



Warszawa, 15 marca 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu**
ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
NIP: 781-184-07-66
tel.: +48 618 593 430
e-mail: kancelaria@zdp.poznan.pl

Odwołujący: **Budimex S.A.**
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowany przez:
r.pr. Magdalenę Maksimiuk
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: magdalena.maksimiuk@budimex.pl
tel.: + 48 512 482 095

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa dróg powiatowych Borówiec-Koninko-Lotnisko Poznań-Krzesiny Zadanie 1 i 2*” (oznaczenie postępowania: WZ.261.2.2.2024; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2024 r. pod nr wydania Dz.U. S: 46/2024, nr publikacji ogłoszenia: 133031-2024.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:

- 1) **art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie w ramach projektu umowy (dalej również jako „Umowa”) klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i



będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowany w dalszej części niniejszego Odwołania zarzut dotyczy treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego**



na wykonawcę.¹ Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.² W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ KC).

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**³

Zarzuty dotyczące klauzuli waloryzacyjnej

a) jednokrotność waloryzacji wynagrodzenia

1. W treści §11 Umowy Zamawiający określił zasady płatności dotyczące zastosowania klauzuli waloryzacyjnej. I tak, w §11 ust. 6 Umowy wskazał, że „*Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji jednokrotnie*”.

¹ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

² Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.

³ KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.



2. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, że ograniczanie możliwości zastosowania waloryzacji wyłącznie do pojedynczej sytuacji (jednokrotność) stoi wprost w sprzeczności z podstawowymi celami wprowadzenia waloryzacji i w sposób jaskrawy świadczy o pokrzywdzeniu sytuacji wykonawcy. Według obecnego brzmienia klauzuli waloryzacyjnej wykonawca będzie ponosił 100% ryzyka wzrostu kosztów realizacji odnośnie robót wykonywanych poza tą jedną sytuacją, w której dopuszczona będzie waloryzacja, również, a może przede wszystkim w sytuacjach, w których do waloryzacji istotnej części prac powinno dojść poza tym jednym razem, który został dopuszczony przez Zamawiającego, a termin na złożenie wniosku został przekroczony bez winy Wykonawcy. Tego rodzaju interpretacja prowadzi do wniosku o naruszeniu zasady swobody umów i równowagi stron. Biorąc pod uwagę powyższe, i żeby realizacja umowy miała jakikolwiek sens ekonomiczny, wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie ryzyka związane z brakiem możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia poza jednym razem dopuszczonym w ramach klauzuli waloryzacyjnej przez Zamawiającego. W oparciu o aktualne brzmienie klauzuli wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Każdy racjonalnie działający profesjonalny wykonawca w branży, działając ze świadomością powyższego, będzie zmuszony do uwzględnienia w cenie ofertowej ryzyka wzrostu cen. W związku z tym Zamawiający działa na swoją szkodę – dopuszczając jednokrotność waloryzacji może być niemal pewien, że otrzyma od wykonawców wyższe ceny za realizację przedmiotu zamówienia, które będą uwzględniały ten fakt.
3. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 2 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 440/22): *„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 KIO 440/22 8 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 postrzegana jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.”*
4. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dopuszczenie wielokrotnego dokonywania waloryzacji wynagrodzenia.



b) dopuszczenie waloryzacji jedynie połowy wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia

9. Zmiana (podwyższenie lub obniżenie) wynagrodzenia umownego wynikająca z waloryzacji, będzie pokrywana przez Strony Umowy po połowie, zgodnie z poniższym wzorem:

Część 1 Zadanie 1

- a) Wynagrodzenie umowne podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony według wzoru:

$$Pw = 0,5 + 0,5 * Ww / 100\%$$

gdzie:

Pw - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot, Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – ulica zbiorcza (klasa Z), opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na stronie internetowej jego Urzędu („Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych”), wyliczony na podstawie ostatniego opublikowanego na dzień złożenia wniosku o waloryzację, w stosunku do ostatniego opublikowanego na dzień składania ofert.

Część 2 Zadanie 2

- b) Wynagrodzenie umowne podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik (Pw) stanowiący sumę Współczynników waloryzacyjnych (PwD) i (PwM) wyliczonych według wzoru:

$$Pw = PwD + PwM$$

gdzie:

$$PwD = 0,5 + 0,5 * WwD / 100\%$$

gdzie:

PwD - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot z wyłączeniem kwot obiektów mostowych obejmujących pozycje w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów w Kosztorysie Ofertowym pod nr: 3b – budowa wiaduktu WD-1, 4b – budowa mostu OM-1, 5b-budowa mostu OM-2 i 6b- remont mostu OM-3 ,

WwD – wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – ulica zbiorcza (klasa Z), opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na stronie internetowej jego Urzędu („Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych”), wyliczony na podstawie ostatniego opublikowanego na dzień złożenia wniosku o waloryzację, w stosunku do ostatniego opublikowanego na dzień składania ofert.

$$PwM = 0,5 + 0,5 * WwM / 100\%$$

gdzie:

PwM - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot obiektów mostowych, obejmujących pozycje opisane w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów w Kosztorysie Ofertowym pod nr: 3b – budowa wiaduktu WD-1, 4b – budowa mostu OM-1, 5b-budowa mostu OM-2 i 6b-remont mostu OM-3,

WwM – wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku cen obiektów mostowych – Wiadukt drogowy o konstrukcji ustroju niosącego -zespolonej-dźwigary stalowe -blachownica, wieloprzęsłowy, rozpiętość przęsła powyżej 25 m, opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na stronie internetowej jego Urzędu („Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych”), wyliczony na podstawie ostatniego opublikowanego na dzień złożenia wniosku o waloryzację, w stosunku do ostatniego opublikowanego na dzień składania ofert.

5. Na podstawie powyższego wzoru uzasadniony jest wniosek, zgodnie z którym Zamawiający dopuszcza wprowadzenie waloryzacji jedynie połowy wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający ustalił bowiem, że powyżej zaprezentowany wzór na waloryzację (dla obu części i



obu zadań) obejmuje waloryzację wynagrodzenia według współczynnika waloryzacyjnego, który należy liczyć z uwzględnieniem poniższej zasady:

$$Pw = 0,5 + 0,5 * Ww/100\%$$

Zgodnie z obowiązującymi zasadami matematycznymi, stałą wartością będzie zatem 0,5, pozostająca niezmienną, a przemnożeniu przez Współczynnik waloryzacyjny będzie podlegać wyłącznie 0,5 wynagrodzenia (czyli 50%).

6. Zgodnie z aktualnym brzmieniem klauzuli waloryzacyjnej Zamawiający zatem nie tylko wprowadza jednokrotność waloryzacji, jak również wskaźnik tzw. „aktywatora” (opisany szczegółowo poniżej), które to elementy zupełnie uniemożliwiają realne skorzystanie z mechanizmu waloryzacyjnego, to jeszcze Zamawiający ustala, że jedynie połowa wynagrodzenia umownego będzie podlegała waloryzacji. Podobnie jak ma to miejsce przy omówieniu pozostałych zarzutów względem przygotowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej, również i w tym przypadku w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia równowagi stron umowy i zaburzenia wzajemnych relacji na linii zamawiający – wykonawca skutkujących kompletnym zniwelowaniem zasady ekwiwalentności świadczeń stanowiącej podstawę tych relacji w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.
7. Tymczasem zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r. (sygn. akt KIO 3600/21), Izba stanęła na stanowisku, niejako w obronie wykonawców, że: *„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 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 [por. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, komentarz do art. 439, Warszawa 2021 oraz A. Matusiak, Waloryzacja umów, Zamówienia Publiczne. Doradca. 2021, nr 9].”*
8. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę wzoru na waloryzację wynagrodzenia, w sposób, który został zaproponowany przez Odwołującego w ostatniej części niniejszego odwołania.



c) uwzględnienie rażąco wygórowanego wskaźnika tzw. „aktywatora”

9. W ramach §11 ust. 8 Umowy określił zasady i procedurę zmiany wynagrodzenia na wypadek wystąpienia sytuacji, gdy w okresie obowiązywania umowy nastąpi zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Zamawiający określił, że:

*„W przypadku **zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 9, o minimum 7%,** Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1. W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, że zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. Wniosek należy złożyć do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1.”*

10. W tym miejscu Odwołujący podkreśla, że ustawodawca zobowiązał Zamawiającego na podstawie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp do uwzględnienia w umowie o roboty budowlane zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Należy także podkreślić, że wykonawca na podstawie art. 439 ust. 5 ustawy Pzp jest zobowiązany odpowiednio zwaloryzować wynagrodzenie podwykonawcy.
11. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzanym mechanizmem waloryzacyjnym, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość dobrania najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.
12. Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych”.
13. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne Zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji. Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona,



nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego powinna ustalić czy określony przez Zamawiającego sposób waloryzowania wynagrodzenia pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.

14. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.
15. Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.
16. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.
17. Przekładając powyższą argumentację na grunt skarżonego postanowienia, Odwołujący akcentuje uchybienie dotyczące jego treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania klauzuli waloryzacyjnej realnego charakteru, tj. **wprowadzenie do klauzuli waloryzacyjnej tzw. „aktywatora” o wartości 7%.**



18. W treści proponowanej klauzuli waloryzacyjnej Zamawiający podał, że strony będą mogły żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie „W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 9, o minimum 7%”.
19. Sens zastosowania tzw. „aktywatora” sprowadza się wyłącznie do ograniczenia zaangażowania (czasowego, ekonomicznego, osobowego) Stron umowy w procedowanie waloryzacji dla pewnych kwot ograniczonych procentowo, jednak w żadnej mierze nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Z uwagi więc z jednej strony na brak obligatoryjności wprowadzania postanowień tego rodzaju (dotyczących aktywatora waloryzacji), z drugiej zaś na nałożony na zamawiających obowiązek wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień, które realnie zagwarantują wdrożenie mechanizmu waloryzacyjnego, często spotykaną praktyką jest nawet całkowita rezygnacja z zastosowania aktywatorów, z dwóch podstawowych względów: a) aktywatory nie zostały uwzględnione jako elementy proponowanych klauzul waloryzacyjnych w ramach przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych publikacji z listopada 2022 r. pt.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa”, nie są też standardowo uwzględniane jako elementy klauzuli w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz PKP PLK, b) wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zbyt wysokiego progu aktywacji, mógłby nigdy nie znaleźć zastosowania, co nie jest zgodne z założeniami ustawodawcy i respektowaniem prawidłowości wydatkowania środków publicznych.
20. Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego Postępowania, w przypadku, gdy wskaźnik zatrzyma się w referencyjnym okresie, miesiąc do miesiąca np. nawet na wartości 6,9% lub mniej (co jest niemal pewne) klauzula waloryzacyjna w ogóle nie znajdzie zastosowania, będzie postanowieniem nieefektywnym, albo wręcz martwym, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu ustawy Pzp.
21. Należy także podkreślić, że biorąc pod uwagę opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny dane za lata 2022 r. i 2023 r. dotyczące wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej (będącym jedną ze składowych wskaźnika wzrostu cen środków przywoływanego przez Zamawiającego w ramach §8 ust. 5 Umowy) należałoby stwierdzić, że nawet w okresie najbardziej galopujących cen, poziom zmian cen w stosunku w interwałach półrocznych w ostatnich latach daleki był od postulowanych przez Zamawiającego 7%. Trudno przy tym uznać, aby sytuacja makroekonomiczna zmieniła się na tyle, aby uśrednione wskaźniki cen w Polsce zwiększyły się aż tak bardzo względem danych historycznych, co potwierdza tylko, że waloryzacja w zaproponowanym przez Zamawiającego kształcie tak naprawdę nigdy nie zostanie uruchomiona w ramach przedmiotowej umowy.
22. Poniżej Odwołujący przedstawia dane Głównego Urzędu Statystycznego wraz z wpływającymi z nich wnioskami dotyczącymi przeciętnych wzrostów cen w Polsce w ostatnich latach:
- 1) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2022 r. (publikacja 18.02.2022 r.):



Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2022 r.

Wyszczególnienie	12 2021		01-12 2021	01 2022	
	11 2021=100	analogiczny okres 2020=100		01 2021=100	12 2021=100
Ogółem	101,0	107,6	104,2	108,3	101,1
Budowa budynków ^a	100,9*	107,7*	104,7	108,7	101,1
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	101,0	107,6	104,2	108,5	101,1
Roboty budowlane specjalistyczne	100,8*	106,3*	103,5	107,5	101,2

(źródło: https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/38/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_styczniu_2022.pdf)

2) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2022 r. (publikacja 20.07.2022 r.):

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w maju i czerwcu 2022 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	05 2022		06 2022		01-06 2022
	04 2022=100	analogiczny okres 2021=100		05 2022=100	01-06 2021=100
OGÓŁEM	101,3	112,2	113,2	101,4	110,8
Budowa budynków ^a	101,6*	113,2	114,4	101,7	111,5
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	101,3	112,2*	113,2	101,4	111,0
Roboty budowlane specjalistyczne	101,0*	110,9*	111,6	101,1	109,7

(źródło: https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/43/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_czerwcu_2022_r..pdf)

3) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022 r. (publikacja 23.01.2023 r.):



Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w listopadzie i grudniu 2022 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	11 2022		12 2022		01-12 2022
	10 2022=100	analogiczny okres 2021=100	11 2022=100	12 2022=100	01-12 2021=100
OGÓŁEM	100,6	114,7	114,3	100,5	112,6
Budowa budynków ^a	100,5*	115,7*	115,4	100,5	113,5
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,6*	114,9*	114,3	100,5	112,8
Roboty budowlane specjalistyczne	100,8*	113,0*	113,1	100,8	111,2

(źródło: https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/49/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_grudniu_2022_r.pdf)

4) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2023 r. (publikacja 20.02.2023 r.):

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022r. i styczniu 2023r.

Wyszczególnienie	12 2022		01-12 2022	01 2023	
	11 2022=100	analogiczny okres 2021=100	12 2022=100	01 2023=100	12 2022=100
Ogółem	100,6*	114,4*	112,7	113,1	100,0
Budowa budynków ^a	100,6*	115,5*	113,5	114,2	100,1
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,6*	114,4*	112,8	113,2	100,1
Roboty budowlane specjalistyczne	100,7*	113,0*	111,2	111,5	99,9

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-styczniu-2023-roku,15,50.html>)

5) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2023 r. (publikacja 20.07.2023 r.):



Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w maju i czerwcu 2023 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	05 2023		06 2023		01-06 2023	
	04 2023=100	analogiczny okres 2022=100	05 2023=100	12 2022=100	01-06 2022=100	
OGÓŁEM	100,9	110,9	110,4	101,0	104,1	111,9
Budowa budynków ^a	100,7*	110,7	109,8	100,8	103,5	112,2
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	101,0	111,8	111,4	101,0	104,9	112,5
Roboty budowlane specjalistyczne	100,9*	109,7*	109,8	101,0	103,7	110,4

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-czerwcu-2023-roku,15,55.html>)

6) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. (publikacja 19.01.2024 r.):

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w listopadzie i grudniu 2023 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	11 2023		12 2023		01-12 2023	
	10 2023=100	analogiczny okres 2022=100	11 2023=100	12 2022=100	01-12 2022=100	
OGÓŁEM	100,5	108,0	107,5	100,3	110,2	
Budowa budynków ^a	100,4	107,0*	106,4	100,3	110,0	
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,5	109,3*	108,8	100,4	111,2	
Roboty budowlane specjalistyczne	100,5	107,4	106,8	100,3	109,2	

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-grudniu-2023-roku,15,61.html>)

7) Wnioski z opublikowanych danych dotyczących wskaźników cen produkcji budowlano – montażowej z ostatnich lat:



Okresy	Wskaźnik produkcji budowlano - montażowej	Wzrost wskaźników w okresach półrocznych
gru-23	110,2	9,26%
sty-23	100	
cze-23	111,9	10,63%
sty-23	100	
gru-22	112,6	10,21%
sty-22	101,1	
cze-22	110,8	8,75%
sty-22	101,1	

23. W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o **zmniejszenie „aktywatora” mechanizmu waloryzacyjnego do poziomu 3%**, który z jednej strony uzasadniony jest historycznymi danymi porównawczymi, z drugiej zaś stanowi uczciwy podział ryzyk realizacyjnych pomiędzy stronami. Dodatkowo Odwołujący powołuje się na inne przykładowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający decydowali się na określenie tzw. „aktywatora” waloryzacji na podobnym poziomie, tj. 3% i mniejszym (o ile on w ogóle został wprowadzony, bo jak Odwołujący wskazywał wcześniej, nie jest to sytuacja typowa), przykładowo: postępowanie pn. „Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku”, w ramach którego zamawiający przyjął 4% aktywator waloryzacji, postępowanie pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 450 w Kaliszu – etap II (odcinek od ul. Księżnej Jolanty do ul. Antycznej wraz z przebudową wiaduktu kolejowego)”, w ramach którego zamawiający przyjął 3% aktywator waloryzacji, czy też postępowanie pn. „Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów zajezdni tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy”, w ramach którego zamawiający przyjął 1% aktywator waloryzacji.
24. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez Zamawiającego w ramach §11 ust. 8 Umowy. Odwołujący wskazuje raz jeszcze, że postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022), co w przedmiotowym przypadku – ze względu na uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia – nie zostało przez Zamawiającego zagwarantowane.
25. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.



26. Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści Umowy poprzez nadanie jest następującego brzmienia:

• **§11 ust. 6 Umowy:**

„Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji ~~jednokrotnie~~ wielokrotnie, na zasadach określonych w niniejszym paragrafie”.

• **§11 ust. 8 Umowy:**

„W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 9, o minimum 3% ~~7%~~, Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1. W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, że zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. Wniosek należy złożyć do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1.”

• **§11 ust. 9 Umowy:**

Zmiana (podwyższenie lub obniżenie) wynagrodzenia umownego wynikająca z waloryzacji, będzie pokrywana przez Strony Umowy po połowie, zgodnie z poniższym wzorem:

Część 1 Zadanie 1

- a) Wynagrodzenie umowne podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony według wzoru:

$$Pw = \mathbf{0,5 + 0,5 * Ww / 100\%} \quad \mathbf{0,2 + 0,8 * Ww / 100\%}$$

(...)

Część 2 Zadanie 2

- b) Wynagrodzenie umowne podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik (Pw) stanowiący sumę Współczynników waloryzacyjnych (PwD) i (PwM) wyliczonych według wzoru:

$$Pw = PwD + PwM$$

gdzie:

$$PwD = \mathbf{0,5 + 0,5 * WwD / 100\%} \quad \mathbf{0,2 + 0,8 * WwD / 100\%}$$

budimex

(...).”

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.