia Wykonawca zobowiązany będzie m.in. do opracowania projektów rozbiórek/przeniesienia obiektów kolidujących, projektów przebudowy kolizji istniejącej infrastruktury technicznej, kompletnych, wielobranżowych Projektów Technicznych i Projektów Wykonawczych, kompletnych, wielobranżowych dla całości zamierzenia, w tym m.in. projektów aranżacji wnętrz, rysunków warsztatowych (w tym niecek stalowych), projektu technologii basenowej, technologii hal pneumatycznych, zagospodarowania terenu, dróg i zieleni, Szczegółowych Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) i kosztorysów dla wszystkich branż.
2. **Przed szczegółowym omówieniem poszczególnych zarzutów odwołania wskazać należy na następujące istotne względy faktyczne i prawne, które mają charakter wspólny dla wszystkich podniesionych w odwołaniu zarzutów odnoszących się zwłaszcza do postanowień Umowy, a tym samym celem zachowania przejrzystości Odwołujący nie powiela ich oddzielnie w odniesieniu do każdego z zarzutów.**
3. Podkreślić należy, że stosownie do art. 8 ust. 1 Pzp, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy Pzp nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem - wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 k.c.), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 k.c. Nadto, czynności Zamawiającego nie mogą być sprzeczne nie tylko z przepisami prawa, ale i z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.).
4. Wobec postanowień sformułowanych przez Zamawiającego w SWZ, a w szczególności we wzorze Umowy, konieczne i usprawiedliwione stało się skorzystanie przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej poprzez wniesienie niniejszego

odwołania. Zamawiający dopuścił się bowiem ukształtowania poszczególnych postanowień i rozwiązań SWZ, w tym Umowy w sposób sprzeczny z przepisami przywołanymi we wcześniejszej części niniejszego odwołania, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami Kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zasadę proporcjonalności (adekwatności), która rzutuje na obowiązek współdziałania Zamawiającego i Wykonawcy przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zasadę przejrzystości, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a także prowadzące do zaniechania lub utrudnienia zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji.

5. Jak wskazuje się w judykaturze i orzecznictwie, **Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, nadmiernie wygórowanych warunków, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne¹. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego². Zamawiający, celem dochowania zgodności jego działań z zasadą proporcjonalności, zobowiązany jest tym samym do dołożenia należytej staranności poprzez podejmowanie wyłącznie takich działań i stawianie takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia³, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców⁴. W tym celu, zamawiający winni w szczególności kształtować postanowienia umów o zamówienia publiczne w sposób proporcjonalnie dzielący pomiędzy strony prawa i obowiązki związane z realizacją zamówienia oraz ryzyka z tym związane. Nieprawidłową praktyką jest tym samym kształtowanie umów w sposób nazbyt restrykcyjny i nieproporcjonalny do rodzaju i wartości zamówienia publicznego - w szczególności w zakresie ilości i wysokości kar umownych, przerzucania nawet niemożliwych do oszacowania ryzyk na wykonawców, braku (czy też jedynie pozorności) postanowień w zakresie waloryzacji lub indeksacji wynagrodzenia z tytułu zmian cen rynkowych. Skutkiem bowiem takich nieprawidłowych praktyk jest „niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie**

¹ wyrok KIO z dnia 24.04.2017 r. (KIO 664/17);

² D. Ziemiński, Zasada proporcjonalności, „ZAMAWIAJĄCY. Zamówienia publiczne w praktyce” 2017, nr 22, s. 20;

³ A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021;

⁴ Informacja o wyniku kontroli doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29.11.2017 r., KND/10/17/DKD;

konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”.⁵

6. Podkreślić nadto należy, że zgodnie z art. 431 Pzp, Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej "umową", w celu należytej realizacji zamówienia. Jak wskazuje się zaś w tym względzie w doktrynie, przepis niniejszy ma także **wymiar dyrektywy skierowanej do zamawiającego, aby projektowanymi postanowieniami umowy tworzyć ramy dla partnerskiej współpracy stron⁶.**
7. Uwzględniając tym samym powyższe wymogi, a także pozostałe przytoczone w odwołaniu przepisy, objęte odwołaniem postanowienia SWZ należy uznać za niezgodne z tymi przepisami, a tym samym wymagające stosownej modyfikacji celem doprowadzenia ich do zgodności z Pzp i pozostałych powołanych przepisów.

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy - zarzut ad. 6.1 odwołania]

8. Zgodnie z § 19 Umowy:
 - a) ust. 1: *„Strony przewidują możliwość zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy w następujących przypadkach:*
 - 1) w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,*
 - 2) w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie art. 2 ust. 3 - 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
 - 3) w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,*
 - 4) w przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2024 r., poz. 427, ze zm.),*
 - 5) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia,**- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.”*
 - b) ust. 5: *„W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt 5 Wykonawca składa pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zaistnieniu okoliczności uzasadniających zmianę wynagrodzenia. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie*

⁵ A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024; uzasadnienie do ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624;

⁶ W. Dzierżanowski i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, WKP 2021;

Umowy, w szczególności Wykonawca zobowiązany jest wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia Wynagrodzenia umownego, a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Zmiana Wynagrodzenia zostanie dokonana z zachowaniem następujących zasad:

1) zmiana Wynagrodzenia może być dokonana nie częściej niż raz na 12 miesięcy, w tym pierwszy wniosek może być złożony nie wcześniej niż po 12 miesiącach obowiązywania Umowy,

2) podstawą dla zmiany Wynagrodzenia netto jest co najmniej 7 punkowa (7%) zmiana średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem (rok poprzedni = 100) ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w danym roku, w porównaniu z rokiem poprzednim, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja-/roczne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych/#>

3) wynagrodzenie Wykonawcy będzie mogło zostać zmienione o maksymalnie 25 % różnicy w/w wskaźników,

4) zmianom wysokości wynagrodzenia nie podlegają wartości netto Wynagrodzenia należnego Wykonawcy wprowadzone do Umowy na podstawie § 18 (Zmiany Umowy) oraz przepisów ustawy pzp,

5) początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert,

6) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia dokonana w efekcie zastosowania tej przesłanki zmiany Umowy nie może przekroczyć 5% wartości netto Wynagrodzenia,

7) waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w pkt 6.”

- c) ust. 14: „Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 na koszty wykonania zamówienia należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany Umowy przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem ust. 8.”;
- d) ust. 15: „Zamawiającemu przysługuje prawo do wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 na koszty wykonania zamówienia, w takim wypadku zapisy ust. 2 - 6 stosuje się odpowiednio”.

9. Opisany przez Zamawiającego model waloryzacji wynagrodzenia w ocenie Odwołującego wypacza cel wprowadzenia instytucji waloryzacji w art. 439 Pzp. Celem zastosowania art. 439 Pzp jest bowiem faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie), tj. jego urealnienie, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie tych kwestii, które dadzą stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Nieadekwatne do rzeczywistości rynkowej określenie zasad waloryzacji nie zapewnia tym samym równości stron czy prawidłowego rozkładu ryzyk kontraktowych i nie daje stronom szans na rzetelną

zmianę wysokości wynagrodzenia odzwierciedlającą zmiany zachodzące na rynku w trakcie realizacji zamówienia. Czyni to zatem waloryzację pozorną, iluzoryczną, niespełniającą celów, dla których został ustanowiony ww. przepis.

10. Jak wskazuje się przy tym w orzecznictwie:

- a) wyrok KIO z dnia 02.03.2022 r., KIO 440/22: „instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że **określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen.** Oczywiście jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen - w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty - nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegania jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających.”;
- b) wyrok KIO z dnia 05.01.2022 r., KIO 3600/21: „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych.

Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenie oferty. (...) Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.”

Z wyżej wskazanych orzeczeń jednoznacznie wynika, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym

11. Co więcej, ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że zasady waloryzacji powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle, żeby w toku realizacji Umowy strony nie toczyły sporów w tym zakresie, nie musiały gromadzić dodatkowych dokumentów, dokonywać skomplikowanych wyliczeń rachunkowych, bądź dopiero wówczas rzeczywiście ustalały stosowne zasady waloryzacji. Opis klauzuli waloryzacyjnej musi ustalać jasne reguły tak, aby każda ze stron w konkretnej sytuacji mogła przewidzieć i wyliczyć wysokość należnej waloryzacji. Umowę w sprawie zamówienia publicznego powinien tym samym cechować w tym zakresie pewien automatyzm rozumiany w ten sposób, że o ile zaistnieje okoliczność opisana w klauzuli waloryzacyjnej, to wynagrodzenie Wykonawcy za realizację zamówienia ulegnie zmianie w wysokości w tej klauzuli przewidzianej, a zmiana ta nie będzie poddana elementom uznaniowości czy subiektywnej ocenie danej Strony.
12. Opisane przez Zamawiającego założenia waloryzacji powyższych wymogów i standardów tymczasem nie spełniają.

[maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia dokonana w efekcie waloryzacji]

13. Po pierwsze, zastosowany przez Zamawiającego maksymalny limit zmiany, o jaki w toku realizacji Umowy odpowiednio wzrosnąć lub obniżyć może się wynagrodzenie Wykonawcy - wynoszący zaledwie 5% wartości netto Wynagrodzenia - sprawia, że mechanizm waloryzacji wynagrodzenia wynikający z Umowy ma charakter wyłącznie pozorny. Taki sposób sformułowania warunków

progowych *de facto* niweczy bowiem cel regulacji dot. waloryzacji, jaką jest uczciwy, proporcjonalny rozkład pomiędzy strony kontraktu ryzyka wynikającego ze zmian cen rynkowych wpływających na koszt realizacji zamówienia. Ww. postanowienie umowne co do przesłanek i limitów możliwej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy wskutek waloryzacji **prowadzi tym samym wyłącznie do nieuzasadnionej próby obejścia przez Zamawiającego przepisu art. 439 ust. 1 Pzp.** Narzucony przez Zamawiającego limit waloryzacji nie pozwala bowiem na uwzględnienie w ramach waloryzacji w sposób realny i adekwatny zmian cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, które zaistnieją w toku realizacji zamówienia, w szczególności mając na uwadze aktualne zmiany gospodarcze i zmiany cen branży budowlanej, a tym samym narzucony przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji nie pozwala również na zminimalizowanie ryzyka zmian gospodarczych zgodnie z celem przepisu art. 439 Pzp, jakim jest *„zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy (obecnie 6 miesięcy) zdejmuje z wykonawcy ciężar jednostronnego ponoszenia ryzyka późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenę oferty. Wreszcie wskazuje się, że stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy”*⁷. W tym zakresie wskazać należy przykładowo na pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 25.10.2022 r. (KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22), w którym, odnosząc się do kwestii górnego limitu waloryzacji, Izba wskazała, iż w przypadku kształtowania niniejszego limitu: *„chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść Wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. W art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp zostało wskazane, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że do Zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie. Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron”*. Jak nadto wskazano w wyroku z dnia 29.02.2024 r. (KIO 408/24): *„wskazany przez Zamawiającego próg 5% jest niespotykany w umowach*

⁷ wyrok KIO z dnia 28.03.2023 r. (KIO 703/23);

o zamówienia publiczne przy realizacji inwestycji zbliżonych przedmiotowo. Jak wynika ze złożonego zestawienia próg ten kształtuje się od 6% nawet do 50%. Zamawiający ustalając tak niski próg próbuje całością ryzyka kontraktowego obciążyć jedną stronę umowy, podczas gdy, nawet w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, konieczne jest dążenie do osiągnięcia równowagi stron stosunku umownego. Izba uważa, że zaproponowany przez Odwołującego sposób zmian wzoru umowy jest wystarczający do urealnienia zasad waloryzacji w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też nakazano Zamawiającemu zmianę zapisów z uwzględnieniem, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego. Izba nakazała również zmianę zapisów umowy, z których wynika, że zmiana wynagrodzenia nastąpi procentowo o wartość procentową ustaloną według podanych reguł, gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 5%. W obliczu znacznych wahań wskaźników makroekonomicznych, w tym inflacji urealnienie wysokości dopuszczającej możliwość waloryzacji jest konieczne”.

14. W tym kontekście należy zauważyć, że - jak wynika z przywołanych przez Zamawiającego w § 19 ust. 5 pkt 2 Umowy danych publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny (GUS) w odniesieniu do zmian rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych (który, zgodnie z § 19 ust. 5 pkt 2 Umowy, został przyjęty przez Zamawiającego jako podstawa ustalania zmiany wynagrodzenia Wykonawcy⁸) - wskaźnik ten na przestrzeni ostatnich 3 lat (a zatem okresu zbliżonego do okresu przewidywanej realizacji zamówienia zgodnie z § 10 ust. 1 Umowy), za który dostępne są dane nt. ww. wskaźnika, ulegał zmianom odpowiednio o:

- w roku 2024 - wzrost o 3,6% w stosunku do roku 2023;
- w roku 2023 - wzrost o 11,4% w stosunku do roku 2022;
- w roku 2022 - wzrost o 14,4% w stosunku do roku 2021;

Również analizując wcześniejsze okresy 3-letnie (jako że lata 2021-2023 miały charakter wyjątkowy pod względem gospodarczym z uwagi na epidemię COVID-19 i wybuch wojny w Ukrainie) wzrosty ww. wskaźnika wynosiły sumarycznie dalece więcej niż 5% (wzrost w roku 2021 w stosunku do roku 2020 - 5,1%, w roku 2020 do roku 2019 - 3,4%, w roku 2019 do roku 2018 - 2,3%).

Powyższe wskazuje zatem, że już zaledwie jeden rok realizacji zamówienia może potencjalnie skutkować skosmowaniem całego przewidzianego aktualnie Umową limitu waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, tym samym przerzucając w sposób nieuzasadniony i nieproporcjonalny całe pozostałe ryzyko zmian cen i kosztów realizacji zamówienia na Wykonawcę.

Dowód: Roczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych od 1950 r. - publikacja GUS zamieszczona pod linkiem podanym przez Zamawiającego w § 19 ust. 5 pkt 2 Umowy (<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja-/roczne-wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych/#>)

⁸ przy czym zasadność zastosowania przedmiotowego wskaźnika również kwestionowana jest przez Odwołującego, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia;

15. Bezasadność i nieproporcjonalność limitów aktualnie zastosowanych w ww. zakresie przez Zamawiającego potwierdza również wypracowana praktyka waloryzacyjna innych zamawiających działających na rynku branżowym, w tym w szczególności zamawiających największych, o istotnym wpływie na rynek zamówień publicznych, jak przykładowo:
- a) Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad: +/- 15%⁹;
 - b) Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie: +/- 20%;
 - c) Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.: +/- 30%.
16. Mając powyższe na uwadze, za uzasadnione i proporcjonalne należy uznać żądanie Odwołującego polegające na podwyższeniu limitu maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o waloryzacji do 15% wartości netto Wynagrodzenia.
17. Podkreślenia wymaga, że zmiana ww. limitu nie oznacza jednocześnie, że wynagrodzenie Wykonawcy o tyle właśnie faktycznie ulegnie zmianie w toku realizacji zamówienia. Uzależnione będzie to bowiem od zaistnienia innych przesłanek waloryzacji, w tym dynamiki zmian wskaźnika będącego podstawą waloryzacji. Wprowadzenie przedmiotowej zmiany nie powoduje zatem uszczerbku po stronie Zamawiającego, a przyczynia się do zapewnienia uczciwego podziału ryzyk kontraktowanych i uzyskania przez Zamawiającego jak najkorzystniejszych ofert w Postępowaniu.

[poziom zmiany wskaźnika uprawniający Strony do żądania zmiany wynagrodzenia]

18. Zauważyć należy nadto, że Zamawiający w § 19 ust. 5 pkt 2 Umowy zastrzegł, że podstawą dla zmiany wynagrodzenia (a zatem poziomem zmiany cen materiałów lub kosztów, uprawniającym Strony do żądania zmiany wynagrodzenia), będzie co najmniej 7-punktowa (7%) zmiana przyjętego wskaźnika GUS względem roku poprzedniego. Zestawiając powyższe z § 19 ust. 5 pkt 6 Umowy oznacza to, że próg początkowy, od którego w ogóle możliwe jest wnioskowanie przez Wykonawcę

⁹ Warto wskazać dodatkowo na ewolucję klauzul waloryzacyjnych GDDKiA:

- 1) klauzula waloryzacyjna dla robót budowlanych została wprowadzona na kontraktach GDDKiA w listopadzie 2013 r. Wówczas ustanowiony został limit waloryzacji na poziomie 1% pierwotnej wartości kontraktów;
- 2) następnie w drugiej połowie 2017 r. limit waloryzacyjny został zniesiony i taki stan rzeczy utrzymywał się do końca 2018 r. Umowy bez limitu waloryzacji oraz z limitem +/- 1% waloryzowane są w oparciu o wskaźniki cen obiektów drogowych (Wd) oraz wskaźniki cen obiektów mostowych (Wm) publikowane przez GUS.
- 3) W styczniu 2019 r. GDDKiA wprowadziła zupełnie nowy mechanizm oparty o tzw. „koszyk waloryzacyjny”, jednocześnie ustanawiając 5-procentowy limit poziomu waloryzacji. Za zgodą Ministerstwa Infrastruktury w II poł. 2021 r., a zatem jeszcze przed wybuchem wojny w Ukrainie, GDDKiA ogłosiła kilka przetargów z limitem 7-8%;
- 4) od grudnia 2023 r. GDDKiA podpisała niemal 100 aneksów waloryzacyjnych +/- 15% (dane na dzień 15.11.2025 r.);

Dane za informacjami GDDKiA: <https://www.gov.pl/web/gddkia/waloryzacja-a-zmiany-cen-na-rynku---nowe-dane44>;

o podwyższenie jego wynagrodzenia, jest wyższy od całego maksymalnego limitu waloryzacji.

19. Co więcej, z analizy przywołanego przez Zamawiającego w § 19 ust. 5 pkt 2 Umowy zestawienia GUS co do wysokości wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w poszczególnych latach wynika, że roczny wzrost ww. wskaźnika na poziomie co najmniej 7-punktowym wystąpił w ciągu ostatnich 25 lat zaledwie 3-krotnie (w roku 2000 - wzrost o 10,1%; w roku 2022 - wzrost o 14,4%; w roku 2023 - wzrost o 11,4%, gdzie bezspornie i notoryjnie dynamika zmian rynkowych w latach 2021-2023, wobec wystąpienia epidemii COVID-19 i wojny w Ukrainie, miała charakter wyjątkowy, nadzwyczajny).
20. Powyższe również obrazuje, iż konstrukcja klauzuli waloryzacyjnej również w zakresie minimalnego poziomu zmiany wskaźnika uprawniającego do skorzystania z waloryzacji nastąpiła w sposób tylko pozornie wypełniający wymogi art. 439 Pzp i tylko pozornie zmierzający do wyrównania równowagi ekonomicznej Stron, gdyby ta uległa zakłóceniu w toku realizacji Umowy.
21. Jak przy tym wskazano np. w wyroku KIO z dnia 04.04.2024 r., KIO 850/24: *„Zamawiający w § 11 ust. 8 umowy ustanowił „aktywator” tj. minimalny próg zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen, co samo w sobie nie jest rozwiązaniem sprzecznym z art. 439 ust. 1 Pzp. Próg taki chroni ponadto zamawiających przed nadmiernie częstym żądaniem waloryzacji wynagrodzenia, nawet przy niewielkich zmianach wskaźnika wzrostu lub spadku cen. Ustanowienie tego progu na poziomie minimum 7%, biorąc pod uwagę dane statystyczne publikowane przez Główny Urząd Statystyczny daje jednak podstawę do wniosku, że warunek dający podstawę do „uruchomienia” klauzuli waloryzacyjnej nie zaistnieje. Dane powołane przez Odwołującego jasno wskazują, że tempo wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia maleje, zatem dość prawdopodobne jest, że w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wzrost ten nie przekroczy poziomu 7%. W konsekwencji Izba uznała, że § 11 ust. 8 umowy jest sprzeczny z art. 439 ust. 1 Pzp i w tym zakresie uwzględniła odwołanie.”*
22. **Mając powyższe na uwadze, uzasadnione jest określenie, iż podstawą dla zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie co najmniej 2-punktowa (2%) zmiana wskaźnika przyjętego jako podstawa waloryzacji.**

[wskaźnik stanowiący podstawę waloryzacji]

23. W ocenie Odwołującego, za nieadekwatny uznać należy także przyjęty przez Zamawiającego wskaźnik, który miałby być podstawą waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, tj. średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.
24. Zgodnie bowiem z art. 439 ust. 2 pkt 2 Pzp, określenie sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia następuje z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS,

lub przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. W przypadku zastosowania przez Zamawiającego odesłania do wskaźnika GUS, jego dobór nie powinien być przy tym dowolny, a uwzględniać przedmiot zamówienia, tak aby zmiany tego wskaźnika możliwie jak najrealniej i najbliższej odzwierciedlały zmiany kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją zamówienia. Jak wskazuje się w doktrynie: „*Praktyka pokazuje, iż założony przez ustawodawcę cel waloryzacji (zachowanie ekwiwalentności świadczeń stron) jest osiągnięty w efektywny sposób nie poprzez odwoływanie się do wskaźników o charakterze generalnym lub takich, które za zmianami rynkowymi nie nadążają, lecz w wyniku stosowania kryteriów (wykazów materiałów i kosztów) w możliwie największym stopniu dostosowanych do materiałów i kosztów związanych z wykonaniem danego zamówienia. W okresie przed wprowadzeniem art. 439 PrZamPubl obserwowane były przykłady wprowadzania przez zamawiających publicznych (fakultatywnie) klauzul waloryzacyjnych opartych na wskaźnikach, które w niewielkim zakresie odzwierciedlały następujące na rynku zmiany cen materiałów i kosztów wykonania danego zamówienia lub na wskaźnikach określonych na tak wysokim poziomie, iż klauzule pozostawały martwe*”¹⁰.

25. Biorąc tym samym pod uwagę, iż przedmiotem zamówienia objętego Postępowaniem jest w szczególności wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie kompletnego obiektu budowlanego Centrum Sportu i Rekreacji, obejmującego w szczególności budowę boisk: do piłki nożnej, do piłki plażowej, kortów tenisowych i budynku basenowego wraz z zapleczem sanitarno-szatniowym i technicznym oraz infrastrukturą towarzyszącą, **za adekwatny wskaźnik waloryzacji należy uznać wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej GUS**. Wskaźnik ten bowiem, precyzyjniej aniżeli wskaźnik inflacyjny (wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych), odzwierciedla zmiany kosztów konkretnie w sektorze budownictwa, który jest specyficzny i obejmuje ceny robocizny, materiałów i sprzętu.

[określenie, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie mogło zostać zmienione o maksymalnie 25% różnicy wskaźników]

26. W § 19 ust. 5 pkt 3 Umowy Zamawiający określił, że „*wynagrodzenie Wykonawcy będzie mogło zostać zmienione o maksymalnie 25 % różnicy w/w wskaźników*”. Postanowienie niniejsze nie może być jednak uznane za adekwatne, proporcjonalne i prawidłowo wypełniające leżący po stronie Zamawiającego obowiązek określenia w klauzuli waloryzacyjnej „*sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia*” (art. 493 ust. 2 pkt 3 Pzp).
27. Po pierwsze, określenie, że wynagrodzenie Wykonawcy będzie mogło być zmienione o „*maksymalnie 25% różnicy*” wskaźników jest niejednoznaczne - nie wiadomo bowiem, w oparciu o jakie kryteria przyjmowano by, że w danym przypadku zmiana wynagrodzenia nastąpi o 25% różnicy wskaźnika, a w jakim w wymiarze mniejszym. Brak jest przy tym podstaw dla wprowadzania dodatkowego, nieprzewidzianego

¹⁰ red. P. Machnikowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2025;

postanowieniami art. 439 Pzp limitu waloryzacji, skoro takowe Zamawiający przewidział już w odniesieniu do „aktywatora” waloryzacji (minimalny wymagany poziom zmiany wskaźnika, który upoważnia Stronę do wnioskowania o zmianę Umowy w zakresie wynagrodzenia) oraz górnego jej limitu.

28. Jeśli natomiast niniejsze postanowienie Zamawiający rozumie jako określające wymiar podziału pomiędzy Strony ryzyka kontraktowego związanego ze zmianami cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, postanowienie to należy nadto uznać za nieproporcjonalne i w sposób nieuzasadniony przerzucające na Wykonawcę większość ryzyk związanych z potencjalnym wzrostem takich cen. Postanowienie zakłada bowiem wówczas, że Zamawiający pokryje Wykonawcy jedynie 25% realnego wzrostu wskaźnika, podczas gdy Wykonawca przyjmie na siebie 75% tego wzrostu. Taki podział ryzyk wystąpienia zdarzeń rynkowych nie jest natomiast w żaden sposób uzasadniony charakterem i przedmiotem zamówienia, jego specyfiką, założeniami realizacji robót - a przynajmniej na takie szczególne względy, które uzasadniałyby taką dysproporcję, Zamawiający nie wskazał. Co więcej, biorąc pod uwagę przyjęte przez Zamawiającego w § 12 Umowy założenia dotyczące rozliczeń za realizację zamówienia, zakładające, że Wykonawca przez istotny okres miałby de facto kredytować tę realizację, uzasadnionym byłoby wręcz przyjęcia, że ryzyka wynikające z waloryzacji powinny w wyższym stopniu obciążać Zamawiającego, a nie Wykonawcę.
29. Tym samym, w ocenie Odwołującego zasadnym, proporcjonalnym i realizującym cele art. 439 Pzp i art. 16 Pzp jest przyjęcie w Umowie podziału ryzyk wynikających z waloryzacji na poziomie 50/50 (ich podział po połowie pomiędzy Strony). Taki podział odpowiada zasadzie równowagi Stron oraz sprawiedliwego rozłożenia skutków zmienności warunków rynkowych. Model taki uwzględnia nadto, że zarówno Zamawiający, jak i Wykonawca nie mają realnego wpływu na rynkowe wahania cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, a jednocześnie obie Strony odnoszą korzyści z realizacji zamówienia. Podział ryzyka po połowie ogranicza tym samym nieuzasadnione i nadmierne obciążenie jednej ze Stron, zwiększa stabilność realizacji Umowy oraz zmniejsza ryzyko sporów i niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. W konsekwencji sprzyja to efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych, realizacji zasady proporcjonalności oraz zachowaniu uczciwej konkurencji na rynku zamówień publicznych.
30. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o odpowiednią zmianę treści § 19 ust. 5 pkt 3 Umowy, zgodnie z wnioskami zawartymi w niniejszym odwołaniu.

[dodatkowy wymóg wykazania związku pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej]

31. Jak wskazano już wyżej, w postanowieniach § 19 Umowy, w szczególności ust. 1, ust. 5 i ust. 14, Zamawiający obok skonstruowanej klauzuli waloryzacyjnej nałożył na Wykonawcę także dodatkowy wymóg wykazania związku pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia a wpływem zmiany ceny materiałów lub kosztów

związanych z realizacją zamówienia na kalkulację ceny ofertowej. Niniejsze oznacza zatem, że nawet w przypadku ziszczenia się wszystkich kryteriów „obiektywnych” waloryzacji (odpowiedniej zmiany wskaźnika GUS), a zatem obiektywnego stwierdzenia, że istotnie na rynku zaszły takie zmiany ekonomiczne, które oddziałują na niniejsze zamówienie, aby uzyskać stosowną zmianę wynagrodzenia Wykonawca zobligowany będzie jeszcze dodatkowo do przeprowadzenia przed Zamawiającym swoistego „postępowania dowodowego”, obrazującego np. koszty zakładane na etapie kalkulacji ceny ofertowej i koszty ponoszone faktycznie w toku realizacji Umowy. Dowody takie będą następnie podlegać ocenie własnej Zamawiającego, który na podstawie sobie tylko znanych kryteriów (bowiem takich nie podał) uzna bądź nie, że w danym przypadku Wykonawca taki związek udowodnił, że przedstawione przez Wykonawcę dowody są wystarczające, rzetelne, bądź też nieodpowiednie, niepełne lub nieprzekonujące Zamawiającego etc.

32. Powyższe powoduje, że w szczególności wypaczona zostaje idea waloryzacji umownej wynikająca z art. 439 Pzp. Nieproporcjonalne oraz sprzeczne z funkcją waloryzacji przewidzianą w art. 439 Pzp jest bowiem wprowadzanie dodatkowego wymogu, aby Wykonawca dodatkowo jeszcze wykazywał faktyczne zmiany kosztów ponoszonych w związku z realizacją zamówienia, w sytuacji gdy zostały spełnione przesłanki waloryzacji wprost określone w Umowie, tj. zmiana obiektywnego wskaźnika GUS o ustalony w klauzuli waloryzacyjnej poziom. Istotą mechanizmu waloryzacyjnego wynikającego z art. 439 Pzp jest bowiem automatyczne i obiektywne dostosowanie wynagrodzenia do zmieniających się realiów rynkowych, przy wykorzystaniu mierzalnych, powszechnie dostępnych i niezależnych od stron wskaźników ekonomicznych, a nie przerzucanie na Wykonawcę nadmiernego ciężaru dowodowego właściwego raczej dla roszczeń odszkodowawczych bądź całkowicie odmiennego rodzaju waloryzacji, jakim jest waloryzacja nadzwyczajna (tj. oparta o klauzule *rebus sic stantibus* z Kodeksu cywilnego - art. 357(1) k.c. czy art. 632 § 2 k.c.). Skoro bowiem w klauzuli waloryzacyjnej przyjęty zostaje określony wskaźnik GUS jako miernik zmiany warunków realizacji zamówienia oraz określony zostaje próg zmiany tego wskaźnika uruchamiający waloryzację, to wskaźnik ten pełni funkcję zastępczą wobec szczegółowego wykazywania struktury kosztów Wykonawcy każdorazowo na potrzeby każdej waloryzacji wynagrodzenia. Żądanie dodatkowego udowadniania wzrostu kosztów prowadzi zatem w praktyce do podważenia sensu i skuteczności klauzuli waloryzacyjnej, czyni ją iluzoryczną oraz narusza zasadę proporcjonalności, gdyż nakłada na Wykonawcę obowiązki nieadekwatne do celu regulacji. Co więcej, takie rozwiązanie zaburza równowagę kontraktową Stron i jest sprzeczne z ochronną funkcją art. 439 Pzp, który ma przeciwdziałać przerzucaniu całego ryzyka zmian cen na Wykonawcę oraz zapewniać stabilność realizacji zamówień publicznych. W konsekwencji należy uznać, że po ziszczeniu się obiektywnie weryfikowalnych przesłanek waloryzacji określonych w umowie, w tym zmiany właściwego wskaźnika GUS, dodatkowe wymaganie wykazywania faktycznych zmian kosztów jest nie tylko zbędne, lecz także niezgodne z celem i charakterem waloryzacji przewidzianej w art. 439 Pzp.
33. Powyższe stanowisko Odwołującego potwierdziło także KIO np. w wyroku z dnia 28.11.2023 r., KIO 3389/23, w którym wskazano: „Izba zgadza się

z odwołującym, że taka konstrukcja klauzul waloryzacyjnych stanowi niczym nieuzasadnioną barierę w waloryzacji wynagrodzenia, gdyż uzależnia dokonanie waloryzacji od swobodnego uznania zamawiającego, narusza równowagę stron Umowy oraz stanowi nadużycie prawa podmiotowego zamawiającego do kształtowania jej postanowień w sposób, który nie może zostać uznany za realizujący cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 ustawy Pzp. Waloryzacja umowna stanowi bowiem skuteczny mechanizm tylko wtedy, gdy umowa zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Konieczne jest przy tym precyzyjne określenie m. in. poziomu zmiany cen lub kosztów uprawniającego strony do żądania zmiany wynagrodzenia oraz przede wszystkim sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia. I tu mamy szerokie spektrum możliwości wprowadzenia efektywnej formuły np. metody wskaźnikowej (odwołanie do możliwych różnych wskaźników GUS-u), metody koszykowej (w oparciu o kilka wskaźników dla wybranych, najbardziej cenotwórczych elementów kosztów), metody porównawczej. Formuła ta musi być dobrze przemyślana, precyzyjna i sprawdzona przede wszystkim od strony kosztorysowej, żeby potem była wykonalna i rzeczywiście przyniosła spodziewany efekt dla wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała, że postulowana przez odwołującego zmiana zapisów Umowy dotycząca usunięcia z treści § 19 zastrzeżenia do żądania przez zamawiającego dowodów, potwierdzających zasadność złożenia wniosku o waloryzację, w tym dowodów potwierdzających, że koszty wykonawcy związane z jej realizacją będą wyższe co najmniej o tyle, ile wynosi wskaźnik - jest w pełni uzasadniona.”

34. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o odpowiednią zmianę treści § 19 Umowy, zgodnie z wnioskami zawartymi w niniejszym odwołaniu.

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. terminu składania ofert - zarzut ad. 6.2 odwołania]

35. Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym Postępowaniu zostało przekazane przez Zamawiającego, dnia 23.12.2025 r., przy czym zostało ono opublikowane w dniu 29.12.2025 r. na stronie internetowej Postępowania. Również tego dnia Zamawiający udostępnił na stronie internetowej SWZ wraz z załącznikami. W pkt. 5.1.12 ogłoszenia oraz w pkt. 16.4 i 17.1 SWZ Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 23.01.2026 r., przewidując 30-dniowy termin składania ofert, przy całkowitym pominięciu charakteru zamówienia i poziomu skomplikowania przygotowania ofert, jak również przy pominięciu okoliczności związanych z okresem wszczęcia Postępowania, które niewątpliwie Zamawiający również winien wziąć pod uwagę przy wyznaczaniu terminu składania ofert.
36. Zamawiający wyznaczając termin składania ofert na poziomie absolutnego formalnego minimum, nie uwzględnił natomiast rzeczywistego charakteru zamówienia, stopnia skomplikowania przygotowania oferty ani obiektywnych okoliczności towarzyszących wszczęciu Postępowania. Termin składania ofert powinien być wyznaczony w sposób zapewniający wykonawcom wystarczający czas na przygotowanie i złożenie ofert,

przy czym Zamawiający, nawet stosując minimalne terminy przewidziane w ustawie, zobowiązany jest każdorazowo ocenić, czy w konkretnych realiach Postępowania terminy te są adekwatne. W niniejszej sprawie Zamawiający poprzestał natomiast wyłącznie na pozornie formalnym spełnieniu minimalnych wymogów ustawowych, całkowicie pomijając obowiązek ich dostosowania do realiów danego zamówienia.

37. Zamawiający zobowiązany jest do wyznaczenia terminu składania ofert uwzględniając czas niezbędny do przygotowania i złożenia ofert, a także poziomu skomplikowania i złożoności przedmiotu zamówienia i okoliczności danej sprawy. Tylko bowiem tak wyznaczony termin składania ofert umożliwia wykonawcom przygotowanie ich rzetelnie zarówno w warstwie merytorycznej, jak i co do rzetelnej i pełnej wyceny przedmiotu zamówienia. Dodatkowo wyznaczenie wystarczająco długiego terminu składania ofert jest również korzystne dla Zamawiającego, bowiem minimalizuje ryzyko błędów w ofertach składanych przez wykonawców. Na konieczność wzięcia pod uwagę przy wyznaczaniu terminu składania ofert, okoliczności związanych ze złożonością danego zamówienia zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 14.07.2023 r., KIO 1844/23 wskazując, że: *„Określając termin składania ofert (w tym również termin skrócony) zamawiający powinien mieć na względzie to, by potencjalni wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia mogli w tym czasie przygotować i złożyć ważną ofertę. Zamawiający powinien więc kierować się warunkami konkretnego postępowania, w szczególności opisem przedmiotu zamówienia, jego złożonością i skalą, przy uwzględnieniu interesów, których ochrona ma zostać zapewniona przez skrócenie terminu”*.
38. Przedmiot zamówienia charakteryzuje się bowiem istotnym stopniem złożoności, wymagającym od wykonawców przeprowadzenia szczegółowych analiz technicznych, organizacyjnych i finansowych, w tym skalkulowania ryzyk kontraktowych, przygotowania dokumentów podmiotowych oraz potencjalnie ewentualnego zaangażowania i skoordynowania podmiotów trzecich lub partnerów konsorcjalnych. Już same kryteria oceny ofert oraz warunki udziału w Postępowaniu zostały sformułowane w taki sposób, który wymaga od wykonawców zgromadzenia licznej i specjalistycznej kadry oraz weryfikacji realizowanych przez tę kadrę inwestycji, co powoduje znaczne wydłużenie czasu potrzebnego dla należytego sporządzenia oferty. Co więcej, zamówienie realizowane ma być w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a zatem w ramach przygotowania się do udziału w Postępowaniu wykonawcy muszą poczynić już choćby pewne wstępne założenia projektowe, bowiem od tych założeń uzależniona jest kalkulacja ceny ofertowej. Przygotowanie rzetelnej i konkurencyjnej oferty w takich warunkach wymaga tym samym realnego, a nie jedynie formalnie minimalnego czasu. Tymczasem Zamawiający wyznaczył termin składania ofert bez jakiegokolwiek uwzględnienia tych okoliczności, co w praktyce ogranicza możliwość należytego przygotowania ofert przez wykonawców działających w sposób staranny i zgodny z zasadami profesjonalizmu.
39. Dodatkowo Zamawiający przy wyznaczaniu terminu składania ofert pominął fakt, że wszczęcie Postępowania oraz zasadnicza początkowa część biegu terminu składania ofert przypadły na okres Świąt Bożego Narodzenia, Nowego Roku i Świąta Trzech Króli, obejmujący liczne dni ustawowo wolne od pracy i stanowiący notoryjnie okres

ograniczonej dostępności personelu, podwykonawców, instytucji finansowych i doradców, których udział jest niezbędny na etapie przygotowywania oferty. Okoliczność ta ma charakter obiektywny i niezależny od wykonawców, a jej nieuwzględnienie prowadzi do faktycznego skrócenia realnego czasu, jakim wykonawcy dysponują na przygotowanie ofert, poniżej poziomu umożliwiającego zachowanie uczciwej konkurencji. Zauważyć należy, że minimalne terminy na składanie ofert wynikające z art. 138 Pzp mogą być adekwatne dla okresów „zwykłych”, gdzie nie występują liczne dni ustawowo wolne od pracy, a „typowe” wymiary dni roboczych i dni wolnych. Z całą pewnością nie jest zatem proporcjonalnym zastosowanie takiego minimalnego terminu w okresie „nietypowym”, jak opisany powyżej.

40. W konsekwencji tak krótkie i sztywne wyznaczenie terminu składania ofert narusza zasadę przejrzystości, gdyż nie pozwala wykonawcom w równym stopniu zapoznać się z dokumentacją Postępowania i przygotować ofert w porównywalnych warunkach, jak również narusza zasadę uczciwej konkurencji, faworyzując podmioty, które z uwagi na wcześniejsze zaangażowanie lub dostęp do zasobów są w stanie złożyć ofertę w przyspieszonym trybie. Jednocześnie Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności, gdyż zastosowany termin nie pozostaje w racjonalnej relacji do rzeczywistych uzasadnionych potrzeb i przedmiotu Postępowania i nie jest niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest sprawne udzielenie zamówienia.
41. Powyższe okoliczności uzasadniają konieczność wydłużenia terminu składania ofert w sposób zapewniający wykonawcom realną możliwość przygotowania konkurencyjnych ofert oraz przywracający zgodność Postępowania z zasadami prawa zamówień publicznych, tj. co najmniej do dnia 20.02.2026 r.

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej - zarzut ad. 6.3 odwołania]

42. W pkt. 8.1.3 SWZ Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu dotyczące m.in. sytuacji ekonomicznej lub finansowej - „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: a) posiada zdolność kredytową lub środki finansowe niezbędne do realizacji zamówienia.
Wymagane minimum: 20.000.000,00 zł.”
43. Ww. warunek udziału uznać należy jednak za nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, w tym przyjętych przez Zamawiającego zasad dotyczących płatności wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, i nieproporcjonalny. Warunek ten nie pozwala przy tym Zamawiającemu na wyłonienie w Postępowaniu Wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Określenie ww. warunku jest zatem niezgodne z funkcją warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
44. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdy Zamawiający zdecydował się na ich stosowanie, powinny bowiem służyć

weryfikacji, czy wykonawcy posiadają realną zdolność do należytego wykonania zamówienia, a ich poziom musi pozostawać w racjonalnej i proporcjonalnej relacji do skali, charakteru oraz ryzyk związanych z realizacją zamówienia - niniejszy wymóg odnosi się przy tym nie tylko do sytuacji określenia warunków udziału na poziomie zbyt wysokim, ale także zbyt niskim, niesprawdzającym realnych zdolności wykonawcy istotnych z perspektywy konkretnego przedmiotu zamówienia.

45. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający przyjął bowiem w § 12 ust. 2 i 3 Umowy, iż rozliczenie za wykonanie zamówienia (płatność należnego Wykonawcy wynagrodzenia) odbywać się będzie w następujący sposób i w następującej częstotliwości:
- „2. Rozliczenie częściowe w oparciu o protokoły odbiorów częściowych Przedmiotu zamówienia nastąpi na podstawie faktur VAT częściowych wystawionych:*
- 1) w 2026 r. jedna faktura do 10 listopada 2026 r. w oparciu o protokół odbioru częściowego Przedmiotu zamówienia obejmującego wykonanie co najmniej: boiska do piłki nożnej oraz minimum 50% zakresu rzeczowego budynku sanitarno-szatniowego i cały budynek techniczny,*
- 2) w 2027 r. 2 faktury odpowiednio do 10 maja 2027 r. i 10 listopada 2027 r. w oparciu o protokoły odbiorów częściowych Przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem, że faktury wystawione w 2027 r. obejmą łącznie minimalny zakres rzeczowy: korty tenisowe, boiska do piłki plażowej oraz pozostały zakres budynku sanitarno-szatniowego i budynki techniczne,*
- 3) w 2028 r. 2 faktury odpowiednio do 10 maja 2028 r. i 10 listopada 2028 r. w oparciu o protokół odbioru częściowego Przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem, że druga faktura częściowa w tym roku r. będzie wystawiona wyłącznie w przypadku gdy termin wykonania Zadania przypadać będzie po 10 listopada 2028 r.”*
46. Powyższe zasady rozliczeń i płatności wynagrodzenia implikują zatem bezspornie konieczność zaangażowania przez Wykonawcę przez znaczny okres istotnych środków własnych lub finansowania zewnętrznego na etapie realizacji zamówienia, w szczególności w zakresie prefinansowania robót, dostaw lub usług do czasu otrzymania należnych płatności.
47. Pomimo tego, Zamawiający ustalił wymagany poziom zdolności kredytowej lub środków finansowych na poziomie, który nie zabezpiecza ryzyka płynnościowego związanego z realizacją zamówienia i w praktyce nie pozwala na rzetelną ocenę, czy Wykonawca wyłoniony wskutek Postępowania będzie w stanie udźwignąć ciężar finansowy realizacji kontraktu. Biorąc bowiem pod uwagę opisane powyżej aktualne założenia dotyczące rozliczeń wynagrodzenia, w roku 2026 rozliczenie obejmowałoby kwotę na poziomie ok. 45 mln zł, w rok 2027 - na poziomie ok. 70 mln zł, zaś w roku 2027 - ok. 50 mln zł. Tym samym, wymóg legitymowania się przez Wykonawcę w ramach warunku udziału w Postępowaniu sytuacją ekonomiczną lub finansową na poziomie 20 mln zł nie gwarantuje zabezpieczenia finansowania inwestycji.
48. Tak skonstruowany warunek nie realizuje tym samym swojej funkcji ochronnej, gdyż dopuszcza do udziału w Postępowaniu podmioty, które nie dają Zamawiającemu

rękojmi należytego wykonania zamówienia z uwagi na niewystarczające zaplecze finansowe. W konsekwencji Zamawiający naraża się na ryzyko wyboru Wykonawcy niezdolnego do terminowej i prawidłowej realizacji zamówienia, co pozostaje w sprzeczności z art. 115 ust. 1 Pzp oraz zasadą efektywności i racjonalności wydatkowania środków publicznych.

49. Jednocześnie należy podkreślić, że określenie warunku udziału na zbyt niskim poziomie nie może być uznane za działanie sprzyjające konkurencji, gdyż narusza zasadę proporcjonalności i równego traktowania wykonawców - w szczególności tych podmiotów, które dysponują realnym potencjałem finansowym adekwatnym do przedmiotu zamówienia.
50. Prawidłowe ukształtowanie warunku udziału w Postępowaniu powinno zatem prowadzić do jego podwyższenia do poziomu odpowiadającego faktycznym potrzebom finansowym realizacji zamówienia, tak aby Zamawiający mógł wyłonić Wykonawcę rzeczywiście zdolnego do jego należytego wykonania, zgodnie z funkcją warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w przepisach Pzp.
51. Odwołujący zaznacza, że kwestia adekwatności i prawidłowości określenia zasad rozliczeń częściowych za wykonanie przedmiotu zamówienia stanowi nadto przedmiot zarzutu ad. 6.4 niniejszego odwołania. Zarzut ten jest powiązany z zarzutem ad. 6.3. Celem zatem doprowadzenia treści SWZ do zgodności z przepisami Pzp i k.c., Zamawiający winien dokonać odpowiedniej zmiany co najmniej w zakresie ww. warunku udziału w Postępowaniu bądź w zakresie treści § 12 ust. 2 Umowy (oraz powiązanej z tym postanowieniem treści § 6 ust. 2 Umowy), zgodnie z wnioskami zawartymi w niniejszym odwołaniu.

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. zasad i częstotliwości płatności częściowych - zarzut ad. 6.4 odwołania]

52. Jak wskazano powyżej, w § 12 ust. 2 Umowy Zamawiający określił następujące zasady i częstotliwość płatności częściowych za wykonanie zamówienia:
„Rozliczenie częściowe w oparciu o protokoły odbiorów częściowych Przedmiotu zamówienia nastąpi na podstawie faktur VAT częściowych wystawionych:
 - 1) w 2026 r. jedna faktura do 10 listopada 2026 r. w oparciu o protokół odbioru częściowego Przedmiotu zamówienia obejmującego wykonanie co najmniej: boiska do piłki nożnej oraz minimum 50% zakresu rzeczowego budynku sanitarno-szatniowego i cały budynek techniczny,**
 - 2) w 2027 r. 2 faktury odpowiednio do 10 maja 2027 r. i 10 listopada 2027 r. w oparciu o protokoły odbiorów częściowych Przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem, że faktury wystawione w 2027 r. obejmą łącznie minimalny zakres rzeczowy: korty tenisowe, boiska do piłki plażowej oraz pozostały zakres budynku sanitarno-szatniowego i budynki techniczne,**
 - 3) w 2028 r. 2 faktury odpowiednio do 10 maja 2028 r. i 10 listopada 2028 r. w oparciu o protokół odbioru częściowego Przedmiotu zamówienia z zastrzeżeniem,**

że druga faktura częściowa w tym roku r. będzie wystawiona wyłącznie w przypadku gdy termin wykonania Zadania przypadać będzie po 10 listopada 2028 r.”.

Nadto, w § 6 ust. 2 Umowy Zamawiający wskazał, iż „*Komisyjny odbiór częściowy i Odbiór końcowy, zorganizowany będzie przez Zamawiającego w terminie do 21 dni od daty zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru częściowego lub końcowego wpisem do dziennika budowy i jednoczesnym powiadomieniem Zamawiającego lub jego umocowanego przedstawiciela oraz potwierdzeniem wykonania robót do odbioru częściowego lub końcowego przez Inżyniera kontraktu stosowym wpisem do dziennika. Odbiory częściowe związane będą z kolejno zamykanymi technologicznie i funkcjonalnie etapami Robot faktycznie wykonanych zgodnie z wymaganymi w Opisie przedmiotu zamówienia efektami rzeczowo-finansowymi w kolejnych latach realizacji Zadania oraz Harmonogramem, pod nadzorem Inżyniera kontraktu oraz w porozumieniu z Zamawiającym.*”

53. Przyjęty przez Zamawiającego model płatności przewiduje tym samym rozwiązanie, które w sposób nieproporcjonalny i nieuzasadniony ekonomicznie przerzucają na Wykonawcę zasadniczą część ryzyk związanych z finansowaniem realizacji przedmiotu zamówienia, w tym konieczność długotrwałego prefinansowania robót, dostaw lub usług ze środków własnych lub zewnętrznego finansowania, bez zapewnienia adekwatnych i cyklicznych mechanizmów rozliczeniowych. Tak ukształtowane postanowienia umowne prowadzą do zachwiania równowagi kontraktowej Stron, w której Zamawiający jako strona silniejsza, wykorzystuje swoją pozycję do narzucenia Wykonawcy nadmiernych obowiązków finansowych, pozostających w oczywistej dysproporcji do ryzyk, jakie sam Zamawiający ponosi w związku z realizacją zamówienia.
54. Opisany model rozliczeń pozostaje w bezpośrednim związku z zarzutem dotyczącym zaniżonego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, gdyż z jednej strony Zamawiający wymaga od Wykonawcy faktycznej zdolności do finansowania realizacji zamówienia przez znaczną część okresu jego wykonywania, a z drugiej - nie odzwierciedla tego ryzyka ani w adekwatnych warunkach udziału w Postępowaniu, ani w zrównoważonych postanowieniach umownych. Prowadzi to do wewnętrznej niespójności dokumentacji Postępowania, która w praktyce ogranicza krąg wykonawców zdolnych do złożenia konkurencyjnej oferty. Skutkiem tego jest naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.
55. Jednocześnie należy podkreślić, że przerzucenie na Wykonawcę nadmiernych ryzyk finansowych nie pozostaje bez wpływu na treść ofert składanych w Postępowaniu. Wykonawcy, zmuszeni do uwzględnienia kosztów długotrwałego finansowania realizacji zamówienia, w sposób naturalny kalkulują te ryzyka w cenie ofertowej, co prowadzi do wzrostu wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa wbrew zasadzie efektywności i gospodarności wydatkowania środków publicznych, gdyż przyjęte rozwiązania umowne prowadzą do zwiększenia kosztów realizacji zamówienia oraz ograniczenia realnej konkurencji cenowej. Powyższe okoliczności uzasadniają wniosek, że zasady rozliczeń określone w Umowie

wymagają modyfikacji w kierunku zapewnienia większej równowagi Stron stosunku zobowiązaniowego, a uwzględnienie niniejszego zarzutu poprzez wprowadzenie regularnych, nie rzadszych niż kwartalnych, rozliczeń wynagrodzenia Wykonawcy za bieżąco wykonany zakres zamówienia, doprowadzi do usunięcia naruszeń Pzp i przywrócenia zgodności dokumentacji Postępowania z zasadami Prawa zamówień publicznych.

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. warunku udziału oraz pozacenowego kryterium oceny ofert dot. doświadczenia Kierownika Budowy - zarzuty ad. 6.5 i 6.6. odwołania]

56. W pkt. 8.1.4 lit. b) tiret pierwsze SWZ Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaze, że: (...) b) dysponuje osobami, które skieruje do realizacji zamówienia umożliwiającymi realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości,

Wymagane minimum: osoby z uprawnieniami budowlanymi wynikającymi z postanowień ustawy dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2025 r., poz. 418, ze zm.) do kierowania robotami budowlanymi w specjalności właściwej do wykonania przedmiotu zamówienia, tj.

- na stanowisko Kierownika Budowy osoba z uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub równoważnej, która w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres posiadania uprawnień budowlanych jest krótszy w tym okresie, kierowała minimum 1 robotą budowlaną (kierownik budowy lub kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej) w zakresie budowy obiektu użyteczności publicznej obejmującego swym zakresem basen lub kompleks basenowy o łącznej powierzchni lustra wody minimum 700 m²;”.

57. Ponadto, doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy Zamawiający uczynił również pozacenowym kryterium oceny w Postępowaniu. Zgodnie z pkt. 19.1 SWZ Zamawiający ustanowił „Kryterium 4 - „Doświadczenie Kierownika Budowy”, w którym punkty zostaną przyznane w następujący sposób:

„Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 1 obiektu - otrzyma 0 pkt.

Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 2 obiektów - otrzyma 4 pkt.

Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 3 obiektów - otrzyma 6 pkt.

Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 4 obiektów - otrzyma 8 pkt.

Wykonawca, który zaoferuje Kierownika Budowy, który posiada doświadczenie w kierowaniu budową 5 i więcej obiektów - otrzyma 10 pkt.

Uwaga:

Punktowane będzie wyłącznie kierowanie robotami budowlanymi (pełnienie funkcji kierownika budowy lub kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej) w zakresie budowy obiektu użyteczności publicznej obejmującego swym zakresem basen lub kompleks basenowy o łącznej powierzchni lustra wody minimum 700 m², w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres posiadania uprawnień budowlanych jest krótszy w tym okresie.

Wykonawca załączy do oferty wykaz doświadczenia oferowanego Kierownika Budowy, którego skieruje do realizacji zamówienia."

58. Uzasadniając wspólnie powyższe zarzuty należy wskazać, że Zamawiający w sposób nieuprawniony i nieproporcjonalny ukształtował zarówno ww. warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący osoby Kierownika Budowy, jak i odpowiadające mu ww. pozacenowe kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy”, naruszając tym samym powołane powyżej przepisy prawa, jak też podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia wyrażone w art. 16 pkt 1 i 3 Pzp. Jako że oba ww. elementy dokumentacji Postępowania (warunek udziału i kryterium) są ze sobą powiązane, gdyż dotyczą tego samego zasobu osobowego i w analogiczny sposób posługują się tym samym, wadliwie określonym miernikiem doświadczenia, Odwołujący łącznie uzasadnia obydwa zarzuty ad. 6.5 i 6.6 odwołania.
59. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że ograniczenie doświadczenia wymaganego oraz punktowanego w Postępowaniu wyłącznie do okresu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert ma charakter arbitralny i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia ani w specyfice robót budowlanych objętych Postępowaniem. Doświadczenie Kierownika Budowy, w szczególności w zakresie realizacji obiektów użyteczności publicznej z wykorzystaniem technologii basenowej, ma charakter trwały i nie dezaktualizuje się wyłącznie z upływem czasu, zwłaszcza gdy osoba ta stale wykonuje zawód i posiada wymagane uprawnienia budowlane, a Zamawiający nie określił - ani w warunku, ani w kryterium - określonej szczególnej technologii, w jakiej miały być wykonane baseny/kompleksy basenowe, przy których budowie uczestniczył omawiany członek personelu kluczowego. Takie samo pod względem sprawdzenia kompetencji danego członka personelu będzie zatem doświadczenie uzyskane przezeń zarówno 10 lat, jak i 15 lat przed terminem składania ofert w Postępowaniu. Przyjęcie zatem zaledwie 10-letniego okresu referencyjnego w istocie prowadzi do nieuzasadnionego wykluczenia z Postępowania (w przypadku warunku udziału) oraz do nieuzasadnionego dyskryminowania (w przypadku kryterium oceny) wykonawców dysponujących równie wysoko wykwalifikowaną kadrą, której kluczowe i najbardziej wartościowe doświadczenie zostało zdobyte wcześniej, mimo że pozostaje ono w pełni relewantne z punktu widzenia należytej realizacji zamówienia i osoba o takim doświadczeniu posiada oczekiwane przez Zamawiającego umiejętności i doświadczenie pozwalające na należyłą realizację zamówienia wedle standardów technicznych i zgodnie ze sztuką budowlaną.

60. Jak wskazano powyżej, opisana wada konstrukcyjna warunku udziału została spotęgowana przez analogiczne ukształtowanie pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy”, które zamiast różnicować oferty w sposób rzeczywiście jakościowy, powieliła te same, nieproporcjonalne założenia co warunek udziału w Postępowaniu.
61. Ponadto, w omawianym kryterium Zamawiający przyjął, że miarą „lepszego” (tj. wyżej punktowanego) doświadczenia Kierownika Budowy będzie liczba obiektów, których budową dana osoba kierowała w referencyjnym okresie, zaś maksymalna liczba punktów zostanie przyznana w przypadku, gdy wskazana osoba kierowała budową 5 i więcej obiektów, o których mowa w opisie kryterium. Takie ukształtowanie skali punktowej nie realizuje jednak funkcji, jaką powinny spełniać pozacenowe kryteria oceny ofert, tj. rzeczywistego różnicowania ofert w oparciu o cechy mające istotne znaczenie dla należytego wykonania zamówienia. Taki sposób punktowania prowadzi bowiem do preferowania doświadczenia rozdrobnionego, polegającego na realizacji większej liczby mniejszych obiektów, kosztem doświadczenia zdobytego przy realizacji złożonych, wielkopowierzchniowych kompleksów basenowych, które z perspektywy przedmiotu zamówienia mają istotnie większą wartość merytoryczną (zwłaszcza, że Zamawiający nie określił minimalnego czasu pełnienia funkcji na punktowanym stanowisku).
62. Zauważyć należy, że z reguły budowa obiektu użyteczności publicznej o podobnej jak oczekiwana przez Zamawiającego powierzchni lustra wody trwa +/- 24 miesiące, zaś w przypadku zadań bardziej złożonych (a zatem bardziej skomplikowanych technicznie, które pozwalają zaangażowanej przy nich kadrze zmierzyć się z bardziej złożonymi zagadnieniami i uzyskać lepsze kompetencje w zarządzaniu i nadzorowaniu realizacji) mogą one trwać powyżej 36 msc. Dla przykładu wskazać można na następujące realizacje kompleksów basenowych na terenie Polski:
- Fabryka Wody w Szczecinie - czas realizacji inwestycji: 10.2019 - 04.2024 (ok. 55 msc.);
 - Termy Maltańskie Poznań - czas realizacji inwestycji: 05.2009 - 09.2011 (ok. 29 msc.);
 - Rewitalizacja kompleksu Astoria na cele sportowo-rekreacyjne wraz z budową 50-metrowego basenu krytego położonej w Bydgoszczy przy ul. Królowej Jadwigi 23 - czas realizacji inwestycji: 07.2018 - 10.2020 (ok. 28 msc.).
63. Tym samym, przy aktualnym sposobie ukształtowania kryterium, najwyżej punktowane byłyby osoby, które brały udział przy inwestycjach stosunkowo niedużych. Z kolei doświadczenie osób, które brały udział przy największych w kraju i najbardziej złożonych inwestycjach tego typu, byłoby punktowane niżej, bowiem „nie zmieszczają” one w wymaganym przez Zamawiającego okresie takiej samej liczby obiektów, co osoby z doświadczeniem przy obiektach mniejszych. **Przykładowo: osoba, która brała udział przy realizacji 5 różnych małych obiektów, uzyska więcej punktów niż osoba, która brała udział przy realizacji 4 obiektów, z których każdy stanowił bardzo duży kompleks basenowy o np. wyższym poziomie skomplikowania czy nowoczesności czy większej powierzchni lustra wody.** Niniejsze obrazuje dobitnie,

że aktualnie skonstruowane przez Zamawiającego kryterium oceny w istocie nie spełnia założonego przez Zamawiającego celu (nie gwarantuje Zamawiającemu uzyskania szczególnych kompetencji Kierownika Budowy) i jest ono nieproporcjonalne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, a tym samym narusza ono powołane przez Odwołującego przepisy prawa.

64. Odwołujący zauważa przy tym, że dotychczasowe określenie założeń punktacji (w tym co do uzyskania maksymalnej liczby punktów) jest natomiast zasadne i realne dla osoby wskazywanej na stanowisko Głównego Projektanta (Kryterium 3) w czasookresie zdefiniowanym w SWZ. W związku z tym faktem Odwołujący objął niniejszym odwołaniem wyłącznie założenia oceny i przyznania punktacji w zakresie dotyczącym Kierownika Budowy i nie kwestionuje założeń dot. treści Kryterium 3. Istnieje bowiem istotna różnica pomiędzy specyfiką uzyskiwania doświadczenia (w tym okresu zaangażowania) przez Projektanta i Kierownika przy realizacji poszczególnych inwestycji. Osoby te wykonują bowiem całkowicie odmienne obowiązki, w innym czasie i w inny sposób. Powoduje to, że - jak wykazano w treści odwołania - uzyskanie unikalnych, punktowanych przez Zamawiającego kompetencji przez Kierownika Budowy wymaga znacznie dłuższego (w porównaniu np. z Projektantem) czasu w przypadku udziału w realizacji skomplikowanych, złożonych technologicznie inwestycji, jakimi się obiekty basenowe (a właśnie takie inwestycje są nośnikiem cennego z perspektywy celów przyświecających Zamawiającemu przy kształtowaniu kryterium). Również powyższe potwierdza, że aktualnie przyjęte przez Zamawiającego założenia dot. punktacji doświadczenia Kierownika Budowy w ramach Kryterium 4 są niewątpliwie nadmiarowe, nieproporcjonalne i nie uwzględniają specyfiki doświadczenia uzyskiwanego dla tego właśnie stanowiska.
65. Mając na uwadze powyższe, adekwatnym do charakteru zamówienia oraz związanego z nim wysokiego stopnia skomplikowania robót, w szczególności w zakresie technologii basenowej, instalacji specjalistycznych oraz koordynacji robót wielobranżowych, będzie przyjęcie, że maksymalna liczba punktów w kryterium winna być przyznana już w przypadku, w którym Kierownik Budowy posiada doświadczenie w kierowaniu budową 4 i więcej obiektów o cechach opisanych w treści ww. kryterium. Już taka bowiem liczba pozwala na uznanie, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy, jest specjalistą o najwyższym poziomie kompetencji zapewniającym najwyższy stopień profesjonalizmu przy realizacji zamówienia.
66. Konsekwencją opisanego powyżej proporcjonalnego i racjonalnego obniżenia progu maksymalnej punktacji z poziomu 5 do 4 obiektów powinno być również odpowiednie skorygowanie punktacji przewidzianej dla doświadczenia obejmującego 3 obiekty użyteczności publicznej, poprzez podwyższenie jej do poziomu 8 pkt, zamiast przewidzianych obecnie 6 pkt. Doświadczenie polegające na kierowaniu budową 3 obiektów użyteczności publicznej stanowi bowiem doświadczenie istotne, rzeczywiście powtarzalne i pozwalające na realną ocenę kompetencji Kierownika Budowy w zakresie organizacji robót, koordynacji branż oraz zarządzania procesem inwestycyjnym o podwyższonym stopniu skomplikowania technicznego.

67. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający, kształtując omawiane wymagania, naruszył zasadę proporcjonalności oraz zasadę uczciwej konkurencji, gdyż zastosowane kryteria w sposób nieuzasadniony zawężają krąg wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia oraz nie prowadzą do wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu Pzp. Jednocześnie kryterium pozacenowe w obecnym kształcie nie realizuje swojej funkcji, jaką jest rzeczywiste różnicowanie ofert pod względem jakościowym, lecz w sposób pozorny wzmacnia nadmierne i arbitralne wymogi formalne.
68. Powyższe uzasadnia konieczność modyfikacji zarówno ww. warunku udziału w Postępowaniu, jak i ww. kryterium oceny ofert w zakresie dotyczącym doświadczenia Kierownika Budowy, zgodnie z wnioskami sformułowanymi w odwołaniu.

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. uprawnienia Zamawiającego do niedokonania odbioru w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad lub braków przedmiotu zamówienia - zarzut ad. 6.7 odwołania]

69. Zgodnie z:
- a) § 6 ust. 5 pkt 1 Umowy: *„Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: 1) jeżeli wady nadają się do usunięcia, Zamawiający przerwie czynności odbiorowe i wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin na usunięcie wad”;*
 - b) § 14 ust. 3 Umowy: *„Wykonawca zobowiązuje się w dniu odbioru końcowego złożyć Zamawiającemu oświadczenie w formie pisemnej, że wykonany Przedmiot zamówienia jest wolny od wad.”.*

Zamawiający jednocześnie w żaden sposób nie rozróżnił sytuacji, w której stwierdzone przy odbiorze wady nadające się do usunięcia będą miały charakter istotny lub nieistotny, tj. czy umożliwiają lub uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego przeznaczeniem. Ww. postanowienia przewidują zatem, że Zamawiający odmówi dokonania odbioru wykonanego przez Wykonawcę zakresu przedmiotu zamówienia w razie wystąpienia jakichkolwiek wad nadających się do usunięcia, co prowadzi do wniosku, iż Zamawiający w istocie wymaga tzw. odbioru bezusterkowego. W konsekwencji powoduje to zatem także wstrzymanie płatności wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy, którego płatność uzależniona jest przecież zgodnie z § 12 Umowy od dokonania odbioru w danym zakresie.

70. Ww. postanowienia umowne należy tym samym uznać za rażąco sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego dotyczącymi umowy o dzieło oraz umowy o roboty budowlane, jak i prowadzące do naruszenia przez Zamawiającego zasady współdziałania Stron oraz zasad przejrzystości i proporcjonalności, oraz do przerzucenia na Wykonawcę w sposób nieuzasadniony nadmiernych ryzyk związanych z realizacją zamówienia objętego Postępowaniem.
71. Jak wynika bowiem w szczególności z:
- a) art. 627 k.c.: Przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, **a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia;**

- b) art. 642 k.c.: § 1. W braku odmiennej umowy **przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła.**
§ 2. Jeżeli dzieło ma być oddawane częściami, a wynagrodzenie zostało obliczone za każdą część z osobna, wynagrodzenie **należy się z chwilą spełnienia każdego ze świadczeń częściowych.**
 - c) art. 643 k.c.: **Zamawiający obowiązany jest odebrać dzieło, które przyjmujący zamówienie wydaje mu zgodnie ze swym zobowiązaniem;**
 - d) art. 647 k.c.: Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, **oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.**
 - e) art. 654 k.c.: W braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy **przyjmować wykonane roboty częściowo**, w miarę ich ukończenia, **za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia.**
72. Na gruncie powyższych przepisów m.in. w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że **obowiązek zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia aktualizuje się w razie wydania dzieła przez przyjmującego zamówienie, mimo istnienia wad nieistotnych.** Przyjęcie bowiem odmiennego stanowiska naruszałoby równowagę między zamawiającym a wykonawcą, uzależniając odbiór, a tym samym płatność wynagrodzenia od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiając naliczanie kary umownej za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce - zwłaszcza przy skomplikowanych przedmiotach umowy - jest trudne do realizacji. **W konsekwencji przyjmuje się, że strony nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek dzieła** (tak np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 05.03.1997 r., II CKN 28/97; z dnia 26.02.1998 r., I CKN 520/97, z dnia 30.10.2002 r., V CKN 1287/00; z dnia 08.01.2004 r., I CK 24/03; z dnia 14.02.2007 r., II CNP 70/06; z dnia 22.06.2007 r., V CSK 99/07; z dnia 09.09.2011 r., I CSK 696/10; z dnia 18.01.2012 r., II CSK 213/11; z dnia 23.08.2012 r., II CSK 21/12; z dnia 07.03.2013 r., II CSK 476/12; z dnia 27.11.2013 r., V CSK 544/12).
73. Powyższe potwierdziła w swym orzecznictwie również Krajowa Izba Odwoławcza przyjmując, iż:
- a) wyrok KIO z dnia 04.05.2022 r. (KIO 1041/22): *„Zgodnie z przepisem art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*
Jak wskazuje się w doktrynie: "Z orzecznictwa SN (por. wyr. SN z 21 kwietnia 2017 r. (I CSK 333/16, Legalis; wyr. SN z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12, Legalis

oraz wyr. SN z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009, Nr 1, poz. 7) wynika, że umawianie się na tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, jest uznawane przez SN za sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że **postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 3531 k.c. w zw. z art. 647 k.c.).**" (K. Osajda (red. serii), W. Borysiak (red. tomu), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 29, Warszawa 2021). Mając na uwadze powyższe Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zmiany projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że **odbiór przedmiotu umowy nie może być uzależniony od jego całkowicie bezusterkowego wykonania.**";

- b) wyrok KIO z dnia 24.07.2023 r., KIO 1893/23, KIO 1915/23: „**skład orzekający uznał [...] za nieprawidłowe w zakresie określenia rozpoczęcia biegu terminu na zwrot wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy od protokolarnego potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym. Termin ten powinien rozpocząć bieg od podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego i przekazania przedmiotu umowy do użytkowania. Izba w całości zgadza się z trafną argumentacją odwołującego wyrażoną w odwołaniu. Omawiane postanowienie umowne jest w szczególności sprzeczne z art. 453 § 2 p.z.p. obligującym zamawiającego do pozostawienia należytego zabezpieczenia umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji w kwocie nie przekraczającej 30%. Na kanwie zaskarżonego postanowienia umownego może dojść do sytuacji, w której - pomimo odebrania obiektu i powstania uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji (§ 8 ust. 1 wzoru umowy) - wykonawca dalej musi utrzymywać zabezpieczenia należytego wykonania w pełnej kwocie, więc postawiony zarzut zasługuje na uwzględnienie.**”;
- c) wyrok KIO z dnia 21.06.2024 r., KIO 1840/24: „**Zgodnie z art. 647 KC do obowiązków inwestora (w tym przypadku zamawiającego) należy dokonanie odbioru obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. W przepisie tym nie ma natomiast mowy o „bezusterkowym odbiorze”. Stan wykonania robót ma miejsce również w takiej sytuacji, gdy wykonane roboty mają nieistotne wady, czy niedoróbki.**”.

74. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż brak jest podstaw dla wprowadzenia przez Zamawiającego w § 6 ust. 5 pkt 1 Umowy uprawnienia do przerwania przezeń odbioru w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia (bez względu na ich charakter, a zatem również w przypadku wad nieistotnych), jak również wprowadzenia przez Zamawiającego w § 14 ust. 3 Umowy wymogu złożenia

przez Wykonawcę w dniu odbioru końcowego oświadczenia o tym, że wykonany przedmiot zamówienia jest wolny od wad.

75. Celem zatem doprowadzenia treści SWZ do zgodności z przepisami Pzp i k.c., Zamawiający winien dokonać odpowiedniej zmiany w zakresie treści § 6 ust. 5 pkt 1 Umowy oraz wykreślenia § 14 ust. 3 Umowy zgodnie z wnioskami zawartymi w niniejszym odwołaniu.

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. przedłużania okresu odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu gwarancji i rękojmi - zarzut ad. 6.8 odwołania]

76. Zgodnie z § 14 ust. 9 Umowy: *„Termin udzielonej gwarancji i rękojmi ulega przedłużeniu o czas usunięcia wady, jeżeli powiadomienie o wystąpieniu wady lub usterki nastąpiło jeszcze w czasie trwania gwarancji i rękojmi”*.
77. Powyższe postanowienie wskazuje zatem, że termin gwarancji oraz rękojmi ulegać będzie każdorazowo przedłużeniu o czas usunięcia wady lub usterki, jeżeli samo zgłoszenie nastąpiło jeszcze w okresie ich obowiązywania, niezależnie od charakteru wady, jej istotności, zakresu prac naprawczych czy czasu ich trwania.
78. Tak ukształtowane postanowienie prowadzi w istocie do przyjęcia mechanizmu potencjalnie nieograniczonego w czasie przedłużania odpowiedzialności Wykonawcy, co pozostaje w sprzeczności z istotą zarówno rękojmi, jak i gwarancji. Zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego (art. 568 § 1 k.c.) rękojnia ma charakter ustawowo ograniczony w czasie, a ewentualne jej modyfikacje umowne powinny zachowywać funkcjonalny związek z celem tej instytucji, jakim jest ochrona zamawiającego przed wadami ujawnionymi w określonym, racjonalnym okresie po odbiorze robót. Analogicznie gwarancja jakości, jako dobrowolne zobowiązanie gwaranta, powinna być skonstruowana w sposób jasny, przewidywalny i umożliwiający określenie końcowego horyzontu odpowiedzialności (vide: art. 577 § 4 k.c.).
79. Tymczasem przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie, przy aktualnym brzmieniu § 14 ust. 9 Umowy i braku ewentualnego jego odmiennego doprecyzowania przez Zamawiającego, prowadzi do sytuacji, w której każda - nawet drobna lub incydentalna - wada zgłoszona w okresie gwarancji lub rękojmi, a następnie usuwana przez Wykonawcę przez określony czas, automatycznie wydłuży cały okres odpowiedzialności, niezależnie od tego, czy wada ta ma charakter istotny lub nieistotny oraz jakiego elementu dotyczy (np. czy dotyczy elementu kluczowego dla funkcjonowania obiektu). Zakwestionowane postanowienie umowne nie różnicuje skutków przedłużenia odpowiedzialności w zależności od rodzaju wad, ich wpływu na możliwość korzystania z obiektu ani zakresu wykonanych prac naprawczych, co dodatkowo potęguje jego nieproporcjonalny charakter. W praktyce prowadzi to do sytuacji, w której nawet krótkotrwałe, drobne czynności naprawcze skutkują przedłużeniem całego okresu gwarancji i rękojmi, a następnie umożliwiają kolejne zgłoszenia i dalsze wydłużanie odpowiedzialności, co de facto może prowadzić do jej bezterminowości

80. W konsekwencji Zamawiający przerzuca na Wykonawcę nadmierne i nieproporcjonalne ryzyko kontraktowe, polegające na braku możliwości racjonalnego oszacowania końcowego czasu trwania odpowiedzialności z tytułu gwarancji i rękojmi, a tym samym kosztów związanych z utrzymywaniem zaplecza serwisowego, zabezpieczeń finansowych oraz rezerw organizacyjnych. Taki stan rzeczy pozostaje w sprzeczności z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz zasadami współżycia społecznego, gdyż w sposób nieuzasadniony uprzywilejowuje Zamawiającego kosztem Wykonawcy, wykorzystując jego słabszą pozycję negocjacyjną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
81. Powyższe rozwiązanie narusza również zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności, gdyż istotnie wpływa na kalkulację ofertową wykonawców. Podmioty działające w sposób profesjonalny i ostrożny, zmuszone są uwzględniać w cenie oferty ryzyko długotrwałej lub nieograniczonej odpowiedzialności z tytułu gwarancji czy rękojmi, co prowadzi do wzrostu cen ofert lub zniechęca część wykonawców do udziału w Postępowaniu. W rezultacie Zamawiający działa wbrew zasadzie efektywności wydatkowania środków publicznych, ograniczając konkurencję i podnosząc koszt realizacji zamówienia.
82. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że postanowienia Umowy w zakresie przedłużania okresu gwarancji i rękojmi wymagają modyfikacji w kierunku zapewnienia ich zgodności z przepisami Kodeksu cywilnego, zasadą równowagi stron oraz zasadami prawa zamówień publicznych, w szczególności poprzez wprowadzenie racjonalnych i przewidywalnych ograniczeń dotyczących skutków usuwania wad, adekwatnych do ich charakteru i zakresu. W związku z powyższym wniosek Odwołującego o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 14 ust. 9 Umowy uznać należy za uzasadniony.

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. umownego prawa odstąpienia od Umowy - zarzut ad. 6.9 odwołania]

83. Zgodnie z § 17 ust. 5 Umowy: „Wykonawca może odstąpić od Umowy:
- 1) gdy Zamawiający bez podania uzasadnionej przyczyny odmawia odbioru Przedmiotu zamówienia lub podpisania protokołu odbioru,
 - 2) gdy Zamawiający w czasie jednego miesiąca od upływu terminu, określonego niniejszą Umową na zapłatę faktury, nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty, pomimo dodatkowego wezwania.”.
- Pomimo skonstruowania zatem ww. klauzuli umownego prawa do odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający nie określił terminu na skorzystanie z takiego uprawnienia przez Wykonawcę, co skutkuje tym, iż zgodnie z art. 395 § 1 k.c., opisana powyżej klauzula odstąpienia jest nieważna, a Wykonawca nie może z niej skutecznie skorzystać. Zgodnie bowiem z art. 395 § 1 k.c.: „Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.”. Skuteczne ustanowienie umownego prawa odstąpienia wymaga tym samym oznaczenia terminu, w którym uprawnienie to może zostać wykonane, przy czym brak takiego

terminu prowadzi do nieważności zastrzeżenia prawa odstąpienia. Tym samym, mimo formalnego przyznania Wykonawcy określonego uprawnienia, Zamawiający skonstruował je w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa cywilnego, co powoduje, że ma ono charakter wyłącznie pozorny i nie wywołuje skutków prawnych.

84. Powyższe naruszenie ma istotne znaczenie w realiach zamówień publicznych, gdyż postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny być formułowane w sposób jednoznaczny, przejrzysty i zgodny z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, a ich treść nie może prowadzić do naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp. Tymczasem Zamawiający, pozornie równoważąc swoje daleko idące uprawnienia kontraktowe poprzez przyznanie Wykonawcy prawa odstąpienia w razie określonych naruszeń, w rzeczywistości pozbawił to uprawnienie realnej treści, konstruując je w sposób nieskuteczny prawnie. Takie działanie narusza w szczególności zasadę przejrzystości, gdyż wprowadza wykonawców w błąd co do faktycznego zakresu ochrony ich interesów na etapie realizacji umowy.
85. Jednocześnie brak określenia terminu wykonania prawa odstąpienia prowadzi do naruszenia zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz zasady współdziałania stron. Wykonawca, nie mając pewności co do skuteczności przysługującego mu uprawnienia ani możliwości jego realizacji w określonym czasie, zostaje obciążony dodatkowymi i nieuzasadnionymi ryzykami kontraktowymi, w szczególności ryzykiem dalszej realizacji umowy mimo wystąpienia istotnych naruszeń po stronie Zamawiającego albo ryzykiem wynikającym z oparcia oświadczenia o odstąpieniu o nieskutecznie skonstruowaną przez Zamawiającego klauzulę. W praktyce oznacza to wzmocnienie pozycji Zamawiającego kosztem Wykonawcy, co pozostaje w sprzeczności z art. 353¹ k.c. oraz zasadami współżycia społecznego, o których mowa w art. 5 k.c.
86. Należy również podkreślić, że pozorność umownego prawa odstąpienia po stronie Wykonawcy wpływa na kalkulację ryzyk związanych z realizacją zamówienia oraz na decyzję o udziale w Postępowaniu. Profesjonalni wykonawcy, dostrzegając nieskuteczność tego mechanizmu ochronnego, zmuszeni są m.in. uwzględniać w cenie ofertowej zwiększone ryzyko kontraktowe, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności. W konsekwencji Zamawiający działa również wbrew zasadzie efektywności wydatkowania środków publicznych, gdyż ogranicza realną konkurencję i może doprowadzić do wzrostu kosztów realizacji zamówienia.
87. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że zaniechanie określenia terminu na złożenie przez Wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od Umowy powoduje nieważność zastrzeżonego umownego prawa odstąpienia i czyni je iluzorycznym, co uzasadnia konieczność modyfikacji ww. postanowienia Umowy w tym zakresie w celu przywrócenia jego zgodności z przepisami prawa cywilnego oraz zasadami prawa zamówień publicznych. Odwołujący formułując wnioskowaną treść zmienionego postanowienia umownego przyjął jednocześnie analogiczny termin, co ten wskazany w klauzuli umownego odstąpienia zastrzeżonego dla Zamawiającego (vide: § 17 ust. 4 Umowy).

[Uzasadnienie zarzutów w zakresie dot. kar umownych - zarzut ad. 6.10 odwołania]

88. W § 20 Umowy Zamawiający sformułował katalog kar umownych, jakie zobowiązany będzie zapłacić na jego rzecz Wykonawca w poszczególnych przypadkach. W szczególności Zamawiający określił:
- a) karę umowną za „za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu zamówienia powstałą z winy Wykonawcy w wysokości 0,1% Wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego, po upływie terminu końcowego lub terminów określonych w §10 ust. 1” (§ 20 ust. 1 pkt 1 Umowy);
 - b) karę umowną „za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze Dokumentacji lub odbiorze częściowym lub odbiorze końcowym lub w okresie udzielonej gwarancji jakości i rękojmi za wady w wysokości 0,1% Wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad” (§ 20 ust. 1 pkt 2 Umowy);
 - c) karę umowną „za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości 0,2% należnego im Wynagrodzenia brutto, za każdy dzień zwłoki licząc od dnia następnego, po upływie terminu zapłaty określonego w Umowie” (§ 20 ust. 1 pkt 5 Umowy);
 - d) karę umowną „za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 19 ust. 13 - w wysokości 10% wartości zmiany umowy Wykonawcy, za każdy ujawniony przypadek” (§ 20 ust. 1 pkt 15 Umowy).
89. Ww. postanowienia dot. kar umownych należy uznać za sformułowane przez Zamawiającego w sposób rażąco wygórowany, a przy tym sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Powyższe stawki kar umownych mają bowiem charakter rażący wygórowany, zaś podstawa ich naliczania jest nieadekwatna i stawki tych kar nie pozostają w racjonalnej relacji ani do wartości zamówienia, ani do potencjalnego zakresu szkody, jaką Zamawiający mógłby ponieść w związku z określonymi naruszeniami po stronie Wykonawcy.
90. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c. kara umowna powinna stanowić zryczałtowaną formę naprawienia szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, a jej wysokość powinna pozostawać w rozsądnej i proporcjonalnej relacji do wagi naruszenia oraz możliwych negatywnych konsekwencji po stronie wierzyciela. Tymczasem Zamawiający przyjął mechanizmy naliczania kar umownych oparte na abstrakcyjnych i oderwanych od rzeczywistego uszczerbku podstawach, w szczególności poprzez odniesienie ich do całości wynagrodzenia umownego (kary z § 20 ust. 1 pkt 1 i 2 Umowy) lub znacznych jego części, niezależnie od zakresu faktycznego naruszenia, etapu realizacji zamówienia czy rzeczywistego wpływu danego uchybienia na realizację umowy. Prowadzi to do sytuacji, w której wysokość kar umownych może wielokrotnie przewyższać potencjalną szkodę Zamawiającego, co czyni je w istocie sankcją represyjną,

a nie instrumentem kompensacyjnym, sprzecznie z funkcją kar umownych w prawie cywilnym.

91. Zaznaczyć należy, że jak wskazuje się w orzecznictwie: **„Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 KC, nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Przy formułowaniu postanowień dotyczących kar umownych w zamówieniach publicznych niezwykle istotne jest wyważenie interesów obu stron stosunku zobowiązaniowego wynikających z przyszłej umowy. Zamawiający posiada uzasadniony interes, którego celem jest zagwarantowanie należytej realizacji zamówienia publicznego i dbałość o finanse publiczne, z drugiej strony nie można zapominać o interesie przedsiębiorców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działania zamawiającego nie mogą prowadzić do przerzucenia na wykonawców zbyt dużych ryzyk i odpowiedzialności za zdarzenia, na które nie mają oni wpływu.”**¹¹ Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą bowiem zniechęcać do składania ofert i być przyczyną niewielkiego zainteresowania wykonawców zamówieniem, co z kolei wpłynie na konkurencyjność postępowania.
92. Powyższe oznacza, że konstruując umowę w sprawie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązany jest nie tylko zamieścić w niej te postanowienia, do których zamieszczenia wprost zobowiązuje Zamawiającego przepis prawa albo zaniechać zamieszczania takich postanowień, których stosowania bezpośrednio zakazuje określony przepis. Oprócz powyższego, Zamawiający jest również zobowiązany do takiego ukształtowania zasad współpracy Stron, który będzie adekwatny do przedmiotu zamówienia, zakresu obowiązków wykonawcy i który będzie również zmierzał do wypełnienia postulatów wynikających z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji czy zasady proporcjonalności. Zamawiający winien w tym zakresie w szczególności uwzględnić, czy skonstruowane przez niego postanowienia umowne sprzyjają otwarciu Postępowania dla możliwie jak najszerszego grona konkurujących z sobą wykonawców i czy będą one również prowadzić do realizacji przez Zamawiającego zasady efektywnego wydatkowania środków publicznych na realizację zamówienia i osiągnięcia najlepszej jakości robót budowlanych, uzasadnionej charakterem zamówienia, w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w stosunku do poniesionych nakładów.
93. Nadmierność i kumulatywny charakter zastrzeżonych kar umownych prowadzą zaś do rażącego zachwiania równowagi kontraktowej stron Umowy. Wykonawca obciążony zostaje nadmiernym ryzykiem finansowym, którego nie jest w stanie racjonalnie oszacować ani ograniczyć, nawet przy dochowaniu należytej staranności. Jednocześnie Umowa nie przewiduje symetrycznych lub porównywalnych sankcji po stronie

¹¹ wyrok KIO z dnia 27.08.2019 r. (KIO 1585/19);

Zamawiającego, co dodatkowo potęguje nierówność stron stosunku zobowiązaniowego.

94. W świetle powyższego, wskazane powyżej kary umowne są nadmiernie wygórowane, nieadekwatne i sprzeczne z zasadą proporcjonalności, a kary te w istocie przestają pełnić funkcję stymulującą albo odszkodowawczą (która w polskim systemie prawa jest podstawową funkcją kary umownej), a tylko i wyłącznie penalizującą, w dodatku prowadzącą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy - co również kłóci się z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 16 pkt 3 Pzp i art. 431 Pzp). Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może bowiem prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego, w tym wypadku: Zamawiającego¹². Co więcej kara nie oznacza, że tylko w jej granicach zamyka się ewentualna odpowiedzialność Wykonawcy. Umowa przewiduje przecież, że Zamawiający może dochodzić naprawienia szkody na zasadach ogólnych, a więc jeśli szkoda przekroczy wysokość kary umownej Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia od Wykonawcy stosownego odszkodowania (vide: § 20 ust. 5 Umowy).

[Podsumowanie]

95. Mając powyższe na uwadze, wobec potwierdzenia się zarzutów opisanych powyżej, na uwzględnienie zasługuje także zarzut wynikowy sformułowany ad. 6.11 niniejszego odwołania.
96. Niniejsze odwołanie jest tym samym w pełni zasadne i powinno zostać uwzględnione w całości, zaś postanowienia SWZ, w tym Umowy, winny podlegać odpowiednim zmianom, zgodnie ze sformułowanymi powyżej wnioskami Odwołującego, w celu przywrócenia treści SWZ i Umowy do stanu zgodności z powołanymi wyżej przepisami prawa.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania;
4. Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu;

¹² wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17.12.2008 r. (V ACa 483/08); wyrok KIO z dnia 28.12.2008 r. (KIO 2574/18);