

WYROK

Warszawa, dnia 29 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Colas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 4051/24

UZASADNIENIE

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, dalej: „Zamawiający” prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa obwodnicy Szamotuł w ciągu dróg wojewódzkich nr 184 i 187”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

23 października 2024 r. pod numerem 643978-2024.

4 listopada 2024 r. wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu, polegającej na ustaleniu niezgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp oraz przepisami ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, dalej: „k.c.” projektowanych postanowień umowy, dalej: „PPU” jako części Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 353¹ k.c., art. 58 k.c., art. 5 k.c. w zw.

z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1, 2 ustawy Pzp,

w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie w § 8 Projektowanych Postanowień Umowy:

a.terminu złożenia wniosku o waloryzację dopiero po 12 miesiącach od dnia zawarcia Umowy (bez możliwości waloryzacji wynagrodzenia za roboty wykonane do tego terminu) oraz określenia jednokrotnej waloryzacji wynagrodzenia, co oznaczać będzie, że zdecydowana większość (wartość) wynagrodzenia za wykonanie roboty w ogóle nie będzie podlegać waloryzacji;

b.poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzację wynagrodzenia na zbyt wysokim poziomie tj. 10% (poziom wskaźnika inflacji cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego

w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego), niemożliwym do osiągnięcia w trakcie trwania realizacji Umowy, względnie możliwym do osiągnięcia na końcowym terminie realizacji Inwestycji

a tym samym określenie przez Zamawiającego w PPU pozornej klauzuli waloryzacyjnej, nie pozwalającej na przywrócenie ekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę § 8 PPU w taki sposób, aby warunki waloryzacji wynagrodzenia faktycznie odzwierciedlały cel umownej klauzuli waloryzacyjnej tj. przywrócenie ekwiwalentności świadczeń.

Odwołujący zaproponował modyfikację §8 PPU poprzez nadanie mu przykładowo następującego brzmienia:

„§8

1. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji nie wcześniej niż po upływie 12 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy i dokonaniu odbioru częściowego, o którym mowa w § 20 ust. 3 Umowy.

2. Wynagrodzenie umowne może podlegać będzie wielokrotnej waloryzacji na zasadach określonych w niniejszym

paragrafie. jednokrotnie:

3. Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5.

4. W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5, o minimum 40%, 3% Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1. W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, **wysokość współczynnika waloryzacyjnego (Pw)** że ~~zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia~~. Wniosek/**wnioski** należy **składać uwzględniając odpowiedni współczynnik waloryzacyjny za okres obejmujący zakres odbioru częściowego robót i** złożyć **najpóźniej** do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

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

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 – droga miejska wojewódzka (klasa G), 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.

6. Waloryzacja dotyczyć będzie jedynie wynagrodzenia za roboty **objęte odbiorem częściowym i/lub końcowym**. **Waloryzacja nie będzie obejmować wynagrodzenia za roboty wykonane i które nie zostały wcześniej odebrane odbiorami częściowymi w okresie, gdy Strony nie były uprawnione do waloryzacji zgodnie z Umową lub które zostało zwaloryzowane na podstawie wcześniejszego wniosku.** Łączna wartość pozycji z Kosztorysu Ofertowego objętych wnioskiem o waloryzację/informacją o zmianie wynagrodzenia, o której mowa w ust. 4, zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony zgodnie z ust. 5.

7. Waloryzacji nie podlega wynagrodzenie za roboty dodatkowe oraz roboty zamienne, o których mowa w § 2 Umowy, chyba że ww. roboty są wykonywane w okresie dłuższym niż 42 6 miesięcy od dnia zatwierdzenia przez Zamawiającego protokołu konieczności, o którym mowa w § 2 Umowy, oraz odpowiadają opisowi pozycji w Kosztorysie ofertowym. Łączna wartość pozycji ujętych w protokole konieczności, a objętych wnioskiem o waloryzację zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony zgodnie z ust. 5.

8. Łączna wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia umownego Wykonawcy wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 15% wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

9. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 8.

10. Waloryzacji nie będzie podlegać wynagrodzenie umowne za roboty zrealizowane po terminie wskazanym w § 5 ust. 1 Umowy, w sytuacji, w której do przekroczenia terminu realizacji doszło z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę.

11. Ewentualna zmiana wysokości wynagrodzenia umownego będzie poprzedzona badaniem dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę i będzie następowała w oparciu o aneks do Umowy, podpisany przez Strony Umowy.

12. W przypadku likwidacji wskaźnika, o którym mowa w ust. 5 lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w ust. 5 stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot.

13. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 i nast., zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz gdy umowa ta została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów, dotyczącym zobowiązania Podwykonawcy.

14. Zamawiający dokona zapłaty zwaloryzowanego wynagrodzenia na warunkach i zasadach określonych w § 10 ust. 13 Umowy.”

W uzasadnienie odwołania Odwołujący wskazał, że zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy Pzp

a zaproponowana waloryzacja jest pozorna oraz stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie w praktyce nie spełni swojej funkcji. Zamawiający

w § 8 PPU wprowadził postanowienia będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Mimo

prowadzenia tych postanowień Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy Pzp, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji mają charakter pozorny, zawierają warunki, które od powodują, że nie wiadomo, czy w ogóle dojdzie do waloryzacji wynagrodzenia (nawet w przypadku bardzo wysokiego wzrostu cen i kosztów), a w przypadku wystąpienia przesłanek waloryzacji, które uniemożliwiają przywrócenie ekonomicznej równowagi stron.

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie do stosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Ustawodawca przewidział, że trwający ponad 6 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla strony umowy oddziaływania zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy

w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Odwołujący podkreślił, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak również obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w sytuacji gospodarczej, którą można zaobserwować od kilku lat m. in. znaczny wzrost cen materiałów

i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktów lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też 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 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 należyta, terminową oraz bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

- 1) jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych,
- 3) sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
- 4) winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów ale w przyszłych doświadczeń.

Wymogi, jakie powinna spełniać klauzula waloryzacyjna określono w art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniające strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia,
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający formułując §8 Projektu Umowy warunki waloryzacji nie wypełnił dyspozycji art. 439 ustawy Pzp. Klauzula waloryzacyjna jedynie formalnie zawierała elementy określone w przepisie art. 439 ust. 2 ustawy Pzp, jednak ustalony przez Zamawiającego poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający stronę do żądania zmiany wynagrodzenia został ustalony całkowicie w oderwaniu od realiów ekonomicznych panujących na rynku, przez co klauzula ma charakter czysto iluzoryczny i nie pozwoli na waloryzację wynagrodzenia, choćby wzrost cen lub kosztów był znaczący. Również sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia jawił się jako niezgodny z przepisami ustawy Pzp, bowiem nie pozwalał na przywrócenie równowagi ekonomicznej między stronami. Zarówno w przypadku poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniającego stronę do żądania waloryzacji, jak i sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia Zamawiający kształtował nadużywając swojej uprzywilejowanej pozycji oraz w sposób

całkowicie zaburzających równowagę stron stosunku zobowiązaniowego.

Przechodząc do konkretnych uchybień Zamawiającego w powyższym zakresie Odwołujący wskazał na następujące nieprawidłowe założenia w zakresie waloryzacji:

a. Pierwsza waloryzacja będzie miała miejsce dopiero po 12 miesiącach obowiązywania Umowy - biorąc pod uwagę okres, jaki upłynie pomiędzy złożeniem ofert a zawarciem Umowy - wykonawca może złożyć wniosek o waloryzację najwcześniej po 15 miesiącach od dnia złożenia oferty, co przy jednoczesnym zakazie waloryzacji „wstecz” (tj. w zakresie robót wykonanych i odebranych przed złożeniem wniosku) oraz jednokrotność waloryzacji oznacza, że bardzo znacząca część wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie w ogóle podlegać waloryzacji. Według obecnych szacunków Odwołującego w pierwszym roku realizacji wykonany zostanie przerób o wartości około 40 - 45% wartości całego wynagrodzenia. Tym samym uzasadnione jest w ocenie Odwołującego określenie krótszego terminu, w którym możliwe jest złożenie pierwszego wniosku waloryzacyjnego – tj. 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Ponadto w ocenie Odwołującego osiągnięcie progu wejścia wskazanego w klauzuli powinno powodować możliwość wielokrotnej waloryzacji wynagrodzenia – tj. przy każdym rozliczeniu częściowym. Analogiczne warunki w ocenie odwołującego powinny dotyczyć sytuacji zlecenia robót dodatkowych/zamiennych.

Odwołujący dodał, że określenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy dopiero po 12 miesiącach obowiązywania umowy, stoi w jawnej sprzeczności z §8 ust. 13 PPU, zgodnie z którym w przypadku dokonania waloryzacji, Wykonawca zobowiązany będzie do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz, gdy umowa ta została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów, dotyczących zobowiązania Podwykonawcy. Tym samym Zamawiający postawił wykonawcy warunki waloryzacji wynagrodzenia podwykonawcy na wyższym pułapie niż te obowiązujące Zamawiającego. Biorąc pod uwagę, że umowa powykonawcza najczęściej jest zawierana do miesiąca od złożenia przez podwykonawcę oferty, Wykonawca będzie musiał zwaloryzować wynagrodzenie podwykonawcy już po 7 miesiącach od złożenia przez niego oferty, podczas gdy według warunków ustalonych przez WZDW, sam będzie uprawniony do wystąpienia o waloryzację najwcześniej po 15 miesiącach od złożenia oferty w przetargu.

b. Zasadę, że warunkiem waloryzacji jest co najmniej 10% wskaźnik wzrostu cen (tzw. „próg wejścia” uprawniający do waloryzacji cen) - skutkiem tego inflację niższą niż 10% każdy wykonawca powinien doliczyć do ceny oferty. Oznacza to, że niezależnie od poziomu przyszłej inflacji, Zamawiający z góry dostaje przetargu oferty podwyższone o dużą kwotę ryzyka inflacyjnego. Jest to dla finansów publicznych koszt, którego Zamawiający wcale nie musiałby ponosić przy uczciwych zapisach waloryzacyjnych, gdyby inflacja wystąpiła na znikomym poziomie (lub np. na poziomie „celu inflacyjnego”). Co więcej, biorąc pod uwagę dane archiwalne GUS, jak i przewidywania ekonomistów odnośnie poziomu inflacji (związane choćby z naturalnym dążeniem gospodarki rynkowej do „inflacji pełzającej” oraz banku centralnego do „celu inflacyjnego”, czyli pożądanego poziomu inflacji znajdującego się zazwyczaj pomiędzy 2 - 3% w skali roku) osiągnięcie przez Wykonawcę wskaźnika waloryzacji innego wymaganego przez Zamawiającego jest mało realne. W związku z powyższym, najbardziej właściwy poziom progu inflacji uprawniający wykonawcę do wystąpienia o waloryzację, nie powinien przekraczać 3 %.

Inflacja na poziomie maksymalnie do 3% jest naturalna i każdy profesjonalnie działający wykonawca jest w stanie ją przewidzieć i przed nią w racjonalny sposób zabezpieczyć, dlatego Odwołujący zaproponował właśnie 3% jako poziom wzrostu cen, po którym stronę umowy powinny włączyć mechanizm podziału wzrostu cen między siebie.

Odwołujący przedstawił publikowane dane, dotyczące wskaźnika wzrostu Ww

za poszczególne miesiące od stycznia do 2023 r. do sierpnia 2024 r. oraz wskazał, że

z powyższych danych opublikowanych przez Prezesa GUS wynika jednoznacznie, że wskaźnik wzrostu cen sukcesywnie spada (jak pokazuje na Wykresie nr 1 przerywana linia trendu) - za cały 2023 rok wyniósł 6,3% natomiast za ostatni rok, z którego dostępne są dane, tj. od września 2023 r. do sierpnia 2024, wskaźnik ten wykazał wzrost łącznie o 4,7 % (czyli około 0,4% na miesiąc).

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę te dane, jak i przewidywania ekonomistów i Banku Centralnego, najbardziej prawdopodobnym scenariuszem na najbliższe lata (przy założeniu nie wystąpienia nowych czynników/zdarzeń destabilizujących gospodarkę) jest powolny spadek wskaźników wzrostu cen i stabilizowanie się ich na poziomie 4 % (+/- 1) w skali roku. W przypadku budowy będącej przedmiotem odwołania, która będzie trwała 2 lata, ustalony przez WZDW „próg wejścia” na poziomie 10% oznacza poniesienie całego wzrostu cen przez wykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że nawet niewielki przewidywany wzrost cen, przy inwestycji szacowanej na około 100 mln zł, powoduje znaczne obciążenie z tytułu wzrostu cen i ryzyko nieporównywalności ofert.

Odwołujący przedstawił tabele obrazujące skuteczność zapisów waloryzacyjnych w trzech prawdopodobnych scenariuszach uzależnionych od poziomu wzrostu cen, który wystąpi: Tabela nr 1 przy rocznym wzroście cen na poziomie 4,68 % (zgodnie z powyższymi wyjaśnieniami - najmniej prawdopodobny, ale najbardziej zbliżony do danych z

ostatniego roku), Tabela nr 2 przy wskaźniku 4,2 % rok (tj. zakładający dalszy spadek cen według obecnego trendu) i Tabela nr 3 przy wskaźniku 4,08% na rok.

Odwołujący wskazał, że Tabela nr 1 obrazuje, że nawet jeśli w okresie realizacji budowy wzrost cen zostałby na poziomie z ostatniego roku (nie kontynuując delikatnego trendu spadkowego), to według zapisów WZDW waloryzacja pokryłaby zaledwie 10,90 % wzrostu cen (co oznacza pokrycie przez Wykonawcę pozostałych 89,1% inflacji). Zgodnie z przewidywaniami ekonomistów, bardziej prawdopodobne są jednak scenariusze przedstawione w Tabelach nr 2 i 3.

Tabela nr 2 zakłada też całkiem optymistyczne założenie, że wskaźniki wzrostu cen osiągną próg wejścia 10% w trakcie budowy, ale nastąpi to dopiero przy końcowym rozliczeniu. W takim przypadku WZDW będzie partycypował w kosztach inflacji zaledwie w 8,5% z 6,1 mln zł brutto (pozostałe ponad 90% z tej kwoty będzie musiał ponieść Wykonawca).

Tabela nr 3 obrazuje sytuację przez średnich wskaźnikach zmian cen na poziomie 4,08% na rok. Przy takiej inflacji, według zapisów WZDW waloryzacja w ogóle nie nastąpi, a wykonawca, przy takiej inflacji, według zapisów WZDW waloryzacja w ogóle nie nastąpi, a Wykonawca, przy inwestycji o zakładanej wartości 100 mln zł brutto, będzie musiał ponieść z tytułu wzrostu cen koszt rzędu 5,9 mln zł. Każdy poniższy poziom inflacji skutkowałby identycznym, czyli zerowym udziałem Zamawiającego w pokryciu kosztów wzrostu cen. Ciężko więc przy takich warunkach umownych mówić o wypełnianiu przez Zamawiającego zapisów ustawy

i spełnieniu celu, jakiemu art. 439 ust. 1 i 2 Pzp ma służyć, gdyż jak powyższe wyliczenia pokazują, wprowadzone przez Zamawiającego zapisy waloryzacyjne są w rzeczywistości pozorne i nie spowodują realnego podziału wzrostu cen między stroną umowy.

Odwołujący wskazał, że we wszystkich trzech scenariuszach przedstawionych w Tabelach nr 1, 2 i 3, według zapisów waloryzacyjnych proponowanych przez Odwołującego podział ryzyka inflacyjnego byłby bardziej sprawiedliwy (a klauzula waloryzacja inna nie byłaby waloryzacją pozorną), gdyż Zamawiający w każdym przypadku poniósłby około 45,1 % kosztów inflacji. Pozostawia to wciąż większość skutków wzrostu cen po stronie Wykonawcy, co spowodowane jest warunkiem, że nie podlega żadnej waloryzacji wynagrodzeń w okresie pierwszych

6 miesięcy od podpisania umowy. Jest spójne zapisami ustawy o tym, że zapisy waloryzacyjne należy wprowadzać do umów trwających dłużej niż 6 miesięcy, co jest jednoznaczne z tym, że nawet umowa na budowę trwająca 7 miesięcy powinna zawierać zapisy waloryzacyjne, a więc też umożliwiać podział ryzyka inflacyjnego od siódmego miesiąca po podpisaniu umowy.

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe, wzrost cen na poziomie 10% przy obecnym poziomie zmiany cen, na podstawie danych publikowanych przez GUS w zakresie wskaźnika Ww dla drogi wojewódzkiej jednojezdniowej klasy GP, jak i poziomie prognozowanym przez ekonomistów i bank centralny, może nie być osiągnięty w ogóle

w terminie umownym, a jeżeli nawet zostanie on osiągnięty, to należy się liczyć, że będzie to pod koniec trwania budowy i może dotyczyć tylko ostatnich 10% wynagrodzenia do rozliczenia w ramach faktury końcowej. Przy założeniu, że waloryzacja będzie uwzględniała podział ryzyka po połowie (zgodnie ze wzorem WZDW), ale dopiero po osiągnięciu progu 10% należy uznać, że waloryzacja jest pozorna. Prowadzi to do wniosku, że wzrost cen Wykonawcy będą musieli w zasadzie w całości uwzględnić w swojej ofercie, a Zamawiający tak kształtując zapisy umowne nie ponosi z tego tytułu ryzyka na etapie realizacji (i nie wypełnia zapisów ustawy) ale powoduje konieczność zawyżenia ofert o około 5 - 6 %.

Odwołujący podkreślił również, że konieczność uwzględnienia całego ryzyka inflacyjnego

w ofercie promuje firmy skłonne do ponoszenia nadmiernego ryzyka, które nie doliczają go do ofert licząc na to, że „jakoś to będzie”, co znacznie zwiększa ryzyko ukończenia przez nie realizacji zadania. Powoduje to zachwianie uczciwej konkurencji, co narusza art. 16 pkt

1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany do jej zapewnienia.

Warunkiem, który uprawniałby Wykonawcę do waloryzacji wynagrodzenia, powinny być realne dane opublikowane przez GUS oraz pożądaną, naturalną poziom inflacji w wysokości do 3 %, i dla zapewnienia faktycznego i uwzględnienia zapisy umowne powinny zapewniać możliwość wystąpienia o waloryzację po 6 miesiącach od zawarcia umowy i po osiągnięciu wskaźnika wzrostu cen o minimum 3% od terminu złożenia oferty.

Odwołujący podkreślił, że biorąc pod uwagę powyższe - żeby realizacja umowy miała sens ekonomiczny - wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie oferty w/w ryzyka - co czyni waloryzację umowną całkowicie pozorną. W oparciu o klauzulę waloryzacyjną w obecnym brzmieniu, wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Każdy racjonalnie działający wykonawca będzie miał świadomość powyższego - a zatem i tak będzie zmuszony uwzględnić w cenie oferty całe ryzyko wzrostu cen. A zatem Zamawiający - poprzez takie a nie inne ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej - działa de facto na swoją szkodę: otrzyma oferty z cenami znacznie wyższymi, niż przypadku, gdyby klauzula waloryzacyjna uczciwie uwzględniała zmiany kosztów realizacji zamówienia i dokonywała uczciwej redystrybucji ryzyka inflacyjnego pomiędzy strony umowy.

Odwołujący wskazał, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Przyjęcie z góry założenia, że zmiana wynagrodzenia możliwa jest jedynie w

sytuacji osiągnięcia wskaźnika waloryzacji określonego na bardzo wysokim pułapie, przy jednoczesnym określeniu dodatkowych wymogów i warunków w oczywisty sposób nie spełnia tych wymagań.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z artykułem 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Tymczasem klauzula waloryzacyjna w obecnym brzmieniu narusza zarówno zasady współżycia społecznego, jaki sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego.

Prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej - trudno jednak uznać, żeby obecną brzmienie §8 realizowało te zasady.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - piśmie z 15 listopada 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania:

1) Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) na fakt opisaną przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty przedmiotu zamówienia oraz wskazania wymagań związanych z realizacją zamówienia, sposobu obliczania wynagrodzenia Wykonawcy, prawidłowego i adekwatnego do przedmiotu zamówienia sformułowania zasad waloryzowania wynagrodzenia Wykonawcy;

2) Projektowane Postanowienia Umowy (dalej: PPU) na fakt opisaną przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty sposobu obliczania wynagrodzenia Wykonawcy, zasad jego płatności oraz waloryzacji.

Zamawiający wskazał, że zarówno w SWZ, jak i w Projektowanych Postanowieniach Umownych w sposób jasny i rzetelny ustalił m.in. termin realizacji zamówienia a także zasady ustalania oraz waloryzacji wynagrodzenia za zrealizowane roboty.

Termin realizacji zamówienia został ustalony na:

- 760 dni od dnia podpisania umowy - termin zakończenia robót,
- 820 dni od dnia podpisania umowy - termin ostatecznego odbioru.

Zatem termin realizacji robót został określony na 25 miesięcy, a termin odbioru robót na 27 miesięcy.

Zasady obliczania wynagrodzenia Wykonawcy, Zamawiający określił w § 6, § 9 oraz § 10 PPU.

W § 7 oraz § 8 PPU Zamawiający wprowadził zasady waloryzacji:

1) Klauzulę waloryzacyjną, z uwagi na zmianę stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów 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 zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Zmiana wynagrodzenia w oparciu o tę klauzulę będzie miała miejsce w przypadku, gdy zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zastosowanie tej klauzuli nie jest ograniczone w czasie.

Klauzulę waloryzacyjną opartą na wskaźniku waloryzacji, w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zastosowanie tej klauzuli będzie możliwe po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Natomiast w § 11 PPU Zamawiający określił warunki i zasady udzielania zaliczek.

Odwołujący zaskarżył klauzulę opartą o wskaźnik waloryzacji, wskazaną w § 8 PPU, jedynie w zakresie wysokości „aktywatora” waloryzacji oraz terminu waloryzacji.

Zamawiający wskazał, iż klauzula waloryzacyjna określona przez Zamawiającego w PPU była przedmiotem badania i oceny przez KIO, w sprawie o sygn. akt KIO 498/24, na skutek zaskarżenia postanowień PPU w zakresie klauzuli waloryzacyjnej. W wyroku z 6 marca 2024 r. KIO oddaliła skargę Wykonawcy.

W zakresie przesłanki oddalenia odwołania w zakresie naruszenia 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, jako pozornej, nie pozwalającej na przywrócenie ekwiwalentności świadczeń.

Artykuł 439 ust. 1 PZP wprowadza obowiązek określania w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy

w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Nałożenie przez ustawodawcę

ww. powinności na zamawiających ma na celu przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, zachwianej przez określone zdarzenia, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Choć zachwianie równowagi ekonomicznej między stronami umowy może mieć różne podłoże, to w art 439 Pzp ustawodawca zdecydował się na uwzględnienie zdarzeń wpływających na konieczność zmiany wynagrodzenia. Za takie zdarzenia uznano zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów) na rentowność realizowanego zamówienia. (por. M. Jaworska Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2023, wyd. 5, LEGALIS).

Regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych

z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Przywołany w ww. przepisie mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych

z realizacją zamówienia. Z przepisów Pzp w żaden sposób nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający

z postanowień umowy. Przyjęcie proporcji waloryzacji Odwołującego spowodowałoby zachwianie równowagi ekonomicznej stron. To bowiem Zamawiający przejąłby na siebie

w pełni ryzyko związane z przedmiotowymi wzrostami (por. wyrok KIO z 24 sierpnia 2022r., KIO 2063/22).

Jak wskazał ustawodawca w uzasadnieniu do projektu ustawy PZP „Obligatoryjne elementy, z jakich powinno składać się postanowienie waloryzacyjne, zostały określone w ust.

2 komentowanego artykułu.

W ramach zakreślonych w nim zasad zamawiający może swobodnie kształtować postanowienia waloryzacyjne. Wskazane obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej mają pomóc zamawiającym przy konstruowaniu skutecznych i jasnych postanowień umownych. Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia

(np. w zakresie określenia, jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniam), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. odpowiednie wskaźniki Prezesa GUS), planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia. (...) Mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia” ((zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 84).

Zamawiający wskazał, że czyniąc zadość wymogom wskazanym w art. 439 ust. 1 i 2 PZP, przewidział w PPU możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – droga publiczna wojewódzka jednojezdniowa (klasa GP), 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, jeżeli wskaźnik ten uległ w okresie realizacji przedmiotu umowy zmianie o co najmniej 10%.

Odwołujący wniósł, o jego zmianę na 3%, wskazując, iż podany przez Zamawiającego wzrost cen o 10%, może nie być w ogóle osiągnięty.

Odnosząc się do ww. zarzutu przede wszystkim Zamawiający zauważył, iż ustanowiony przez niego wskaźnik oparty został na wiarygodnych danych publikowanych przez GUS. Tym wskaźnikiem jest wskaźnik wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – droga publiczna wojewódzka jednojezdniowa (klasa GP), publikowany co miesiąc przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Okoliczności tej nie zmieniło stanowisko Odwołującego, który podaje, że obecne uwarunkowania rynkowe wskazują, że ww. wskaźniki na koniec bieżącego roku najprawdopodobniej spadną, z uwagi na prognozowane "wyhamowanie" gospodarki.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych danych i prognoz uzasadniających prawdopodobieństwo spowolnienia gospodarki czy też zbliżenia się poziomu inflacji do 3%. Potwierdzeniem stanowiska Odwołującego nie może być przedstawione przez niego symulacje tego wskaźnika w latach 2023 i 2024r. Ponadto dane

te są niemiernodajne bez wyjaśnień eksperta co do przyjętej wysokości zmiany wzrostu cen w okresie trwania inwestycji, tj. do np. grudnia 2026r. KIO w swym wyroku z 6 marca 2024r. (KIO 498/24) wskazała tabele i wykresy sporządzone przez Odwołującego są jedynie estymacją wskaźników. Zdaniem Zamawiającego, bez rzetelnych danych eksperckich również i ten dowód jest niemiernodajny. Odwołujący nie przedstawił dowodów w zakresie wzrostu cen tych materiałów, które mają znaczenie dla niniejszego zamówienia i które zostały przewidziane w przedmiotowej klauzuli. Zamawiający wskazał, że Odwołujący z jednej strony twierdził, iż wskaźnik inflacji na poziomie 10% jest nierealny do osiągnięcia, aby w następnie w części odwołania (str. 11 odwołania), stwierdzić, „a jeżeli nawet zostanie on osiągnięty, to należy liczyć się, iż będzie to pod koniec trwania budowy (...)”.

Dodatkowo rozważania Odwołującego pozostają w sprzeczności z danymi podanymi przez Prezesa GUS w Analizie statystycznej – Sytuacja społeczno – gospodarcza kraju 1-3 kwartał 2024 r w październiku 2024 r. nr 09/204 opublikowanej również przez Prezesa GUS, który na stronie 56 podał: „W październiku br. ogólny klimat koniunktury w budownictwie oceniany jest bardziej negatywnie niż miesiąc wcześniej (przy bardziej pesymistycznych prognozach ogólnej sytuacji gospodarczej przedsiębiorstw niż przed miesiącem i podobnie niekorzystnych ocenach bieżących). Negatywne i gorsze niż w poprzednich miesiącach są diagnozy

i prognozy portfela zamówień. Podobnie pesymistyczne jak we wrześniu br. Są oceny bieżące dotyczące produkcji i sytuacji finansowej, natomiast przewidywania w tych obszarach są bardziej niekorzystne. Dyrektorzy przedsiębiorstw nadal sygnalizują możliwość redukcji zatrudnienia oraz przewidują wzrost cen robót budowlano-montażowych.

Niepewną sytuację gospodarczą potwierdziła również Projekcja inflacji i wzrostu gospodarczego NBP na podstawie modelu NECMOD, opublikowana przez Narodowy Bank Polski w lipcu 2024 r.

Z projekcji wynika, że w najbliższym czasie inflacja (gruba czarna linia) będzie znacząco rosła. Dodatkowo jest obciążona wysokim ryzykiem jej odchylenia do góry w stosunku do projekcji (kolory od błękitnego najmniejsze ryzyko wystąpienia do ciemnego niebieskiego - wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia). Zgodnie z projekcją cel inflacyjny (2,5%) ma zostać osiągnięty dopiero w 4 kw. 2026 roku). Nie ma pewności, czy cel ten w tym okresie zostanie osiągnięty, biorąc pod uwagę wskazane w Projekcji obszary niepewności, tj:

- Przyszły kształt polityki fiskalnej i działań regulacyjnych w Polsce
- Niepewność dotycząca wpływu wzrostu cen energii na oczekiwania inflacyjne gospodarstw domowych i tempo wzrostu wynagrodzeń
- Skala przełożenia się obecnego wzrostu wynagrodzeń na konsumpcję prywatną i wzrost presji popytowej
- Uporczywość inflacji bazowej, w szczególności inflacji cen usług
- Rozwój sytuacji geopolitycznej i skala kryzysów zbrojnych w kontekście ich oddziaływania na przyszłą ścieżkę cen surowców oraz aktywność gospodarczą na świecie i w Polsce
- Polityka gospodarcza i handlowa największych gospodarek, przyszły kształt polityk UE

Zamawiający przyjął, iż zamówienie zostanie zrealizowane w okresie 25 miesięcy (termin zakończenia robót budowlanych) od dnia podpisania umowy, a odbiór prac nastąpi w terminie 27 miesięcy od dnia podpisania umowy. Możliwość wystąpienia z wnioskiem o waloryzację ustalona została mniej więcej na połowę okresu trwania inwestycji. W tym okresie zaawansowanie prac wykonawcy na budowie powinno kształtować się na poziomie ok. 48%. Zamawiający nie narzucił wykonawcy etapowania prac, technologii wykonania robót, kolejności, tempa ich wykonania. Wykonawca może zakupić na początku realizacji inwestycji materiały niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem wykonawca może zminimalizować ryzyko ewentualnych wahań cen materiałów i usług w trakcie trwania umowy.

Ponadto w ocenie Zamawiającego, Odwołujący mając na uwadze, iż każdy kontrakt wieloletni obciążony jest ryzykiem zmiany cen w jego trakcie, winien (jako podmiot profesjonalny, funkcjonujący na rynku budowlanym wiele lat), ten fakt uwzględnić w swej kalkulacji.

Zamawiający wskazał, iż z przepisu 439 ust. 2 PZP nie wynika, że wykonawca winien uzyskać pełne, 100% pokrycie zmian cen, w trakcie trwania kontraktu.

Zamawiający wskazał, że całkowicie nietrafny jest zarzut Odwołującego, iż ukształtowana w PPU przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna narusza art. 16 pkt 1 PZP, bowiem promuje firmy, które są skłonne ponosić większe ryzyko inflacyjne. Celem zasady równego zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji jest zapewnienie, 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.

Natomiast trudno w ramach tej zasady przerzucić na Zamawiającego odpowiedzialność za techniki i zasady stosowane przez oferentów przy formułowaniu swoich ofert. Zamawiający

w ramach tej zasady odpowiada za stworzenie warunków równych dla wszystkich oferentów, a nie za politykę cenową stosowaną u danego oferenta.

Nietrafny jest również zarzut Odwołującego, iż zapisy umożliwiające dokonanie jednokrotnej waloryzacji po upływie 12 miesięcy (Odwołujący wnioskując o waloryzację wielokrotną, pierwszą po okresie 6 miesięcy), stoją w sprzeczności z przepisami PZP.

Przepisy PZP nie zawierają żadnych zasad czy ograniczeń w ustaleniu tego terminu. Zdaniem autorki należy przyjąć, że termin ten powinien być określany odrębnie, odpowiednio dla każdej umowy, biorąc przede wszystkim pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i termin jego realizacji. Odpowiednie określenie tego terminu zawsze powinno uwzględniać cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tzn. zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę.

Zamawiający przyjął, iż zamówienia zostaną zrealizowane w okresie 25 miesięcy (termin zakończenia robót budowlanych) od dnia podpisania umowy, a odbiór prac nastąpi w terminie 27 miesięcy od dnia podpisania umowy. Możliwość wystąpienia z wnioskiem o waloryzację ustalona została mniej więcej na połowę okresu trwania inwestycji. W tym okresie zaawansowanie prac wykonawcy na budowie powinno kształtować się na poziomie ok. 48 %. Zamawiający nie narzuca wykonawcy etapowania prac, technologii wykonania robót, kolejności, tempa ich wykonania. Wykonawca może zakupić na początku realizacji inwestycji materiały niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem wykonawca może zminimalizować ryzyko ewentualnych wahań cen materiałów i usług w trakcie trwania umowy. Ponadto w ocenie Zamawiającego, Odwołujący mając na uwadze, iż każdy kontrakt wieloletni obciążony jest ryzykiem zmiany cen w jego trakcie, winien (jako podmiot profesjonalny, funkcjonujący na rynku budowlanym wiele lat), ten fakt uwzględnić w swej kalkulacji.

Tym samym Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego jednokrotna waloryzacja w okolicznościach niniejszej sprawy nie spełni celu waloryzacji.

Dodatkowo Odwołujący całkowicie pominął w swych dywagacjach fakt, iż klauzula waloryzacyjna określona w § 8 PPU, jest drugą klauzulą waloryzacyjną przewidzianą przy tej inwestycji. Zamawiający w § 7 wprowadził zamiar wynagrodzenia w sytuacji zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów 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 zdrowotne, zasad gromadzenia

i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

W oparciu o tę klauzulę do zmiany wynagrodzenia dojdzie w przypadku, gdy zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zastosowanie tej klauzuli nie jest ograniczone w czasie. Wynagrodzenie zostanie zmienione w sposób adekwatny do zmiany czynników, w nawiązaniu do których określił swoje wynagrodzenie, winna ona wynikać wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa.

Również, w celu zminimalizowania obciążenia wykonawcy, Zamawiający wprowadził

w § 11 PPU możliwość udzielenia zaliczek. Celem wprowadzenia instytucji zaliczek jest m.in. poprawa płynności finansowej wykonawców, obniżenie kosztów realizacji umowy, brak potrzeby pozyskiwania finansowania i ponoszenia jego kosztów.

Z ostrożności Zamawiający odniósł się również do kwestii terminu waloryzacji w umowach podwykonawczych oraz waloryzacji robót dodatkowych i zamiennych. Wprawdzie zarzuty nie zostały wprost sformułowane w pkt II odwołania, to jednak Odwołujący w treści odwołania podniósł te kwestie.

Sprzeczność postanowień 8 ust. 13 PPU z możliwością waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy po upływie 12 miesięcy (str. 6 odwołania).

Zamawiający wskazał, iż w przypadku umów z podwykonawcą trwających powyżej 6 miesięcy,

Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z PPU, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz, gdy umowa ta została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów, dotyczącym zobowiązania Podwykonawcy. Zapis ten wynika wprost z art. 439 ust.

5 PZP.

Zamawiający nie widział żadnej sprzeczności ww. zapisów z postanowieniami PZP, ani tym bardziej na czym miałyby polegać postawienie warunków waloryzacji przez Wykonawcę, na wyższym pułapie niż ten wskazany przez Zamawiającego.

Zarzut Odwołującego, w zakresie wyłączenia spod waloryzacji robót dodatkowych i zamiennych (str. 6 odwołania).

Zarzut ten był w ocenie Zamawiającego całkowicie chybiony. Zamawiający w PPU określił zasady wykonywania robót dodatkowych i zamiennych oraz ustalania wynagrodzenia za nie. Wynagrodzenia za tego rodzaju prace wykonawca szacuje, na bieżąco, w momencie stwierdzenia konieczności ich wykonania.

Mając na uwadze cel, jakiemu służy waloryzacja, tzn. urealnienie wynagrodzenia, w wyniku wzrostu inflacji, dopuszczenie waloryzowania wynagrodzenia z tytułu wykonania robót dodatkowych i zamiennych, stanowiłoby naruszenie zasady równowagi stron kontraktu oraz nieuzasadnione przerzucanie kosztów inwestycji na Zamawiającego. Podsumowując Zamawiający wskazał, że w odwołaniu oprócz wskazania ogólnych wytycznych kształtowania klauzuli waloryzacyjnej oraz twierdzeń o rzekomej niezgodności postanowień PPU z przepisami PZP, brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia zarzutu. Odwołujący nie wskazał, jak podnoszone przez niego okoliczności miałyby wpływać na konieczność zmiany mechanizmu waloryzacji, ani w jaki sposób mechanizm ten narusza przepisy ustawy PZP. Odwołujący nie kwestionował prawidłowości przyjętych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wskaźników, co w konsekwencji oznacza, że nie wykazał, aby klauzula była sprzeczna z przywołanym przepisem ustawy. Odwołujący w treści odwołania w żaden sposób nie uzasadnił na czym naruszenie ww. zasady przez Zamawiającego miałyby polegać. Ograniczył się jedynie do wskazania, że jego zdaniem kwestionowane zapisy naruszają ww. regulacje ustawy PZP, pozostawiając to twierdzenie gołosłownym. W konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 439 ust. 2 pkt 4 PZP. Odwołujący w żaden sposób nie wskazał również jak kwestionowane przez niego postanowienia PPU naruszają przepisy kodeksu cywilnego (art. 5 k.c. i art. 3531 KC).

Zgodnie z art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą z zasadami współżycia społecznego albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Odwołujący nie wykazał żadnej sprzeczności z ustawą. Wręcz przeciwnie, klauzula umowna wprowadzona przez Zamawiającego czyni zadość wymaganiom ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego nie można uznać, też aby Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 PZP, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Oznacza to, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art.

6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak: wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22, po. Wyrok KIO z 24 marca 2022r., sygn. akt KIO 620/22).

Z przytoczonych powyżej powodów Zamawiający stwierdził, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP w zakresie wskazanym przez Odwołującego są bezzasadne. Odwołanie, zostało sformułowane w sposób ogólny, bez wskazania konkretnych dowodów

i jako takie nie zasługuje na uwzględnienie. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, Odwołujący zaniechał wykazania stawianych przez siebie twierdzeń. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest konieczność oddalenia odwołania w całości jako niewykazanego.

Tym samym nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art. 554 PZP, dlatego Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania zgodnie z art. 553 PZP.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Colas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pałędziu.

Przystępujący podzielił stanowisko Odwołującego.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, a także złożone na rozprawie przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa obwodnicy Szamotuł w ciągu dróg wojewódzkich nr 184 i 187”.

W myśl postanowień § 5 ust. 1-2 Projektowanych Postanowień Umowy, dalej „PPU”:

„1. Termin zakończenia robót: 760 dni od dnia zawarcia Umowy, tj. do dnia _____

2. Termin ostatecznego odbioru robót: 820 dni od dnia zawarcia Umowy, tj. do dnia _____”.

Stosownie do brzmienia § 8 PPU:

„1. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy i dokonaniu odbioru częściowego, o którym mowa w § 20 ust. 3 Umowy.

2. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji jednokrotnie.

3. Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5.

4. W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust.

5, o minimum 10%, Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 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 § 5 ust.

1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

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

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 – droga miejska wojewódzka (klasa G), 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.

6. Waloryzacja dotyczyć będzie jedynie wynagrodzenia za roboty, które nie zostały wcześniej odebrane odbiorami częściowymi. Łączna wartość pozycji z Kosztorysu Ofertowego objętych wnioskiem o waloryzację/informacją o zmianie wynagrodzenia, o której mowa w ust. 4, zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony zgodnie z ust. 5.

7. Waloryzacji nie podlega wynagrodzenie za roboty dodatkowe oraz roboty zamienne, o których mowa w § 2 Umowy, chyba że ww. roboty są wykonywane w okresie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zatwierdzenia przez Zamawiającego protokołu konieczności, o którym mowa w § 2 Umowy, oraz odpowiadają opisowi pozycji w Kosztorysie ofertowym. Łączna wartość pozycji ujętych w protokole konieczności, a objętych wnioskiem o waloryzację zostanie przemnożona przez współczynnik waloryzacyjny (Pw) wyliczony zgodnie z ust. 5.

8. Łączna wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia umownego Wykonawcy wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 15% wartości pierwotnego wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy.

9. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 8.

10. Waloryzacji będzie podlegać jedynie wynagrodzenie umowne za roboty zrealizowane w terminie wskazanym w § 5 ust. 1 Umowy.

11. Ewentualna zmiana wysokości wynagrodzenia umownego będzie poprzedzona badaniem dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę i będzie następowała w oparciu o aneks do Umowy, podpisany przez Strony Umowy.

12. W przypadku likwidacji wskaźnika, o którym mowa w ust. 5 lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w ust. 5 stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot.

13. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 i nast., zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz, gdy umowa ta została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów, dotyczących zobowiązania Podwykonawcy.

14. Zamawiający dokona zapłaty zwaloryzowanego wynagrodzenia na warunkach i zasadach określonych w § 10 ust. 13 Umowy”.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia

23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy

ustawy nie stanowią inaczej.

Stosowanie do art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, SWZ zawiera co najmniej:

20) projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 439 ust. 1-2 i ust. 5 ustawy Pzp:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 5 k.c., nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Stosowanie do art. 58 k.c.:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Zgodnie z art. 353¹ k.c., Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Zarzut 1 a odwołania

Izba wskazuje, stosowanie do art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 535 ustawy Pzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

A zatem ciężar dowodu wykazania okoliczności przedstawionych w odwołaniu spoczywa na odwołującym.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1a odwołania, Odwołujący wskazywał, że możliwość złożenia wniosku o waloryzację dopiero po 12 miesiącach obowiązywania Umowy, a de facto po

15 miesiącach od dnia złożenia oferty, przy jednoczesnym zakazie waloryzacji „wstecz”

(w zakresie robót wykonanych i odebranych przed złożeniem wniosku) oraz jednokrotności waloryzacji będzie miała ten skutek, że bardzo znacząca część wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie w ogóle podlegać waloryzacji.

Wskazując powyższe okoliczności Odwołujący podał jedynie swój szacunek –

w pierwszym roku realizacji wykonany zostanie przerób o wartości ok. 40-45% wartości całego zamówienia.

Powyższa okoliczność, w ocenie Odwołującego, uzasadniała określenie krótszego terminu,

w którym możliwe jest złożenie pierwszego wniosku waloryzacyjnego – tj. 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

Izba podkreśla, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu dla wykazania wartości robót, które będą realizowane w pierwszym roku inwestycji oraz wykazania, iż przeważająca wartość przerobu będzie przypadać na pierwsze 12 miesięcy realizacji Umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywała na obowiązek wykazania przez

odwołującego dowodów, na stwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne: „To odwołujący dobiera spektrum okoliczności faktycznych, z których wywodzi zasadności naruszenia przepisów ustawy. (...). Wykonawca jako profesjonalista działający

w obszarze w którym ubiega się o zamówienie, w oparciu o swoją profesjonalną wiedzę

i doświadczenie zobowiązany jest podjąć inicjatywę dowodową w celu wykazania zasadności swoich twierdzeń. Artykuł 534 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne”, tak m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2024 r., sygn. akt KIO 1415/22.

W ocenie Izby, Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wskazania dowodów dla wykazania okoliczności podniesionych w zarzucie 1a odwołania.

Izba miała również na uwadze fakt, że określenie w PPU możliwości złożenia wniosku

o waloryzację dopiero po 12 miesiącach od zawarcia Umowy oraz określenie jednokrotnej waloryzacji wynagrodzenia nie stanowiło naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ponieważ przepisy ww. ustawy nie określają ograniczeń lub zasad ustalania początkowego terminu zmiany wynagrodzenia oraz częstotliwości dokonywania waloryzacji.

Ustawodawca pozostawił zamawiającemu prawo do określenia tego terminu początkowego, jak i okresów, w których będzie następować zmiana wynagrodzenia, tak: J. Bieluk, K.Z. Zadykowicz-Sokół, Umowa o roboty budowlane w Kodeksie cywilnym i Prawie zamówień publicznych. Komentarz. 2024 do art. 439 ustawy Pzp.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w piśmiennictwie:

„Termin ten powinien być określany odrębnie, odpowiednio dla każdej umowy, biorąc przede wszystkim pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i termin jego realizacji. Odpowiednie określenie tego terminu zawsze powinno uwzględniać cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tzn. zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę”, tak: M. Jaworowska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M.J., D.G., J.J., A.M., Warszawa 2023, art. 439 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wskazane powyższej okoliczności, Izba oddaliła zarzut 1a odwołania.

Zarzut 1b odwołania

Podobnie, jak w przypadku zarzutu nr 1a odwołania, Izba miała na uwadze obowiązek Odwołującego wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Zamawiający przewidział możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany przywołanego wskaźnika wzrostu lub spadku cen o minimum 10%.

Zdaniem Odwołującego najbardziej właściwym poziomem prognozy inflacji uprawniający wykonawcę do wystąpienia o waloryzację, nie powinna przekraczać 3%, ponieważ osiągnięcie przez wykonawcę wskaźnika waloryzacyjnego wymaganego przez Zamawiającego jest mało realne.

Odwołujący wskazując na powyższe – brak możliwości osiągnięcia wskazanego w PPU 10% wskaźnika wzrostu cen (tzw. „prognozy wejścia”) powoływał się w różnych miejscach uzasadnienia odwołania na dane archiwalne GUS, przewidywania ekonomistów odnośnie poziomu inflacji oraz banku centralnego do co „celu inflacyjnego”.

O ile chodzi o dane archiwalne GUS dotyczące wskaźnika wzrostu Ww (wyrażonego w procentach wskaźnika wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – droga miejska wojewódzka (klasa G), 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) za poszczególne miesiące od stycznia 2023 r. do sierpnia 2024 r., to one zostały przez Odwołującego wskazane w uzasadnieniu zarzutu nr 1b odwołania, przewidywania Banku Centralnego przedstawione w odpowiedzi na stanowisko Zamawiającego – dowodzie nr 3. Natomiast jeśli chodzi o przewidywania ekonomistów co do poziomu inflacji, na które powoływał się w uzasadnieniu odwołania: „...*biorąc pod uwagę dane archiwalne GUS, jak*

i przewidywania ekonomistów odnośnie poziomu inflacji ...” (str. 6 odwołania), „*Biorąc pod uwagę te dane, jak i przewidywania ekonomistów i Banku Centralnego, najbardziej prawdopodobnym scenariuszem na najbliższe lata (...) jest powolny spadek wskaźników wzrostu cen.*” (str. 8 odwołania), „...*wzrost cen na poziomie 10% przy obecnym poziomie zmiany cen, na podstawie danych publikowanych przez GUS w zakresie wskaźnika Ww dla drogi wojewódzkiej jednojezdniowej klasy GP, jak i poziomie prognozowanym przez ekonomistów i bank centralny, może nie być osiągnięty w ogóle w terminie umownym.*”

(str. 11 odwołania), to Odwołujący poza powołaniem się na prognozy nie przedstawił ich, ani dowodów w powyższym

zakresie.

Odwołujący złożył na rozprawie dowody oznaczone nr 1-3, które zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, wskazywały na sposób wyliczeń w Tabelach nr 1-3 – symulacji waloryzacji umownej przy prognozowanym wzroście cen na poziomie 4,68 %, 4,2 %, 4,08% na rok, to jednak przywoływane przez Odwołującego przewidywania ekonomistów co do prognozowanego poziomu inflacji nie zostały przez Odwołującego przedstawione.

Izba uznała prognozę Pana mgr inż. A.G. – członka SIDIR poziomu inflacji

w najbliższych dwóch latach, zawartą w dokumencie – Analiza wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej oraz wybranych cen w budownictwie infrastruktury drogowej w latach 2022 – 2024 – dowód nr 1 za uzupełnienie stanowiska Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił pełnego obrazu prognozowanego poziomu inflacji, który pozwoliłby Izbie ocenić, czy proponowany przez Odwołującego wskaźnik – 3%, uprawniający wykonawcę do wystąpienia o waloryzację był uzasadniony w świetle wszystkich okoliczności przedstawionych przez Odwołującego.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych danych

i prognoz uzasadniających prawdopodobieństwo spowolnienia gospodarki czy też zbliżenia się poziomu inflacji do 3%.

Wobec powyższego, zarzut nr 1b odwołania podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:.....