



**JERZYKOWSKI I WSPÓLNICY**  
— SPÓŁKA KOMANDYTOWA —

**Jarosław Jerzykowski**  
radca prawny  
wspólnik zarządzający

**Stanisław Jerzykowski**  
radca prawny  
wspólnik (of counsel)

**Marcin Boczek**  
radca prawny  
wspólnik

**Anna Moczulska**  
radca prawny

**Martyna Wójcik**  
radca prawny

**Katarzyna Jurkowska**  
radca prawny

**Maja Dec**  
radca prawny

**Małgorzata Zasuwik**  
radca prawny

**Agnieszka Garnyś**  
radca prawny

**Magdalena Kupraszewicz**  
radca prawny

**Jerzykowski i Wspólnicy sp. k.**  
(dawniej: Jerzykowski i Wspólnicy  
Radcowie Prawni sp. p.)  
Sąd Rejonowy Szczecin – Centrum  
w Szczecinie XIII Wydział  
Gospodarczy Krajowego Rejestru  
Sądowego KRS nr 0000963139

Szczecin, dnia 16 stycznia 2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**01-030 Warszawa**

**Odwołujący:**

**Związek Ogólnopolski Projektantów i  
Inżynierów w Warszawie**  
ul. Bobrowiecka nr 8  
00-728 Warszawa  
KRS 0000830976

*reprezentowany przez:*  
r. pr. Jarosława Jerzykowskiego  
r.pr. Martynę Wójcik

adres do doręczeń:

Jerzykowski i Wspólnicy Sp. K..  
ul. Sławomira 4/13,  
71 – 606 Szczecin  
e-mail: [kancelaria@jerzykowski.pl](mailto:kancelaria@jerzykowski.pl)  
tel. +48 91 464 68 51

**Zamawiający:**

**Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg  
Krajowych i Autostrad**  
ul. Mogilska 25  
31-542 Kraków  
e-mail: [malkrol@gddkia.gov.pl](mailto:malkrol@gddkia.gov.pl)

**Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: DZ.U./S S3  
04/01/2023 5890-2023-PL**

ul. Sławomira 4/13  
71-606 Szczecin  
tel. +48 91 4646850-52  
fax +48 91 4252738

KRS 0000963139  
NIP 8512944369  
[www.jerzykowski.pl](http://www.jerzykowski.pl)  
[kancelaria@jerzykowski.pl](mailto:kancelaria@jerzykowski.pl)

**ODWOŁANIE  
WOBEK TREŚCI DOKUMENTÓW ZAMÓWIENIA**

Działając w imieniu Związku Ogólnopolskiego Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie („Odwołujący”), w oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm. - „PZP”), w zw. z art. 505 ust. 2 PZP oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 wnoszę odwołanie („Odwołanie”) wobec treści dokumentów zamówienia w postaci Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Opracowanie dokumentacji projektowej STEŚ-R wraz z uzyskaniem decyzji DŚU dla zadania pn.: „Budowa obwodnicy Tarnowa (nowy przebieg w ciągu DK nr 73), proces przygotowawczy”*, numer referencyjny: O/KR.D-3.2411.17.2022 („Postępowanie”)

i zarzucając Zamawiającemu naruszenie :

**(I) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP**

poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia przejawiający się w zobowiązaniu wykonawcy w Tomie III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia Dokument 0 Wymagania ogólne („Tom III WO”) rozdział 2 pkt 2.3. ppkt 2 i 5 do bieżącego uwzględniania w opracowaniach projektowych zmiany w przepisach prawa i wiedzy technicznej i do sporządzenia dokumentacji projektowej zgodnie z przepisami zasadami wiedzy technicznej obowiązującymi na dzień przekazania opracowania Zamawiającemu, co uniemożliwia ustalenie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości zarówno zakresu świadczenia wykonawcy, jak i sposobu jego spełnienia, co w konsekwencji doprowadzi do nie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego,

**(II) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP**

poprzez nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący nieekwiwalentnością świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, przejawiający się w zastrzeżeniu w § 5 ust. 1 i ust. 3 pkt 14) Tomu II SWZ „Projektowane postanowienia umowy” („PPU”) oraz w pkt rozdziale 2.3 ppkt 2 i 5 Tomu III WO wymogu wykonania świadczenia (w tym opracowań projektowych) w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami (czyli przypisami obowiązującymi w trakcie realizacji umowy) przy jednoczesnym sformułowaniu w § 2 ust. 6 PPU obowiązku ujęcia przez wykonawcę w cenach jednostkowych i ryczałtowych wszelkich kosztów i ryzyk, wynikających z wymagań określonych w obowiązującym na dzień składania ofert prawie

**(III) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP**

poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, skutkujący nieekwiwalentnością świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, przejawiający się w zastrzeżeniu rozdziale 3 pkt 3.3.2. ppkt 1 i 2 Tomu III WO, że w związku z obowiązkiem uzyskania odpowiednich zgód właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania (w tym badania geologiczno-inżynierskie i hydrologiczne) jest jednocześnie obowiązany do poniesienia kosztów zgód właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania, które to koszty mają zostać

uwzględnione w cenie ofertowej (rozdział 3 pkt 3.3.2. ppkt 2 Tomu III WO), mimo że na etapie Postępowania wykonawca nie ma możliwości oszacowania kosztów związanych z pozyskaniem zgód, gdyż ich wysokość nie jest regulowana jakimikolwiek normami prawnymi, a kształtowana w sposób dowolny przez odpowiednio właścicieli albo zarządców nieruchomości,

**(IV) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP**

poprzez ukształtowanie w § 2 ust. 5 PPU zasad dokonywania płatności częściowych w sposób nieprecyzyjny i zakładający pełną uznaniowość decyzji Zamawiającego w zakresie sposobu rozpatrzenia wniosku wykonawcy o dokonanie zapłaty za częściowo wykonane opracowania stanowiące przedmiot umowy,

**(V) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP**

poprzez nieprecyzyjny opis zakresu świadczenia, do którego realizacji wykonawca zobowiązany jest w ramach Etapu I, objętego zapłatą przewidzianą w Tomie IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I – Wykonanie dokumentacji projektowej, co powoduje niemożność ustalenia w sposób niewątpliwy, jakie opracowania wykonawca będzie zobligowany wykonać w ramach realizacji Etapu I przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu,

**(VI) art. 89 KC w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. 627 KC w z art. z art. 8 ust. 1 PZP**

poprzez uzależnienie w Tomie IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I – Wykonanie dokumentacji projektowej poz. 1,1-1.4., zapłaty 20% wynagrodzenia za wykonanie opracowania od zdarzenia przyszłego i niepewnego, pozostającego poza kontrolą wykonawcy, jakim jest uzyskanie klauzuli ostateczności dla decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, podczas gdy zastrzeżenie takie pozostaje w sprzeczności z naturą stosunku prawnego umowy o dzieło, która zakłada wzajemność świadczeń stron, a zapłata wynagrodzenia należnego wykonawcy (jako świadczenia wzajemnego zamawiającego) jest zależna jedynie od wykonania dzieła, które ma zawsze samoistny byt oraz jest obiektywnie osiągalne i pewne do realizacji,

**(VII) art. 99 ust. 1 PZP**

poprzez nieprecyzyjny wewnętrznie sprzeczny opis z przedmiotu zamówienia, przejawiający się w nałożeniu na wykonawcę, w Tomie III WO pkt 1.1. lit. B, obowiązku udzielania odpowiedzi na zapytania potencjalnych wykonawców robót budowlanych, bez jakiegokolwiek ograniczenia tego obowiązku w zakresie rzeczowym, co uniemożliwia ustalenie choćby przybliżonego zakresu świadczenia wykonawcy,

**(VIII) art. 431 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP**

poprzez brak współdziałania przy realizacji zamówienia przejawiający się w zastrzeżeniu w § 9 ust. 3a PPU, że w toku całego okresu realizacji umowy wykonawca jedynie raz będzie mógł zastąpić członka swojego personelu, wskazanego w ofercie w formularzu „Kryteria oceny ofert” inną osobą, podczas gdy zastrzeżenie takie, przy sformułowaniu zapisów obligujących do zapewnienia tożsamego zakresu wiedzy i doświadczenia zamiennika, jest nieproporcjonalne, nie ma żadnego uzasadnienia merytorycznego a nadto, z uwagi na nieprzewidywalność zdarzeń losowych, szczególnie w sytuacji wciąż trwającego stanu zagrożenia epidemicznego, może doprowadzić do niemożności wykonania zamówienia,

**(IX) art. 433 pkt 3 PZP**

poprzez wprowadzenie do PPU:

(1) przesłanki odstąpienia od umowy (określonej w postanowieniach § 15 ust. 1 lit. i) PPU) w zw. z § 13 ust. 6 PPU) z związku z niewykonaniem zobowiązania wykonawcy do przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy o okres wynikający z planowanego lub ustalonego przedłużenia terminu realizacji umowy również w sytuacjach przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy wynikających z przyczyn całkowicie zależnych od Zamawiającego

oraz

(2) umownego obowiązku poniesienia przez wykonawcę kosztów przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 13 ust. 5 PPU) - również w sytuacjach, gdy do przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy dojdzie z przyczyn całkowicie zależnych od Zamawiającego,

- co w istocie powoduje przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, stanowiąc tym samym klauzulę abuzywną zakazaną na podstawie art. 433 pkt 3 PZP,

**(X) art. 436 pkt 4 PZP w zw. z art. 119 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP**

poprzez sformułowanie w postanowieniach § 2b ust. 2 PPU wymagania, aby wykonawca w terminie do 45 dni od podpisania umowy przedstawił szczegółową kalkulację ceny jednostkowej etapów i opracowań projektowych (elementów) pod rygorem utraty roszczenia o waloryzację wynagrodzenia w oparciu o postanowienia § 2b ust. 1 pkt 2), 3) i 4) umowy, podczas gdy ustawodawca na gruncie art. 436 pkt 4 PZP nie formułuje obowiązku przedkładania tego rodzaju kalkulacji już po zawarciu umowy ani nie przewiduje utraty roszczenia waloryzacyjnego przez wykonawcę w związku z niewykonaniem tego obowiązku w takim terminie,

**(XI) art. 439 PZP ust. 1 PZP**

poprzez zastrzeżenie w § 2a ust. 2 PPU, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy dla oddania wzrostów lub spadków kosztów w gospodarce narodowej nastąpi nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy, podczas gdy ustawodawca w przepisie art. 439 PZP zastrzegł możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

**(XII) art. 439 PZP ust. 1 PZP**

poprzez zastrzeżenie w § 2a ust. 10 PPU, że waloryzacja wynagrodzenia należnego z tytułu świadczenia usług w przedłużonym okresie realizacji przedmiotu umowy obejmować będzie każde pełne 12 miesięcy wydłużonego okresu realizacji umowy, podczas gdy ustawodawca w przepisie art. 439 PZP zastrzegł możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy już po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

**(XIII) art. 439 PZP ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP**

poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób fikcyjny, uniemożliwiający

zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie ukształtowania w § 2a ust. 5 PPU wzoru Współczynnika waloryzacyjnego (Pn) w sposób, który uniemożliwi osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, z uwagi na wyłączenie aż 40% wynagrodzenia z zakresu waloryzacji, przy jednoczesnym przyjęciu skrajnie niskiego, bo zaledwie 10% maksymalnego limitu waloryzacji.

**(XIV) art. 439 PZP ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP**

poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie przyjęcia w § 2a ust. 9 PPU skrajnie niskiej łącznej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 PZP i uniemożliwiającej osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia,

wnoszę o:

- 1) uwzględnienie Odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ w sposób niżej wskazany:
  - a) w zakresie zarzutów I - II – modyfikację Tomu III WO rozdział 2.3. ppkt 2 i nadanie mu treści:

*„Gdziekolwiek w Dokumentach Procesu Przygotowania Inwestycji powołane są przepisy prawa, normy, zarządzenia, wytyczne i katalogi, które spełniać mają opracowania projektowe, mowa o przepisach, normach, zarządzeniach i katalogach w ich brzmieniu według stanu obowiązującego na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu. W przypadku zmiany odpowiednio przepisów prawa lub norm lub zarządzeń lub katalogów, Zamawiający i Wykonawca będą mogli dokonać pisemnej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez zmianę sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie jakim będzie to konieczne treścią zmienionych przepisów prawa lub uzasadnione dla zapewnienia lepszej użyteczności opracowań, stanowiących przedmiot umowy w świetle zmienionych norm lub zarządzeń lub katalogów, przy jednoczesnej zmianie wynagrodzenia proporcjonalnej do wpływu wprowadzonych zmian na koszt wykonania zamówienia przez Wykonawcę, a także możliwości przedłużenia terminu wykonania zamówienia jeśli przedłużenie takie będzie konieczne z uwagi na zmianę sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.. Obiekty budowlane i urządzenia należy potraktować tak, aby zapewnić optymalną ekonomiczność budowy i eksploatacji.”*

lub



też w inny sposób wskazany w orzeczeniu uwzględniający obiektywny wzrost wynagrodzenia należy w związku ze wzrostem pracochłonności koniecznym do uwzględnienia w realizacji przedmiotu umowy zmian przepisów prawa, norm, zarządzeń, wytycznych i katalogów

wraz z jednoczesnym zobowiązaniem Zamawiającego do wprowadzenia do PPU przesłanek zmiany umowy: (1) obejmującej zmianę sposobu realizacji przedmiotu umowy w związku z wprowadzeniem zmian przepisów prawa, norm, zarządzeń, wytycznych i katalogów oraz (2) obejmującej obiektywny wzrost wynagrodzenia należy w związku ze wzrostem pracochłonności koniecznym do uwzględnienia w realizacji przedmiotu umowy zmian przepisów prawa, norm, zarządzeń, wytycznych i katalogów.

- b) w zakresie zarzutów I - II – modyfikację Tomu III WO rozdział 2.3. ppkt 5 i nadanie mu treści:

*„Przedstawione rozwiązania projektowe mają być zgodne z przepisami i warunkami technicznymi obowiązującymi według stanu na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu.”*

- c) w zakresie zarzutu III:

(1) modyfikację PPU poprzez wprowadzenie postanowień jednoznacznie wskazujących, iż: (i) koszty opłat wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości (w tym reprezentowanych przez zarządców), na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy ponosi Zamawiający oraz (ii) wykonawca niezwłocznie po ustaleniu wysokości opłat wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości (w tym reprezentowanych przez zarządców), na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy obowiązany jest do poinformowania o ich wysokości Zamawiającego celem podjęcia przez Zamawiającego decyzji o ich uiszczeniu lub nakazaniu wykonawcy prowadzenia dalszych negocjacji;

ewentualnie: ustalenie w PPU maksymalnej kwoty opłaty wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości (w tym reprezentowanych przez zarządców), na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy, którą ponosi wykonawca przy jednoczesnym dodaniu do PPU postanowień jednoznacznie wskazujących, iż: (i) koszty opłat ponad tą kwotę wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości (w tym reprezentowanych przez zarządców), na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy ponosi Zamawiający oraz (ii) wykonawca niezwłocznie po ustaleniu wysokości opłat wymaganych do uiszczenia przez właścicieli lub posiadaczy nieruchomości, na których mają zostać przeprowadzone pomiary lub badania potrzebne do wykonania przedmiotu umowy obowiązany jest do poinformowania o ich wysokości Zamawiającego celem podjęcia przez Zamawiającego decyzji o ich uiszczeniu lub nakazaniu wykonawcy prowadzenia dalszych negocjacji

(2) wykreślić w Tomie III WO w rozdziale 3 pkt 3.3.2 ppkt 1 i 2 w zakresie w jakim wskazuje on, że koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz



koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegają odrębnej zapłacie i przyjmuje się, że są wliczone w Cenę Ofertową,

ewentualnie, doprecyzowanie w Tomie III WO w rozdziale 3 pkt 3.3.2 ppkt 1 i 2 w zakresie w jakim wskazuje on, że koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegają odrębnej zapłacie i przyjmuje się, że są wliczone w Cenę Ofertową do kwoty określonej w SWZ,

- d) w zakresie zarzutu nr IV – modyfikację § 2 ust. 6 PPU i nadanie mu następującej treści:

*„Każdorazowo na wniosek Wykonawcy Zamawiający dokona zapłaty za częściowo wykonane opracowania stanowiące przedmiot Etapu I Umowy na podstawie protokołu z zaawansowania prac projektowych (płatności częściowe) sporządzonego w oparciu o rzeczowe zaawansowanie prac projektowych wykazane w raporcie okresowym (miesięcznym) z postępu prac, o ile Wykonawca wraz z wnioskiem o płatność częściową przedłoży dokumentację, której dotyczy płatność częściowa oraz płatność jest możliwa do zrealizowania z uwagi na plan finansowy Zamawiającego.”*

- e) w zakresie zarzutu nr V – poprzez modyfikację Tomu IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I i jednoznaczne wskazanie jakie opracowania projektowe podlegają wykonaniu w ramach Etapu I – Wykonanie dokumentacji projektowej,

- f) w zakresie zarzutu nr VI – poprzez modyfikację Tomu IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I kolumny I (sposób płatności) dla poz. 1.1. -1.4. i nadanie jej następującej treści

*„100% po odbiorze opracowania”*

a także dodanie nowej pozycji (nowego wiersza), w którym wykonawca wyceni koszt reprezentacji Zamawiającego w postępowaniach administracyjnych związanych z wydaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, wskazując ryczałtową stawkę za jedno zastępstwo przed organami obu instancji,

- g) w zakresie zarzutu nr VII – poprzez modyfikację Tomu III WO pkt 1.1. lit. B i nadanie mu następującej treści:

*„Udzielanie na etapie procedury przetargowej na realizację inwestycji odpowiedzi na pytania Oferentów dotyczące treści dokumentacji projektowej opracowanej przez Wykonawcę.”*

- h) w zakresie zarzutu nr VIII – poprzez modyfikację § 9 ust. 3a PPU i wykreślenie treści:

*„Dopuszcza się wyłącznie jednokrotną zmianę na mocy niniejszego ustępu w całym okresie trwania Umowy, niezależnie od tego czy zmiana będzie dotyczyła jednej lub kilku osób.”*

- i) w zakresie zarzutu nr IX – modyfikację



(1) § 13 ust. 5 PPU poprzez wskazanie, że w przypadku przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, Zamawiający zwróci wykonawcy koszty przedłużenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

oraz

(2) § 15 ust. 1 lit. i) PPU poprzez wskazanie, iż prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn wskazanych w § 13 ust. 6 nie dotyczy przypadków przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

- j) w zakresie zarzutu nr X – poprzez modyfikację § 2b ust. 2 PPU i nadanie mu następującej treści:

*„Wykonawca wraz z wnioskiem o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia przedstawi szczegółową kalkulację ceny jednostkowej etapów i opracowań projektowych (elementów) z uwzględnieniem czynników określonych w ust. 1, w szczególności:*

- 1) *pisemne zestawienie wynagrodzeń Pracowników świadczących Usługi zatrudnionych przez Wykonawcę zwanych dalej pracownikami świadczącymi Usługi, wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi w całym okresie realizacji przedmiotu Umowy oraz*
- 2) *pisemne zestawienie wynagrodzeń Pracowników świadczących Usługi, wraz z kwotami składek uiszczanych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych/Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w części finansowanej przez Wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi w całym okresie realizacji przedmiotu Umowy.”*

- k) w zakresie zarzutu nr XI – poprzez modyfikację § 2a ust. 2 PPU i nadanie mu następującej treści:

*„Wynagrodzenie należne Wykonawcy będzie waloryzowane nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy obowiązywania Umowy. Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu, począwszy od siódmego miesiąca obowiązywania Umowy.”*

- l) w zakresie zarzutu nr XII – poprzez modyfikację § 2a ust. 10 PPU i nadanie mu następującej treści:

*„Limit określony w ust. 9 odnosi się do terminu realizacji wskazanego w § 3 ust 1 Umowy. W przypadku wydłużenia czasu realizacji umowy ponad termin określony w § 3 ust 1 Umowy za każde pełne 6 miesięcy wydłużonego okresu realizacji Umowy limit łącznej wartości korekt ulegnie zwiększeniu o jeden punkt procentowy, tj. (+/-) 1 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy*

- m) w zakresie zarzutu nr XIII – poprzez modyfikację § 2a ust. 5 PPU i nadanie mu następującej treści:





*„Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru*

$$Pn = 0,2 + 0,8 * Ww / 100\%$$

*gdzie:*

*Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot;*

*Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia (w gospodarce narodowej – ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni kwartał ogłaszanego przez Prezesa GUS na podstawie art. 20 pkt 2) ustawy z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych wyliczony w odniesieniu do dnia składania Ofert.”*

- n) w zakresie zarzutu nr XIV – poprzez modyfikację § 2a ust. 9 PPU i nadanie mu następującej treści

*„Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 20% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 2 ust. 1 Umowy.”*

- 3) przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie zgodnie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą („KIO”).

#### **TERMIN NA WNIESIENIE ODWOŁANIA**

1. Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne - odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej.
2. W niniejszej sprawie Zamawiający udostępnił SWZ na stronie internetowej prowadzonego Postępowania w dniu 4 stycznia 2023 r., a zatem termin na wniesienie Odwołania, z uwzględnieniem regulacji art. 509 ust. 2 PZP, upływa z dniem 16 stycznia 2023 r. i został przez Odwołującego zachowany.

#### **LEGITYMACJA DO WNIESIENIA ODWOŁANIA**

3. Odwołującym korzystającym ze środka ochrony prawnej nie jest w niniejszej sprawie

wykonawca potencjalnie zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu, a organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 PZP.

4. Odwołujący – jako podmiot zrzeszający przedsiębiorców świadczących usługi projektowe oraz w zakresie inżynierii kontraktu szczególną uwagę przykładu do kwestii kształtowania dokumentów zamówienia w sposób jasny i niebudzący wątpliwości co do zakresu zobowiązania wykonawcy, jak i sposobu jego spełnienia. Tylko bowiem precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia i wymagań dotyczących jego realizacji pozwala na prawidłowe, realne określenie przez wykonawców ceny za jego wykonanie oraz złożenie porównywalnych ofert. Tymczasem SWZ dla Postępowania opisuje przedmiot zamówienia oraz uwarunkowania realizacyjne związane z jego wykonaniem w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający ustalenie wolumenu świadczenia wykonawcy oraz wszystkich uwarunkowań na etapie wykonawstwa, co winno podlegać konwalidacji w trybie środka ochrony prawnej.

## UZASADNIENIE

### I. ZWIĘZŁE PRZEDSTAWIENIE STANU FAKTYCZNEGO

5. W dniu 4 stycznia 2023 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej <https://gddkia.eb2b.com.pl/> SWZ dla Postępowania.
6. Przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu jest opracowanie dokumentacji projektowej STEŚ-R oraz uzyskanie decyzji DŚU dla zadania pn. „Budowa obwodnicy Tarnowa (nowy przebieg w ciągu DK nr 73), proces przygotowawczy” a także udzielanie odpowiedzi na pytania potencjalnych wykonawców robót budowlanych w ramach realizacji ww. inwestycji.

**Dowód** – Tom I SWZ – Instrukcja dla Wykonawców (w aktach Postępowania)

7. Przedmiot zamówienia udzielanego w toku Postępowania, warunki jego realizacji, wymagania dotyczące rozbięcia ceny ofertowej oraz zasady dokonywania rozliczeń z wybranym wykonawcą Zamawiający uregulował w SWZ, składającej się z czterech tomów.
8. Analiza ww. dokumentów zamówienia prowadzi do konkluzji, iż zawierają one postanowienia niejasne, niespójne, wewnętrznie sprzeczne, a nawet rażąco naruszające PZP, co uzasadnia ich zakwestionowanie w trybie środka ochrony prawnej.

## II. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

### (1) UZASADNIENIE ZARZUTÓW I, II I V

9. Zarzuty I, II i V co do zasady dotyczą tej samej okoliczności faktycznej – tj. niejasności, nieprecyzyjności, a nawet wewnętrznej sprzeczności treści SWZ, która w przypadku zarzutów II i III skutkuje ponadto brakiem ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego.
10. Niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia objęta zarzutami I i II przejawia się w nałożeniu na wykonawców (w postanowieniach rozdziału 2 pkt 2.3. ppkt 2 i 5 Tomu III WO), obowiązku bieżącego uwzględniania w opracowaniach projektowych zmiany w przepisach prawa i wiedzy technicznej i do sporządzenia dokumentacji projektowej zgodnie z przepisami zasadami wiedzy technicznej obowiązującymi na dzień przekazania opracowania Zamawiającemu. Wymaganie to w istocie powoduje ten skutek, że wykonawca przyjmuje zobowiązanie do wykonania świadczenia, którego zakres i sposób realizacji nie jest skonkretyzowany – jest bowiem uzależniony od zdarzeń przyszłych i niepewnych, takich jak zmiana przepisów prawa. Sama zaś wycena tego świadczenia, jak wynika z § 5 ust. 1 i ust. 3 pkt 14) PPU, ma nastąpić przy uwzględnieniu wymagań sformułowanych w przepisach prawa, obowiązujących według stanu istniejącego na dzień składania ofert.
11. Wyżej przywołane postanowienia SWZ powodują z jednej strony niemożność ustalenia w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości zakresu świadczenia wykonawcy i sposobu jego realizacji, z drugiej zaś – nakazują przyjęcie nieadekwatnych uwarunkowań realizacyjnych na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej.
12. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, *„Zamawiający, sporządzając opis przedmiotu, zobligowany jest posługiwać się pojęciami jednoznacznymi, zrozumiałymi dla wykonawców, które nie będą wprowadzały w błąd co do rzeczywistych oczekiwań odnośnie do realizacji przedmiotu zamówienia. Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty.”*<sup>1</sup>
13. Także judykatura jednoznacznie uznaje za nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) *„Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie.”*<sup>2</sup>
14. W innych swoich orzeczeniach KIO wskazywała również, że *„zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych*

---

<sup>1</sup> E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, komentarz do art. 99

<sup>2</sup> tak KIO m.in. w wyroku: z dnia 6 czerwca 2018 r. (sygn. akt KIO 980/18, KIO 983/18) oraz wyroku z dnia 13 grudnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 2416/19).



prawach. Zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny (...) Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy P.z.p.. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia”.<sup>3</sup> Orzeczenie, jakkolwiek wydane w stanie prawnym regulowanym uprzednio obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych, pozostaje aktualnie również w obecnym stanie prawnym.

15. W kontekście ciążącego na zamawiającym obowiązku dokonania precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia warto również przywołać stanowisko KIO, zgodnie z którym „Zamawiający nie może wprowadzić do opisu przedmiotu zamówienia treści zwalniającej go ze sporządzenia szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zamawiający nie może opierać się na mało przejrzystych i nieproporcjonalnych wymaganiach, których egzekucja może prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia danego wykonawcy, który inaczej zrozumiał treść SIWZ z powodu wadliwego postępowania zamawiającego.”<sup>4</sup>
16. Analiza cytowanych wyżej orzeczeń prowadzi do konkluzji, że Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 PZP wymagając, by opracowania projektowe jakie ma sporządzić wykonawca, były wykonywane nie z uwzględnieniem stanu prawnego istniejącego w dniu, w którym upływa termin składania ofert, a wedle przyszłego, aktualnie nieznanego i niemożliwego do przewidzenia brzmienia przepisów.
17. Dodatkowo wymagania Zamawiającego zakwestionowane w ramach zarzutów nr I i II naruszają zasadę równego traktowania wykonawców oraz zaburzają ekwiwalentność świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego- z treści PPU i Tomu III WO wynika bowiem, że wykonawca ma wycenić świadczenie zgodnie z uwarunkowaniami istniejącymi wedle stanu na dzień (w szczególności w kontekście treści przepisów prawa) ale wykonać je stosownie do treści przepisów prawa i zasad wiedzy technicznej, jakie będą istnieć wedle stanu na dzień przekazania opracowania Zamawiającemu. Wykonawca nie ma i nie może mieć przy tym pewnej wiedzy co do tego, jaka w przyszłości będzie treść przepisów prawa, co powoduje niemożność właściwej kalkulacji ceny ofertowej.
18. Charakter niejasny i nieprecyzyjny mają również postanowienia Tomu IV SWZ zakwestionowane w ramach zarzutu V. Zamawiający jedynie ogólnie bowiem wskazuje jaki cel, winien zostać osiągnięty w ramach wykonania Etapu I, nie precyzując jakie opracowania winny zostać przez wykonawcę wykonane. Takie działanie Zamawiającego, abstrahując od niemożności wyceny nieskonkretyzowanego zakresu świadczenia,

---

<sup>3</sup> wyrok KIO dnia 25 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2479/15

<sup>4</sup> wyrok KIO z dnia 1 lutego 2022r., sygn. akt: KIO 66/22

skutkuje możliwością przyjęcia przez wykonawców rozbieżnych założeń co wolumenu przedmiotu zamówienia – w tym objętego Etapem I - prowadząc do nieporównywalności złożonych ofert.

19. **Podniesienie przez Odwołującego zarzuty są zatem trafne a ich uwzględnienie konieczne dla osiągnięcia celu Postępowania, jakim winno być udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób zgodny z przepisami PZP.**

**(2) UZASADNIENIE ZARZUTU NR III**

20. Zamawiający w lit. B Tomu III WO, rozdziale 3 pkt 3.3.2. ppkt 1 i 2 Tomu III WO zobowiązał wykonawcę do uzyskania odpowiednich zgód właścicieli i zarządców nieruchomości, na terenie których wykonywane będą prace pomiarowe i wszelkiego rodzaju badania oraz uwzględnienia w cenie ofertowej wydania stosownych zgód przez właścicieli lub zarządców nieruchomości (tak rozdział 3 pkt 3.3.2. ppkt 2 Tomu III WO). Postanowienia SWZ w tym względzie nie pozostawiają żadnych wątpliwości, gdyż przywołany pkt Tomu III WO stanowi jednoznacznie: *„Koszt zgody właścicieli i zarządców nieruchomości oraz koszty zabezpieczenia terenu pomiarów nie podlegają odrębnej zapłacie i przyjmuje się, że są wliczone w Cen Ofertową”*.
21. Koszt wydania zgody przez właściciela lub zarządcę nieruchomości na wykonanie badań czy pomiarów na nieruchomości nie podlega jakikolwiek regulacji ustawowej. Oznacza to, że właściciel lub zarządca nieruchomości ma pełną swobodę co do określenia kwoty, której zapłaty będzie oczekiwać za umożliwienie przeprowadzenia badań lub pomiarów na nieruchomości. Ani Odwołujący ani żaden wykonawca nie są w stanie przewidzieć jakie to będą kwoty, a ich wysokość jest częstokroć zależna od arbitralnych decyzji właściciela lub posiadacza nieruchomości. Niezrozumiałe jest w tym kontekście oczekiwanie Zamawiającego, aby wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej koszty uzyskania takich zgód.
22. Praktyka rynkowa wskazuje przy tym, że oczekiwania finansowe właścicieli i zarządców nieruchomości są bardzo często niezwykle zróżnicowane, co uniemożliwia przyjęcie choćby uśrednionej wartości jednej zgody. Co więcej nie jest też obiektywnie możliwe przeprowadzenie stosownego rozeznania wśród właścicieli i posiadaczy nieruchomości przed złożeniem oferty, gdyż dla osób tych wykonawca składający ofertę jest osobą trzecią, której nie muszą udzielać takich informacji, ani tym bardziej zaciągać zobowiązania co do wysokości takiego kosztu. Co więcej na tym etapie (tj. przed zawarciem umowy na wykonanie prac projektowych) potencjalni wykonawcy nie mogą się legitymować jakimkolwiek umocowaniem uzyskanym od Zamawiającego jako zarządcy drogi publicznej oraz przyszłego inwestora inwestycji drogowej. Pełnomocnictwo takie uzyskują dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienie publicznego.
23. Podkreślić przy tym wymaga, iż wejście na cudzą nieruchomość celem wykonania prac pomiarowych i badań stanowi naruszenie cudzego prawa własności oraz stanu posiadania. Zgoda na wejście na teren cudzy jest warunkiem legalności działań wykonawcy, gdyż zgodnie z art. 342 KC nie wolno naruszać samowolnie posiadania, chociażby posiadacz był w złej wierze. Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 maja 1985 r. (s13ygn. akt I CR 152/85) *Ustanowiony w .art. 342 k.c. zakaz naruszania posiadania ma charakter bezwzględny, chroni każde posiadanie i odnosi się także do osoby uprawnionej, a więc nawet właścicielowi nie wolno naruszać posiadania wykonywanego bezprawnie przez inną osobę*

względem jego rzeczy. (opubl. w: *Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna* 1986 r. nr 7-8, poz. 119).

24. Co niezwykle ważne wejście wykonawcy na cudzy grunt celem wykonania prac pomiarowych i badań nie następuje na własną rzecz, lecz na rzecz Zamawiającego, który ma stać się w przyszłości inwestorem budowy drogi publicznej. Z tego też powodu koszt zgód właścicieli lub posiadaczy nieruchomości powinien ponieść Zamawiający, a nie wykonawca. Wykonawca, jako osoba działająca na rzecz Zamawiającego, powinien być obowiązany do niezwłocznego informowania Zamawiającego o oczekiwaniach finansowych właściciela nieruchomości, ale koszt zgody winien być uiszczany przez Zamawiającego.
25. Na etapie Postępowania wykonawca nie ma żadnej możliwości oszacowania tego kosztu. Koszt ten może być zależny od szeregu czynników o charakterze zobiektywizowanym (poczynione zasiewy, czas ingerencji, część składowa nieruchomości podlegające uszkodzeniu w następstwie badań), ale także całkowicie subiektywnym i nieprzewidywalnym dla wykonawcy (np. irracjonalne oczekiwanie nadzwyczajnych zysków, próba zniechęcenia do przeprowadzenia badań w obawie przed przyszłym wywłaszczeniem, niechęć do osoby inwestora).
26. **Z powyższych względów, w ocenie Odwołującego, nieprecyzyjny i niedający się oszacować obowiązek uwzględnienia w cenie ofertowej wydania ww. zgód, winien zostać zastąpiony zobowiązaniem wykonawcy do pozyskania stosownych zgód na koszt Zamawiającego (co w konsekwencji oznaczałoby brak obowiązku ujęcia kosztu pozyskania ww. zgód w kalkulacji ceny ofertowej), względnie SWZ powinna przewidywać mechanizm kontraktowy nakazujący uwzględnienie kosztu do pewnej maksymalnej wysokości określonej umownie, przy jednoczesnym obowiązku poniesienia tego kosztu przez Zamawiającego w przypadku, gdyby koszt ten okazał się wyższy**

### **(3) UZASADNIENIE ZARZUTU NR IV**

27. Klauzula § 2 ust. 5 PPU pozostawia Zamawiającemu pełną dowolność co do sposobu rozpatrzenia wniosku wykonawcy o dokonanie zapłaty za częściowo wykonane opracowanie, stanowiące przedmiot Etapu I. W postanowieniach SWZ nie wskazano żadnych informacji pozwalających chociażby na częściowe doprecyzowanie tej kwestii, a tym samym skalkulowanie przez wykonawcę ceny swojej oferty składanej w Postępowaniu.
28. W piśmiennictwie wskazuje się, że „*Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania.*”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień*





29. Orzecznictwo z kolei akcentuje, że zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oznacza, „(..) że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania – wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji.”<sup>6</sup>
30. Brak określenia jakichkolwiek kryteriów, jakimi kierować się będzie Zamawiający oceniając zasadność wniosku wykonawcy o dokonanie płatności częściowej skutkować będzie arbitralnością decyzji Zamawiającego, co nie daje się pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców, która stanowi przecież jedną z naczelných zasad prawa zamówień publicznych.
31. Wnioskowana przez Odwołującego zmiana treści § 2 ust. 5 PPU jest zatem konieczna i uzasadniona.

#### **(4) UZASADNIENIE ZARZUTU NR VI**

32. Umowa w sprawie zamówienia publicznego, jak zostanie zawarta w następstwie Postępowania w zasadniczej części przedmiotu zamówienia ma charakter umowy o dzieło. Przedmiotem tym jest wykonanie określonych opracowań projektowych lub badań. Rezultat tych świadczeń ma zawsze samoistny byt oraz jest obiektywnie osiągalny i pewny.
33. Jedynie w zakresie w jakim wykonawca zobowiązuje się uzyskać decyzję środowiskową przedmiot zamówienia opisuje świadczenie mające charakter zobowiązania starannego działania. W tym zakresie (z natury stosunku prawnego) wynika, iż rezultat (w postaci uzyskania danego orzeczenia) leży poza zakresem zobowiązania dłużnika.
34. W świetle art. 629 KC umowa o dzieło ma charakter umowy wzajemnej, a jednym z elementów konstruujących ten typ umowy nazwanej jest zapłata wynagrodzenia na rzecz wykonawcy dzieła.
35. Tymczasem Zamawiający w Tomie IV SWZ formularz 4- Tabela wyceny etapów umowy i opracowań projektowych poz. 1 - Etap I – Wykonanie dokumentacji projektowej, uzależnił dokonanie zapłaty 20% wynagrodzenia za wykonanie opracowania od zdarzenia przyszłego i niepewnego, pozostającego poza kontrolą wykonawcy, jakim jest uzyskanie klauzuli ostateczności decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych.
36. Uzależnienie zapłaty wynagrodzenia od zdarzenia przyszłego i niepewnego uznawane jest w orzecznictwie za sprzeczne z istotą stosunku prawnego, mającego cechy umowy rezultatu (takich np. jak umowa o roboty budowlane czy umowa o dzieło).

---

publicznych. Komentarz, komentarz do art. 16

<sup>6</sup> wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 25 sierpnia .2017 r., sygn. akt: VIII SA/Wa 13/17,



37. Sąd Najwyższy w swoim niedawnym wyroku dotyczącym umowy o roboty budowlane<sup>7</sup> stanął na stanowisku, zgodnie z którym „W umowie o roboty budowlane nie jest dopuszczalne uzależnienie zapłaty całości należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku w rozumieniu art. 89 k.c., skoro zapłata wynagrodzenia należy do elementów przedmiotowo istotnych tej umowy (art. 647 k.c.). Zgodnie bowiem z art. 89 k.c. możliwe jest uzależnienie powstania lub ustania skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego, z zastrzeżeniem wyjątków wynikających m.in. z właściwości tej czynności prawnej. O ile zatem, z reguły, nic nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy o roboty budowlane pod warunkiem (uzależnieniu jej wszystkich skutków od zdarzenia przyszłego i niepewnego), o tyle wykluczone jest uzależnienie tylko niektórych skutków tej czynności, objętych ı (np. oddania obiektu albo zapłaty całości wynagrodzenia) od zdarzenia przyszłego i niepewnego. (...)zastrzeżenie w treści czynności prawnej warunku nie może powodować pozbawienia umowy nazwanej jej istotnych cech.”
38. Wyżej cytowany pogląd stanowi kontynuację stanowiska, zgodnie z którym jeżeli sposób określenia w umowie terminu nie odpowiada wymaganiom art. 116 § 1 k.c., ponieważ nie ma w sobie elementu pewności, zachodzą przesłanki do stwierdzenia nieważności tego postanowienia i włączenia w jego miejsce reguł ustawowych przewidzianych w art. 455 KC<sup>8</sup>
39. Tożsama optyka prezentowana jest w orzecznictwie sądów powszechnych, w tym m. in. Sądu Apelacyjnego w Krakowie<sup>9</sup>, uznającym że „w przypadku odpłatnej umowy wzajemnej, niezależnie od tego czy relacje między stronami rozpoznawać poprzez pryzmat umowy o dzieło (art. 627 k.c.) czy umowy o roboty budowlane (art. 647 k.c.), uzależnienie wypłaty wynagrodzenia od zdarzenia przyszłego i niepewnego, uznać należałoby za sprzeczne zarówno z istotą stosunku zobowiązaniowego, jak i zasadami współżycia społecznego.”
40. **Dokonane przez Zamawiającego uzależnienie zapłaty całości wynagrodzenia za opracowania wykonywane w ramach Etapu I od uzyskania klauzuli ostateczności decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych jest zatem sprzeczne z naturą stosunku prawnego, kreowanego umową i dzieło jako umową o charakterze wzajemnym i odpłatnym i jako takie nie może się ostać.**

## **(5) UZASADNIENIE ZARZUTU NR VII**

41. W Tomie III WO lit. B Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek „udzielania odpowiedzi na pytania oferentów na etapie procedury przetargowej na realizację inwestycji.”
42. Jakkolwiek trudno odmówić Zamawiającemu prawa do wymagania, aby wykonawca dokumentacji projektowej udzielał wsparcia w przygotowaniu odpowiedzi na wnioski potencjalnych wykonawców robót budowlanych o wyjaśnienie treści warunków zamówienia na roboty budowlane, to jednakże wymaganie to, artykułowane w SWZ dla

---

<sup>7</sup> wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2021r., sygn. akt: II CSKP 7/21

<sup>8</sup> wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2016r., sygn. akt II CSK 458/15

<sup>9</sup> wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 października 2015r., sygn. akt: I ACa867/15

Postępowania, winno przybrać formułę jasnej i jednoznacznej klauzuli, określającej zakres rzeczowy tego obowiązku wykonawcy,

43. Odwołujący antycypuje, że intencja Zamawiającego było ograniczenie ww. obowiązku o pomocy przy opracowywaniu treści odpowiedzi na zapytania potencjalnych wykonawców robót budowlanych (w toku postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy robót) dotyczące dokumentacji projektowej opracowanej przez wykonawcę wybranego w Postępowaniu.
44. W świetle art. 99 ust. 1 PZP przewidywania i domysły Odwołującego nie zwalniają Zamawiającego z obowiązku jasnego i jednoznacznego określenia zakresu rzeczowego świadczenia wykonawcy wyłonionego w Postępowaniu.
45. Ponownie zatem Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu ukształtowania treści SWZ w sposób jasny i jednoznaczny.

## **(6) UZASADNIENIE ZARZUTU NR VIII**

46. W ramach zarzutu VIII Odwołujący kwestionuje postanowienie § 9 ust. 3a PPU, które przewiduje możliwość jedynie jednokrotnego zastąpienia członka personelu wykonawcy wskazanego w ofercie w formularzu „Kryteria oceny ofert” inną osobą. Zastrzeżenie takie, w ocenie Odwołującego, nie ma żadnego uzasadnienia i nie jest proporcjonalne, w stosunku do celu, jaki wydaje się chcieć osiągnąć Zamawiający, a jakim jest zapewnienie należytego wykonania zamówienia udzielanego w Postępowaniu.
47. Godzi się zauważyć, że Zamawiający zastrzegł dopuszczalność zastąpienia osoby pierwotnie wskazanej w formularzu „Kryteria oceny ofert” tylko taką osobą, która spełniałaby kryteria oceny ofert w takim samym stopniu, co osoba zastępowana. Nadto Zamawiający zastrzegł karę umowną na wypadek dokonania takiej zamiany. W tym kontekście limitowanie ilości zmian osób w ramach personelu wykonawcy jawi się jako działanie nieproporcjonalne, i nieprzystające do rzeczywistości, w której wystąpić mogą całkowicie nieplanowane przez wykonawców zdarzenia uniemożliwiające członkowi personelu wykonawcy realizację powierzonych mu czynności (np. śmierć, ciężka, przewlekła choroba, izolacje z powodu chorób zakaźnych).
48. Ustanowienie limitu zmian członków personelu nie jawi przy tym jako absolutnie konieczne dla zapewnienia wykonania zamówienia w sposób należyty, a zatem nie może zostać uznane za wymaganie proporcjonalne.
49. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej akcentuje się, że ocena czy podjęte środki są zgodne z traktatami, wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 września 1999 r. (C- 414/97) Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)

50. Jakkolwiek wyżej przywołane orzeczenie zapadło w ramach analizy warunku udziału w postępowaniu, to konkluzje w nim wyrażone należy odpowiednio odnieść do oceny proporcjonalności wymagań formułowanych przez zamawiających na etapie realizacji przedmiotu zamówienia.,
51. W realiach niniejszej sprawy nie sposób uznać, by dopuszczenie zaledwie jednokrotnej zmiany w ramach personelu dedykowanego do realizacji zamówienia, wskazanego w formularzu „Kryteria oceny ofert” było konieczne dla zapewnienia realizacji zamówienia przez osoby faktycznie zdolne do jego wykonania, w sytuacji zastrzeżenia konieczności legitymowania się przez osobę zastępującą analogicznym spełnieniem kryterium oceny ofert, co osoba zastępowana.

## **(7) UZASADNIENIE ZARZUTU NR IX**

52. Ustawodawca w art. 433 pkt 3 PZP zdefiniował jako klauzule abuzywne postanowienia umowne przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.
53. Charakter taki ma, w ocenie Odwołującego, klauzula § 13 ust. 2 PPU, która zobowiązuje wykonawcę do odpowiedniego przedłużenia ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy o okres wynikający z planowanego lub ustalonego przedłużenia terminu realizacji umowy i poniesienia kosztów z tym związanych, pod rygorem dokonania przez Zamawiającego zmiany formy zabezpieczenia na zabezpieczenie w pieniądzu poprzez wypłatę kwoty z dotychczasowego zabezpieczenia.
54. *Lege non distinguente* zakres zastosowania ww. postanowienia umownego obejmuje zatem wszystkie sytuacje, w których dojdzie do przedłużenia terminu wykonywania umowy zawartej w Postępowaniu, niezależnie od tego z jakich przyczyn owo przedłużenie nastąpi. Oznacza to, że w świetle postanowień § 13 ust. 2 PPU na wykonawcy ciążyć będzie obowiązek przedłużenia terminu obowiązywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy również w sytuacji, gdy konieczność takiego działania będzie następstwem przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy z przyczyn wyłącznie zależnych od Zamawiającego.
55. Żądanie przez Zamawiającego przedłużenia na koszt wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sytuacji przedłużenia terminu realizacji umowy z przyczyn wyłącznie zależnych od Zamawiającego w istocie przenosi ma wykonawcę odpowiedzialność (w aspekcie finansowym) za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Stanowi zatem klauzulę abuzywną, która winna podlegać eliminacji z treści dokumentów zamówienia.
56. Z tym samych względów modyfikacji powinien ulec § 15 ust. 1 lit. i) PPU poprzez wskazanie, iż prawo do odstąpienia od umowy z przyczyn wskazanych w § 13 ust. 6 nie dotyczy przypadków przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. W aktualnej postaci PPU Zamawiający jest władny odstąpić od umowy nawet w takim przypadku, gdy wykonawca nie przedłuży okresu ważności zabezpieczenia należytego wykonywania umowy, przy czym odpowiedzialnym za niedotrzymanie dotychczasowego terminu wykonania przedmiotu umowy jest Zamawiający.



57. Tego rodzaju postanowienie umowne narusza zakaz wynikający z art. 433 pkt 3 PZP, gdyż jest to postanowienie przenoszące na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Odpowiedzialność ta ma w tym wymiarze charakter najdalej idący dla trwałości stosunku obligacyjnego (realizacja uprawnienia prawokształtującego do odstąpienia od umowy) oraz następstw dla wykonawcy (przesłanka wykluczenia z postępowania – art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP).

## **(8) UZASADNIENIE ZARZUTU NR X**

58. Ustawodawca w art. 436 pkt 4 lit. b) PZP nałożył na zamawiających obowiązek określenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego, zawieranej na okres dłuższy niż 12 miesięcy zasad wprowadzania zmian wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku VAT oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne oraz 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 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079) jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
59. Ustawodawca nie uprawniał jednakże zamawiających do wymagania od wykonawców dopełnienia szczególnych czynności pod rygorem utraty roszczenia o waloryzację wynagrodzenia w związku ze zmianą przepisów prawa dokonywanych bezpośrednio po zawarciu umowy, a zarazem bez jakiegokolwiek związku z wnioskiem o dokonanie zmiany wynagrodzenia.
60. Tymczasem Zamawiający w § 2b ust. 2 PPU nakłada na wykonawcę szereg obowiązków związanych z wykazaniem poziomu wynagrodzeń, zastrzegając w tym celu termin 45 dni i to pod rygorem utraty roszczenia o waloryzację wynagrodzenia na podstawie klauzuli § 2b PPU. W istocie zatem Zamawiający dokonuje wprowadzenia umownego terminu zawitego pomimo braku takich postanowień w przepisach PZP.
61. Przywołany zapis jest sprzeczny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym w pierwszej kolejności z art. 119 KC, który stanowi, że terminy przedawnienia nie mogą być skracane ani przedłużane przez czynność prawną. Dopuszczalność zastrzegania umownych terminów zawitych jest przy tym kwestionowana zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych<sup>11</sup>, jak i Sądu Najwyższego<sup>12</sup>.
62. Odwołujący nie neguje prawa Zamawiającego do badania faktycznego wpływu zmian przepisów prawa, o których mowa w art. 436 pkt 4 lit. b) PZP na koszt wykonania zamówienia udzielanego w Postępowaniu, niemniej brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia natury faktycznej czy prawnej dla żądania przedłożenia przez wykonawcę w terminie 45 dni od dnia zawarcia umowy wykazów, o których mowa w § 2b ust. 2 PPU, a tym bardziej

---

<sup>11</sup> wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXV Wydział Gospodarczy z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt VI ACa 1315/12

<sup>12</sup> wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lipca 1958 r., I CR 683/57

brak jest podstawy prawnej dla zastrzeżenia sankcji utraty roszczenia na wypadek niezachowania zastrzeżonego terminu.

**(9) UZASADNIENIE ZARZUTÓW NR XI-XIV**

63. Regulacja normatywna art. 439 ust. 1 PZP nakłada na zamawiających obowiązek zamieszczenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy (niezależnie od przedmiotu tej umowy) postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
64. Tymczasem Zamawiający w § 2a ust. 2 PPU przewiduje, że pierwsza waloryzacja wynagrodzenia nastąpi dopiero po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Analogicznie – w § 2a ust. 10 PPU Zamawiający przewidział, że waloryzacja wynagrodzenia w przedłużonym okresie realizacji umowy obejmować będzie jedynie 12 pełnych miesięcy przedłużonego okresu realizacji zamówienia, wyłączając z zakresu waloryzacji krótszy przedłużony okres realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu.
65. Abstrahując od aspektów temporalnych, nieprawidłowość klauzuli waloryzacyjnej z § 2a PZP, przejawia się również w nieadekwatności sposobu wyliczania wskaźnika waloryzacyjnego Pn i maksymalnego limitu waloryzacji do aktualnych warunków rynkowych.
66. Obligatoryjne elementy treści klauzuli waloryzacyjnej z art. 439 PZP ustawodawca określił przy tym w ustępie 2 przywołanego art. 439..
67. Jak trafnie wskazuje Urząd Zamówień Publicznych („UZP”) w swojej opinii pn. „Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych”<sup>13</sup>: *„Przełanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. (...) Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe*

---

<sup>13</sup> opinia dostępna pod adresem:

[https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf)



*kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. **Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.***

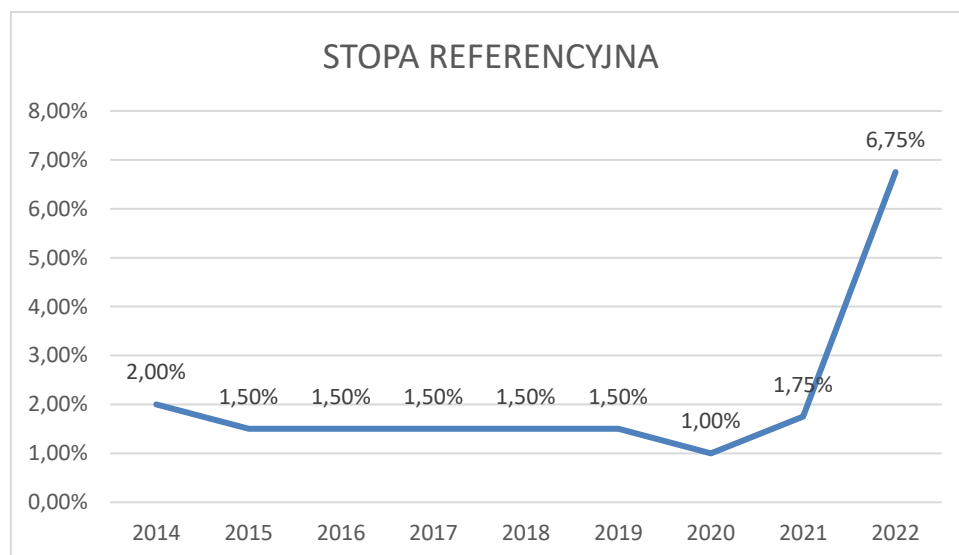
68. UZP, dokonując *de facto* wykładni autentycznej normy wyrażonej w art. 439 PZP, akcentuje zatem doniosłość tej regulacji jako mechanizmu przywracającego równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, wykreowanego zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w następstwie wyżej wskazanych, aktualnie obserwowanych zjawisk zewnętrznych.
69. Analogiczny sposób postrzegania klauzul waloryzacyjnych, kształtowanych w oparciu o przepis art. 439 ust. 1 i 2 PZP, prezentuje również Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej („PGRP”) w opracowaniu pn. „*Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)*” („Opinia”) opublikowanym na stronie internetowej PGRP w dniu 2 sierpnia 2022 r.<sup>14</sup>. Zdefiniowała bowiem pojęcie „waloryzacja wynagrodzenia” jako „*urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na tego rodzaju wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy – stanowi instrument, dzięki któremu następuje usunięcie skutków tego zdarzenia*”. PGRP akcentuje przy tym, że „**Niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy.**”
70. Odnosząc wyżej cytowane stanowiska UZP i PGRP do niniejszej sprawy, godzi się zauważyć, że zastrzeżenie w § 2a ust. 9 PPU zaledwie 10% łącznego poziomu zmian wynagrodzenia wykonawcy, jednoczesnym wyłączeniu spod waloryzacji w ramach wzoru określonego w § 2a ust. 5 PPU aż 40% wynagrodzenia, w sytuacji zmian gospodarczych o niespotykanej dotychczas dynamice, przekładającej się na ogólny wzrost kosztów cen towarów i usług, jawi się jako działanie, które z pewnością powoduje poważne zachwianie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, jaka zostanie zawarta w Postępowaniu, na niekorzyść wykonawcy (abstrahując od tego, czyja oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza).
71. Wykonawca, wskutek wzrostu cen, świadczyć będzie w wyższym zakresie niż mógł, nawet przy zachowaniu najwyższego miernika staranności, przewidzieć to w chwili złożenia oferty, tj. ponosi większe koszty ze względów niezależnych od niego i w zakresie nieobjętym ryzykiem kontraktowym tak w rozumieniu zasad prawa cywilnego i PZP, a jego wynagrodzenie utraci walor ekwiwalentności do spełnianego świadczenia. Owa ekwiwalentność, nie będzie mogła zostać przywrócona w poprzez zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej z § 2a PPU, gdyż zastrzeżony maksymalny poziom waloryzacji, przy jednoczesnym stosowaniu wzoru z ust. 5 w istocie pozwoli osiągnąć maksymalną waloryzację na poziomie 6% wynagrodzenia i nie umożliwi urealnienia wynagrodzenia do poziomu zdecydowanie nieadekwatnego do faktycznie zaistniałych zmian gospodarczych.
72. O nieprzewidywalności dalszego rozwoju sytuacji gospodarczej świadczy fakt, że wszelkie prognozy Narodowego Banku Polskiego publikowane w przez ostatnie lata stale i niezmiennie zapewniały zarówno branżę inżynierską jak i opinię publiczną o braku ryzyka

---

<sup>14</sup> opinia dostępna pod adresem internetowym <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekomendacje>

wzrostu inflacji, wskazywano nawet na groźbę deflacji<sup>15</sup>. Dodatkowo coroczne założenia polityki pieniężnej publikowane przez Radę Polityki Pieniężnej publikowane w ostatniej dekadzie niezmiennie wskazywały na utrzymywaniu przeciętnego poziomu inflacji w Polsce w celu inflacyjnym który od lat wynosi 2,5% (+/- 1%). Natomiast obecnie mamy do czynienia z najwyższą inflacją od 25 lat, co niewątpliwie potwierdza powyższy wykres opracowany na bazie danych udostępnionych przez Narodowy Bank Polski. Tytułem przykładu w największym stopniu za wzrost inflacji do poziomu 17,40% rocznie odpowiadają m.in. wzrosty cen odpowiednio: paliw (E95), energii elektrycznej (energii czynnej netto), paliwo gazowe (gaz dla klienta biznesowego netto).

73. Warto również wskazać, iż sam Narodowy Bank Polski nie był w stanie w sposób precyzyjny określić przyszłej inflacji CPI r/r w kilkuletnim badanym okresie, świadczą o tym m.in. raporty obrazujące projekcje inflacji i wzrostu gospodarczego NBP na podstawie modelu NECMOD .
74. Niestaołość i nieprzewidywalność aktualnej sytuacji gospodarczej jest również skutkiem gwałtownego podnoszenia stóp procentowych (stopy referencyjnej) przez Radę Polityki Pieniężnej, co obrazuje poniższa grafika



*Rysunek 1 Stopa referencyjna na przestrzeni lat – opracowanie własne*

75. Podnoszenie stóp procentowych dokonywane przez Radę Polityki Pieniężnej ma znaczący wpływ na wyniki finansowe wszystkich przedsiębiorstw, w tym wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Rosnące koszty kredytów i leasingów, utrzymywania oraz obsługi nieruchomości, utrudnienia w pozyskiwaniu finansowania, a także odpisy na wartości aktywów wpływają na koszty realizacji ponoszone przez wykonawców, eliminując jakikolwiek zysk, prowadząc do przejęcia ciężaru finansowego realizowanego zamówienia przez wykonawców. Wzrost stóp procentowych ściśle skorelowany jest z inflacją, a tym samym, oddziałuje na wykonawców podwójnie.

<sup>15</sup> <https://finanse.gazetaprawna.pl/artykuly/1468038.glapinski-grozba-deflacji.html>



76. Nie sposób również pominąć obserwowanego znacznego wzrostu kosztów osobowych, wynikłego ze zmian przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i minimalnej stawce godzinowej.
77. Wysoka, niespotykana dotychczas galopująca inflacja, potęguje również duży nieprzewidziany wzrost kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem wykwalifikowanych pracowników (tzw. spirala płacowo-inflacyjna), które są najbardziej znaczącym elementem składowym kosztów wykonawców świadczących usługi takie, jak stanowiące przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Dla porównania, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw publikowane przez Prezesa GUS w II kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r. wyniósł 4,06%, natomiast średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w II kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. 7,88%, a w ostatnim roku wyniósł **11,84 %**. Tą niespotykaną tendencję potwierdza również porównanie dla II kwartału tj. średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r., 4,09%, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. - 8,82%, - w ostatnim roku wyniósł **14,55 %**. Powyższe prowadzi do wniosku, że przy utrzymywaniu się wysokiego poziomu inflacji należy oczekiwać również rosnących w podobnym tempie kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników.
78. Godzi się w tym miejscu przypomnieć, że okres realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu wynosić będzie łącznie aż 54 miesiące. Aktualnie całe ryzyko nie dających się przewidzieć, wyżej wskazanych zmian gospodarczych Zamawiający przeniósł na wykonawcę, który nie posiadając zdolności jasnowidzenia nie jest w stanie antycypować rozwoju sytuacji polityczno-gospodarczej w Polsce w okresie kolejnych 54 miesięcy. Dopuszczenie bowiem zaledwie 10% limitu waloryzacji w kontrakcie wieloletnim, w realiach ponad 17% inflacji i przy zastosowaniu wzoru, który de facto ograniczy limit waloryzacji do 6%, jawi się jako działanie oderwane od rzeczywistości, absolutnie nie pozwalające na osiągnięcie celów waloryzacji.
79. Prawdliwość powyższej konstatacji Odwołującego znajduje potwierdzenie w treści wyroku KIO z dnia 3 listopada 2022 r. (sygn. akt: KIO 3004/22), w którym, odnosząc się do analogicznego maksymalnego limitu waloryzacji, wskazano, iż „(...) Zdaniem Odwołującego przewidziana w Umowie łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto, określonego w ust. § 16 ust. 1 pkt 1 Umowy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, tj. 10%, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron Umowy, nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający natomiast twierdzi, że nie jest możliwe z jego strony podwyższenie w wyniku waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy o więcej niż przewidziane w Umowie, jak też, nie ma uzasadnienia, aby w całości to Zamawiającego obciążało ryzyko związane z inflacją. Zamawiający nie wykazał jednak, dlaczego nie może określić wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy ponad 10%. **W ocenie Izby zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% i rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, mając na uwadze, że okres obowiązywania Umowy wynosi 72 miesiące, dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. 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.”.**

80. Za adekwatnością 20% limitu waloryzacji (a zarazem przeciwko limitowi 10%) opowiedziała się KIO również w wyroku z dnia 25 października 2022 r. (połączone sprawy KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22).
81. Odwołujący podkreśla, iż cytowane powyżej wyroki zostały wydane zaledwie kilka tygodni przed wniesieniem Odwołania, co implikuje możliwość poczynionych w nim ustaleń co do istniejących warunków makroekonomicznych do realiów niniejszej sprawy. Ponadto odnotować należy zasadniczą zbieżność okresów realizacji zamówienia – w przypadku Postępowania jest to, co do zasady, 57 miesięcy, w sprawie zakończonej listopadowym orzeczeniem KIO były to 72 miesiące. Zbieżność przejawia się nadto również w charakterze przedmiotu zamówienia – w obu przypadkach mamy bowiem do czynienia z zamówieniami, których przedmiotem jest świadczenie usług o charakterze intelektualnym. Fakt występowania owych analogii, czy wręcz tożsamości, winien prowadzić do konkluzji o adekwatności stanowiska KIO zaprezentowanego w połączonych sprawach KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 3004/22 do stanu faktycznego, będącego kanwą niniejszego Odwołania.
82. Poza sporem pozostaje, iż to Zamawiający, w ramach prawnych zakreślonych postanowieniami art. 439 ust. 1 i 2 PZP, kształtuje treść klauzuli waloryzacyjnej. O ile przepis art. 439 ust. 1 i 2 PZP ma charakter normy *ius cogens* w odniesieniu do obowiązku wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej, to w odniesieniu do nadania danej klauzuli waloryzacyjnej oznaczonej treści Zamawiający korzysta z wolności kontraktowej (art. 353<sup>1</sup> KC). W tym zakresie jednak swoboda Zamawiającego nie jest nieograniczona. Klauzula waloryzacyjna powołana do życia na potrzeby umowy w sprawie zamówienia publicznego (na etapie SWZ – projektowane postanowienia umowy) powinna uzyskać treść, która umożliwi zrealizowanie celów, dla których polski system prawny został uzupełniony o normę prawną wyrażoną w postanowieniach przepisu art. 439 ust. 1 i 2 PZP.
83. Oceniając klauzulę waloryzacyjną będącą przedmiotem Odwołania nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż sformułowanie jej w aktualnej postaci jest jedynie wypełnieniem przez Zamawiającego formalnego obowiązku wyrażonego w art. 439 ust. 1 i 2 PZP. Klauzula przewidująca limit waloryzacji umownej oscylujący w granicach niewiele ponad połowy prognozowanej inflacji w swej istocie jest czynnością zmierzającą do obejścia prawa. Już bowiem w swoich założeniach kontraktowych klauzula taka nie będzie mogła stanowić faktycznej rekompensaty wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu.
84. Tego rodzaju działaniom pozornym sprzeciwia się orzecznictwo KIO, które nakazuje kreowanie klauzul waloryzacyjnych tworzących mechanizm uwzględniający zmiany cen na rynku. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO 1192/22) *Celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) 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 zasad waloryzacji, które da stronom umowy*

*szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy. (niepubl. zamieszczony w systemie informacji prawnej Legalis, Legalis nr 2789615).*

85. 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 powinny zapewnić 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.
86. W omawianym przypadku mamy jednakże do czynienia z klauzulą, która wprost, już na poziomie swoich założeń konstrukcyjnych, sprzeciwia się tym celom. Już tylko z tego powodu klauzula taka powinna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego i zastąpiona przez klauzulę, która będzie wpisywać się w *ratio legis* powołania do życia w przepisach o zamówieniach publicznych postanowień art. 439 ust. 1 i 2 PZP.
87. Uczynienie zadość żądaniu Odwołania i zwiększenie maksymalnego limitu waloryzacji do 20% wynagrodzenia, przy jednoczesnej modyfikacji wzoru z § 2a ust. 5 PPU spowoduje faktyczne ukształtowanie limitu waloryzacji na poziomie 18%, co wydaje się adekwatne do aktualnej sytuacji gospodarczej.

#### **PODSUMOWANIE I WNIOSEK KOŃCOWY**

88. Całokształt wyżej podniesionych okoliczności faktycznych prowadzi do jednoznacznej konkluzji zasadności zarzutów podniesionych przez Odwołującego.
89. W takim stanie rzecz Odwołanie jest konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi jak w *petitum*.

---

Jarosław Jerzykowski  
radca prawny

---

Martyna Wójcik  
radca prawny



Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictw,
- 3) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, pobrana na podstawie art. 4 ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, dotycząca Zamawiającego
- 4) dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
- 5) dowód wpisania Odwołującego na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 PZP,
- 6) dowód przekazania Odwołania Zamawiającemu.