Sygn. akt: KIO 1324/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska

Andrzej Niwicki

Anna Osiecka-Baran

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Katowicach

przy udziale uczestników:

A.wykonawcy Adamietz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B.wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutów opisanych w punktach I.1), I.2), I.3), I.5), I.6), I.7) I.8) petitum odwołania z powodu ich uwzględnienia w całości przez zamawiającego oraz w zakresie zarzutu opisanego w punkcie I.9) odwołania w części, w jakiej odwołujący podnosił, że wraz ze złożeniem wniosku o zmianę wynagrodzenia konieczne jest przedstawienie dowodów, z powodu uwzględnienia wyżej opisywanego zarzutu w tej części;

2.umarza postępowanie w zakresie zarzutu opisanego w punkcie I.4) petitum odwołania z powodu jego wycofania przez odwołującego;

3.uwzględnia odwołanie w zakresie opisanym w punkcie I.9) odwołania w części i nakazuje zamawiającemu dokonania zmiany treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 12 do specyfikacji warunków zamówienia przez:

3.1.usunięcie wymogu, aby waloryzacja wynagrodzenia następowała jedynie wówczas, gdy średnia wskaźnika GUS za okres rozliczeniowy wynosi powyżej 105 %;

3.2.wprowadzenie w miejsce 5 % jako górnej granicy zmiany wynagrodzenia wykonawcy, górnej granicy zmiany wynagrodzenia wykonawcy na poziomie 20 %;

4.w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

5.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w części 1/3 i zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Katowicach w części 2/3, i:

5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowietytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Katowicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

5.2.zasądza od zamawiającego Prokuratury Okręgowej w Katowicach na rzecz wykonawcyStrabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 18 133 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sto trzydzieści trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w części, w jakiej odpowiada za wynik postępowania.

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 1324/24

U z a s a d n i e n i e

Prokuratura Okręgowa w Katowicach(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U.z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa siedziby prokuratur różnego szczebla w Katowicach"; znak sprawy: 3015-7.261.11.2023 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"), o wartości szacunkowej przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 207389-2024 w dniu 9 kwietnia 2024 r.

W dniu 19 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie wobec ustalenia treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), w tym załącznika nr 12 do SWZ „Wzór umowy" (dalej „Umowa")w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „ KC").

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie (pkt I.1):

1)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp i art. 463 i 464 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę:

a)w §16 ust. 3 pkt 7 Umowy obowiązku zgodnie z którym kwoty wynikające z umów podwykonawczych zawieranych przez wykonawcę nie mogą przekroczyć wartości wynagrodzenia wykonawcy tj. zawarcie w §16 ust 3 pkt 7 Umowy: „Zamawiający, w terminie 14 dni roboczych od dnia przedłożenia projektu, zgłasza pisemne zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane gdy kwoty umów podwykonawczych przekroczą wartość wynagrodzenia wykonawcy wynikającą z niniejszej umowy";

b)w §15 ust. 4 pkt. 1) lit. A) Umowy obowiązku, zgodnie z którym okresy rozliczeniowe wynagrodzenia podwykonawcy będą tożsame jak w niniejszej Umowie;

podczas gdy obowiązki te mają charakter nieproporcjonalny, gdyż zamawiający nie jest stroną umowy podwykonawczej. Przepisy art. 463 i 464 ust. 3 ustawy Pzp nie dają zamawiającemu prawa do nieograniczonej ingerencji w sposób realizacji umów podwykonawczych, a w szczególności możliwości wpływania na treść umów podwykonawczych w zakresie ustalania wysokości wynagrodzenia podwykonawcy czy ustalania okresów rozliczeniowych wynagrodzenia podwykonawcy czy ustalania wszelkich warunków handlowych w ramach umów których nie jest stroną, lecz przepisy te gwarantują podwykonawcy minimalne standardy w zakresie wypłaty wynagrodzenia co najmniej na takim samym poziomie jak te ustalone w umowie między wykonawcą a zamawiającym. Jeśli umowa podwykonawcza spełnia minimalne standardy tj. nie kształtuje prawa podwykonawcy do otrzymania wynagrodzenia w sposób mniej korzystny niż wykonawcy na bazie umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, wówczas ingerencja zamawiającego w treść umowy podwykonawczej wykracza poza treść przepisów ustawy Pzp - jak w niniejszym przypadku;

2)art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 449 ust. 2 ustawy Pzp, art. 450 ust. 1 ustawy Pzp, art. 452 ustawy Pzp w zw. z art. 647 KC poprzez sformułowanie treści §18 ust. 5 Umowy obowiązku przedkładania przez wykonawcę dodatkowego zabezpieczenia wykonania przedmiotu Umowy tj. zabezpieczenia terminowej wypłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, który to obowiązek wykracza poza zabezpieczenie wymagane przez art. 450 ustawy Pzp oraz, który nie jest sprecyzowany tj. niedookreślone warunki jakie to zabezpieczenie ma spełniać (jaka wysokość, jaki termin) tj. zawarcie w §18 ust. 5 Umowy: „Zamawiający może uzależnić wyrażenie zgody na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą od ustanowienia przez wykonawcę zabezpieczenia terminowej wypłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy"; przepis art. 450 ustawy Pzp nie wymienia tego rodzaju zabezpieczenia i zamawiający ustanawia tym samym nieznaną ustawie Pzp formę zabezpieczenia;

3)art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 KC, art. 568 § 1 KC, art. 638 KC i art. 656 § 1 KC poprzez ustalenie w treści §24 ust. 1 oraz §28 ust. 1, że bieg gwarancji i rękojmi na przedmiot zamówienia rozpoczyna się od dnia podpisania protokołu odbioru przedmiotu umowy bez zastrzeżeń tj.:

a) § 24 ust. 1: „Wykonawca udziela zamawiającemu gwarancji na przedmiot zamówienia wykonany w ramach Umowy, w tym (…) z zastrzeżeniem ust. 5, liczone od dnia podpisania Protokołu odbioru przedmiotu umowy bez zastrzeżeń" oraz

b) § 28 ust. 1: „Wykonawca udziela zamawiającemu rękojmi na wszystkie prace wykonane w ramach Umowy, na zastosowane materiały, a także na wyposażenie, urządzenia dostarczone w ramach Umowy dostawy i Umowy na roboty budowlane, na okres równy okresowi gwarancji i liczony od dnia podpisania Protokołu odbioru przedmiotu Umowy bez zastrzeżeń"

podczas, gdy zgodnie z zapisami § 23 ust. 5 pkt 2 Umowy zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują zastrzeżenia tj. wady i usterki nieistotne. Z chwilą dokonania odbioru końcowego zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował. Przy zaproponowanym zapisie umowy oznaczać będzie to, że wbrew art. 568 §1 KC okres rękojmi nie rozpocznie się z chwilą wydania przedmiotu umowy zamawiającemu. Okres gwarancji i rękojmi powinien być liczony niezależnie od istnienia wad i rozpoczynać swój bieg z chwilą dokonania odbioru końcowego (z chwilą wydania) tj. przejęciem przedmiotu umowy przez zamawiającego i rozpoczęciem korzystania/ użytkowania przez zamawiającego, ewentualnie bieg rękojmi i gwarancji dla elementów przedmiotu Umowy naprawianych przez wykonawcę może biec później;

4)art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w związku z art. 353^1 KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 §2 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 §1 KC ze względu na zastrzeżenie w §29 ust. 1 pkt 2 treści Umowy kary umownej za zwłokę w wykonaniu Umowy, wynikającego z zatwierdzonego przez zamawiającego Harmonogramu w ramach danego terminu wynikającego z Harmonogramu za każdy dzień zwłoki, liczony od terminu wskazanego w Harmonogramie tj.: zawarcie w §29 ust. 1 pkt 2 Umowy: „Wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za zwłokę w terminie wykonania Umowy wynikającego z zatwierdzonego przez zamawiającego Harmonogramu - w wysokości 0,025% wartości przedmiotu odbioru w ramach danego terminu wynikającego z Harmonogramu za każdy dzień zwłoki liczony od terminu wskazanego w Harmonogramie", która to kara w wysokości 0,025% wynagrodzenia umownego brutto tj. w wysokości równej karze umownej za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy określonej w §29 ust. 1 pkt 1 Umowy jest rażąco wygórowana, ponieważ kara zwłokę w wykonaniu terminu pośredniego z harmonogramu rzeczowo - finansowego nie może być równa karze za uchybienie w terminie końcowym realizacji całego podstawowego zobowiązania umownego, a także ze względu na brak wskazania, że w przypadku, w którym wykonawca dotrzyma terminu końcowego realizacji Umowy określonego w §3 ust. 1 Umowy, zamawiający nie będzie dochodzić od wykonawcy zapłaty tej kary umownej;

5)art. 16 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp w związkuz art. 353^1 KC, art. 58 KC oraz art. 647 w zw. art. 656 i art. 636 §1 KC ze względu na zastrzeżenie w §30 ust 1 pkt 11 lit. A, B, E, F, G, H treści Umowy postanowień uprawniających zamawiającego do dowolnego i natychmiastowego odstąpienia od Umowy w przypadku:

a) lit. A: „gdy wobec wykonawcy zostało wszczęte postępowanie likwidacyjne, upadłościowe lub restrukturyzacyjne";

b) lit. B: „gdy wykonawca zostanie uznany za niezdolnego do zapłacenia swoich zobowiązań w chwili ich wymagalności;

c) lit. E: gdy wykonawca stanie się niewypłacalny lub też zawrze układ z wierzycielami, lub zgodzi się wykonywać Umowę pod nadzorem wierzycieli;

d) lit. F: gdy zostanie wyznaczony administrator, kurator, zarządca przymusowy, nadzorca lub likwidator wykonawcy;

e) lit. G: gdy zostanie zwołane zgromadzenie wspólników lub walne zgromadzenie wykonawcy, w którego porządku obrad znajdzie się kwestia podjęcia uchwały w przedmiocie rozwiązania spółki wykonawcy, lub o przeniesieniu siedziby spółki za granicę;

f) lit. H: gdy nastąpi zdarzenie dotyczące wykonawcy lub jego środków majątkowych, które zgodnie z obowiązującym prawem będzie miało charakter podobny do któregokolwiek z wymienionych w lit A - G;

co stanowi nadużycie przez zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez skonstruowanie postanowień umowy w sposób go przywilejującym i z naruszeniem zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i godzi w naturę stosunku prawnego, gdyż uprawnienie do terminacji całej umowy powinno być wyjątkowe z uwagi na zasadę trwałości umów oraz mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach istotnego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, ocenianego przez pryzmat art. 647 KC. Uprawnienie do odstąpienia od Umowy nie może przysługiwać zamawiającemu w przypadkach, które nie są określone w sposób precyzyjny oraz które same w sobie nie oznaczają braku możliwości realizacji Umowy - a za takie przypadki uznać należy wskazane przez zamawiającego przypadki §30 ust 1 pkt 11 lit. A, B, E, F, G, H, gdzie nie jest sprecyzowane w jaki sposób ich zaistnienie miałoby się przyczynić do braku możliwości realizacji Umowy przez wykonawcę;

6)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1,2,3, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353^1 KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę w § 33 ust. 1 pkt 13, 14, 16, 22 wzoru Umowy odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji przedmiotu umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, a zawinionych przez zamawiającego - co zamawiający przyznaje wprost w §33 pkt 14 i 22 lub niezależnych od obydwu stron tj. od działania organów administracji publicznej, czy zmiany warunków atmosferycznych. Zamawiający przewiduje w takiej sytuacji możliwość zmiany wyłącznie terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia, w przypadku gdy dojdzie do opóźnień wynikających z

działań lub zaniechań zamawiającego lub w innych przypadkach np. opóźnień w wydaniu decyzji czy zgód ze strony organów administracyjnych, czy zaistnienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączne ryzyko zamawiającego, a jego przerzucenia na wykonawcę jest zakazane klauzulą abuzywną z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp;

7)art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 353^1 KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC poprzez uniemożliwienie wykonawcy zmiany wynagrodzenia mu przysługującego w przypadku wskazanym w §34 ust. 3 wzoru Umowy tj.: „Jeżeli zmiany, będą wymagać zmian w Dokumentacji projektowej lub specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, wykonawca bez względu na inicjatora wniosku (w ramach wynagrodzenia przewidzianego niniejszą umową) przedstawia projekt, zawierający opis proponowanych zmian wraz z informacją o konieczności lub braku konieczności zmiany pozwolenia na budowę. Projekt wymaga akceptacji projektanta nadzoru autorskiego i nadzoru inwestorskiego" czyli dopuszczenie przez zamawiającego tylko zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy bez uprawnienia wykonawcy do żądania zmiany wynagrodzenia - co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy, gdzie na skutek zaistnienia okoliczności zależnych od zamawiającego, wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia na skutek braku podstaw prawnych do zmiany Umowy w tym zakresie. Przerzucenie takiego ryzyka na wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez zamawiającego;

8)art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związkuz art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353^1 KC w zw. z art. 647 KC i art. 651 KC poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne poprzez wymaganie w §35 ust. 2 pkt 1 Umowy, aby wykonawca oświadczył, że „dokładnie przestudiował, przeanalizował i zapoznał się z Dokumentacją, Wytycznymi zamawiającego oraz warunkami zawartymi w SWZ i nie wnosi do nich zastrzeżeń oraz uznaje, że na ich podstawie możliwe jest wykonanie obowiązków wykonawcy opisanych w Umowie oraz, że wykonawca nie będzie wnosił wobec zamawiającego żadnych roszczeń z tytułu niedoszacowania należności za wykonanie robót ani nie będzie mógł ograniczyć lub wyłączyć swej odpowiedzialności za należyte wykonanie Umowy powołując się na wadliwość takiej Dokumentacji", podczas gdy wykonawca podpisując Umowę bazuje wyłącznie na dokumentach i informacjach od zamawiającego przekazanych podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i może wyłącznie potwierdzić, że otrzymał dokumenty i informacje przekazane wszystkim wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu, umożliwiające złożenie oferty. Gwarantem prawidłowości tych dokumentów i ich wystarczalności dla zrealizowania inwestycji jest zamawiający. Przerzucenie ryzyka poniesienia przez wykonawcę wszelkich kosztów wynikających z błędów zawartych w dokumentacji postępowania, za której prawidłowe sporządzenie odpowiada zamawiający wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez zamawiającego;

9)art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC poprzez sformułowanie § 5a pkt 4, 5, 6, 7, 8 Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy Pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: zmiany kwestionowanych odwołaniem projektowanych postanowień umownych, zgodnie z wnioskami zawartymi w uzasadnieniu, prezentowanymi odpowiednio do poszczególnych zarzutów.

Odwołujący, w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu na rozprawie, przedstawił następującą argumentację i przedstawił niżej opisane żądania zmiany treści Umowy.

Na wstępie wskazał, że zasady waloryzacji zostały ustalone przez zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy Pzp, tj. waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.

Zamawiający w § 5a Umowy wprowadził uregulowania, będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy Pzp, a przewidziane przez niego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy nie nastąpi, uzależnia bowiem waloryzację od błędnie sformułowanych warunków jej wprowadzenia. Na dzień złożenia ofert nie będzie wiadomo więc, na jakich zasadach

będzie przeprowadzana, oraz zawiera limit zmiany wynagrodzenia uniemożliwiający przywrócenie ekonomicznej równowagi stron.

Odwołujący argumentował, iż przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego, w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Pierwotnie ustawodawca przewidział, że trwający ponad 12 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. Istotnym w jego ocenie jest, że ustawodawca uznał, że okres 12 miesięcy jest zbyt długi i dokonał nowelizacji art. 439 ustawy Pzp. Obecnie, w wyniku zmiany ustawy, waloryzuje się znacznie krótsze - 6 miesięczne okresy umowy. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływania zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy, w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczne wahania i zmiany cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie 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 należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów: jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego; jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych; sprzyja sprawnej realizacji inwestycji; winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń.

Odwołujący przypomniał, że wymogi, jakie powinna spełnić 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, 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.

Zamawiający, formułując zapisy § 5a Umowy, nie wypełnił jednak dyspozycji wyżej wymienionego przepisu. Określony przez zamawiający poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz sposób kalkulacji wynagrodzenia został ustalony w całkowitym oderwaniu od realiów ekonomicznych panujących na rynku, co powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie pozwoli zwaloryzować wynagrodzenia w stosunku do przewidywanych/ prognozowanych zmian cen materiałów i usług. W § 5a ust. 1 Umowy zamawiający przewidział iż: 1) wyliczenie wysokości zmiany wynagrodzenia odbywać się będzie w oparciu o miesięczny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej, liczony w stosunku do miesiąca poprzedniego publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawyo poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw dla Budynków administracyjno-biurowych PKOB 1220, zwany dalej wskaźnikiem GUS. W tym miejscu odwołujący wskazał, iż wskazany w Umowie wskaźnik (dalej: Wskaźnik I) publikowany jest w zbiorczym opracowaniu pt. „Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych" liczącym zwykle blisko 80 str., którego publikacja ze względu na obszerność opracowania odbywa się ze znacznym opóźnieniem, zwykle około 2 miesięcy w stosunku do miesiąca którego dotyczy, np. publikacja za miesiąc marzec 2023 r. nastąpiła

dopiero 23 maja 2023 r., a za miesiąc styczeń 2024 r. w dniu 22 marca 2024 r. ( ). Jego zdaniem praktyczniejszym i powszechnie stosowanym pozostaje korzystanie z wskaźników publikowanych w formie komunikatów prezesa GUS, które zawierają zagregowane wskaźniki, w tym wyodrębniony wskaźnik dla pozycji opisanej jako „budowa budynków" (dalej Wskaźnik II) - adekwatny dla robót objętych Przedmiotem zamówienia. Publikowanych zwykle do 20 dnia kolejnego miesiąca. (). Odwołujący na Rysunku 1 zaprezentował w tabeli wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. i styczniu 2024 r., opublikowane w dniu 20 lutego 2024 r. - dla Wskaźnika II. Na Rysunku 2 przedstawił z kolei fragment z tabeli określającej ceny produkcji budowlano - montażowej w marcu 2023 r. - dla Wskaźnika I. Przy tym wskazał, że różnice notowań pomiędzy Wskaźnikiem I a Wskaźnikiem II (jeżeli występują) pozostają praktycznie pomijalne, stąd mając na uwadze praktyczne aspekty stosowania mechanizmu waloryzacji rekomendowanym pozostaje stosowanie Wskaźnika II, co wydatnie usprawni proces bieżącego rozliczania zmian cen w przypadku spełnienia się warunków określonych Umową.

Dalej odwołujący przytaczał treść § 5a ust. 4 Umowy, gdzie zamawiający przewidział, iż: 4) waloryzacja następuje jedynie wówczas, gdy średnia wskaźnika GUS za okres rozliczeniowy wyniesie powyżej 105%, tj. o ile wartość B we wzorze wskazanym w pkt 6) wyniesie powyżej 105%". Jednocześnie zgodnie ze „Słownikiem" Umownym: Okres rozliczeniowy - okres w trakcie realizacji Umowy, rozpoczynający się pierwszego dnia danego miesiąca kalendarzowego i kończący się ostatniego dnia trzeciego miesiąca kalendarzowego, obejmujący trzy następujące miesiące kalendarzowe: grudzień - styczeń - luty; marzec - kwiecień - maj; czerwiec - lipiec - sierpień; wrzesień - październik - listopad. Odwołujący zauważył, iż od czasu publikacji wskaźnika dedykowanego sektorowi budownictwa tj. od stycznia 2019 r. (wcześniej funkcjonował wskaźniki cen produkcji sprzedanej przemysłu oraz produkcji budowlano - montażowej) przypadek opisany umową to jest „średnia wskaźnika GUS za okres rozliczeniowy wyniesie powyżej 105%", nigdy nie wystąpił. Aby średnia wskaźnika za 3 miesiące wyniosła 105%, w okresie 3 kolejnych miesięcy (tutaj: Okres rozliczeniowy) powinien następować wzrost cen o 5% w każdym miesiącu, to jest 60% w skali roku. Celem wykazania powyższego, odwołujący posłużył się danymi archiwalnymi dla Wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowej dla budowy budynków z komunikatów Prezesa GUS (Wskaźnik II), który to wskaźnik jak wskazał występuje w przykładowych i rekomendowanych wzorach waloryzacyjnych opublikowanych w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzulewaloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa jako zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych).

W tym celu w tabeli zestawił wskaźniki, wraz z wyliczeniem średniej za 3 miesiące w okresach analogicznych do okresów rozliczeniowych zdefiniowanych Umową, z jednoczesnym zachowaniem określonego Umową zapisu procentowego (Tabela 1: Zestawienie Wskaźnika II w okresie styczeń 2019 - luty 2024 z wyliczeniem średnich zmianw umownych okresach rozliczeniowych - opracowanie własne na podstawie archiwalnych komunikatów GUS). Analiza danych zamieszczonych w tabeli, w ocenie odwołującego, jednoznacznie potwierdza słuszność podnoszonego zarzutu, iż wskazane jak w § 5a ust. 4 warunek, iż „waloryzacja następuje jedynie wówczas, gdy średnia wskaźnika GUS za okres rozliczeniowy wyniesie powyżej 105%, tj. o ile wartość B we wzorze wskazanym w pkt 6) wyniesie powyżej 105% - pozostaje nierealny i czyni zapisy niemożliwymi do spełnienia. Odwołujący wskazał, iż nawet w okresie największego zachwiania cen na rynku budowlanym w okresie marzec - maj 2022 r., to jest po ataku Federacji Rosyjskiej na Ukrainę, średnia z 3 miesięcy wynosiła 101,53%, to jest o 3,47% mniej niż wynosi dolny limit uruchomienia mechanizmu waloryzacji określony Umową.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zwrócił uwagę, iż zawarte jak w §5a ustęp 5 oraz ustęp 7 sformułowania: „5) waloryzacja odbywa się na uzasadniony wniosek strony, który może zostać złożony jedynie w przypadku, gdy zmiana cen materiałów i kosztów na rynku ma wpływ na koszt realizacji zamówienia, co strona wnioskująca zobowiązana jest wykazać odpowiednimi dowodami" oraz „7) strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić w szczególności: a) wyliczenie wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia; b) dowody na to, że wzrost kosztów materiałów lub usług miał wpływ na koszt realizacji zamówienia" pozostają nieuprawnione, gdyż wprowadza dodatkowy niedopuszczalny warunek, który w rzeczy samej stanowi niczym nie ograniczoną dobrowolność w ocenie czy pomimo spełnienia się precyzyjnie określonych wymagań Umownych, to jest zmiany wskaźników cen publikowanych przez niezależny i obiektywny Główny Urząd Statystyczny, waloryzacja powinna mieć miejsce czy nie. Zamawiający nie precyzuje w żadnym stopniu w jaki sposób, to jest przy okazaniu jakich dowodów, miałoby nastąpić wykazanie wpływu zmiany cen materiałów i kosztów na rynku na koszt realizacji zamówienia. Jednocześnie zapis dowodzi błędnej interpretacji art. 439 ustawy Pzp, dokonanej przez zamawiającego, gdyż takie dowody w postaci min. aneksów zmieniających wynagrodzenie zatrudnionym przy inwestycji podwykonawcom powstaną po zastosowaniu waloryzacji, a więc nie będzie możliwe ich przedstawienie wraz z wnioskiem, gdzie jak słusznie w ustępie 10 omawianego paragrafu zamawiający sam wskazał: 10) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z pkt 1-9 powyżej, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub

kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi; 2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

Jako termin wykonania Umowy w §3 wskazano datę 30 czerwca 2028 r. to jest ponad 4 lata od daty obecnej, jednocześnie w §5 ust. 8 ustala się górny limit waloryzacji wynoszący tylko 5%, co jest limitem rażąco zaniżonym przy uwzględnieniu dynamiki zmiany cen. Celem zilustrowania powyższego odwołujący na wykresie 1 zaprezentował w jaki sposób następowały zmiany cen produkcji budowlano montażowej w latach 2022-2024, w ujęciu rocznym (Wykres 1: Zmiany cen produkcji budowlano- montażowej w latach 2022-2024 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (źródło: Wskaźniki cen produkcji budowlano - montażowej w lutym 2024 r.).

Zgodnie z nim górny limit waloryzacji określony jak obecnie przez zamawiającego dla inwestycji zaplanowanej na 4 lata wynoszący 5%, jest o 2,5% niższy od najniższego wzrostu cen w skali jednego roku (tj. 7,5% w grudniu 2023 r.), zarejestrowanego na przestrzeni ostatnich dwóch lat i ponad 3 krotnie niższy od największej rocznej zmiany cen w tym okresie, (tj.15,2% w październiku 2022 r.). Mając na uwadze powyższe dane, oraz uwzględniając długi okres realizacji inwestycji, limit waloryzacji określony umową powinien wynosić 20%.

Odwołujący zwrócił uwagę, że kwestia waloryzacji wynagrodzenia w obecnej sytuacji rynkowej jest istotnym czynnikiem wpływającym na konstruowanie ofert - ustalenie wynagrodzenia wykonawcy, stąd niezmiernie istotnym jest równomierne i racjonalne rozłożenie ryzyka zmiany cen pomiędzy Stronami, gdzie ustalenie limitu na poziomie 5%, pozostaje tego zaprzeczeniem. Przy obecnych trendach rynkowych, uwzględnieniu aktualnych prognoz inflacji mając na uwadze zaproponowane zapisy umowne, możliwość waloryzacji nie wystąpi w okresie realizacji umowy. Oznacza to, że od momentu podpisania umowy przez kolejne miesiące, wykonawca będzie realizował przedmiot umowy po cenach z etapu oferty, o których waloryzacje nie będzie mógł wystąpić, gdyż jak dowodzą ukazane dane archiwalne w tabeli 1 zmiany wskaźników na poziomach przewidzianych obecnie Umową nie występują.

Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 439 ustawy Pzp został wprowadzony przez ustawodawcę właśnie po to, aby wykonawca przy zamówieniach realizowanych w dłuższym okresie czasu, nie musiał spekulować ceną i przyjmować w ofertach nadmiernych ryzyk inflacyjnych. W ostatnim czasie ustawodawca uznał, że dotychczasowe przepisy nie odpowiadały rzeczywistości i zmienionej sytuacji rynkowej i ograniczył ryzyko inflacyjne do 6 miesięcy. Zamawiający ustalając oderwane od realiów rynnowych warunki dla uruchomienia waloryzacji, działa zatem wbrew dyspozycji art. 439 ustawy Pzp. Powyższe prowadzi do wniosku, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna tylko z pozoru przewiduje, że pozwoli wykonawcy przywrócić równowagę ekonomiczną zachwianą wzrostem cen.

Na zakończenie odwołał się również do opinii Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, z której da się wywieść, jaką rolę pełnią klauzule waloryzacyjne a mianowicie mają na celu utrzymanie ekwiwalentności świadczeń stron. Tym samym klauzula waloryzacja tworzona w oparciu o przepis art. 439 ustawy Pzp musi być klauzulą realną i znajdująca zastosowanie w toku normalnych zdarzeń.

Mając na uwadze powyższe, przyjęty przez zamawiającego we wzorze umowy sposób waloryzacji wynagrodzenia nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter w znacznej części pozorny i przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen, które obecnie jest nieprzewidywalne.

Odwołujący, w związku z podnoszoną argumentacją, domagał się dokonania zmiany Umowy, tj. §5 a pkt. 4, 5, 6, 7, 8 Umowy poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić wykonawcy realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych, mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy, tj. odwołanie się do odpowiedniego poziomu zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano - montażowych publikowanego przez Prezesa GUS oraz wprowadzenie racjonalnego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia z jednoczesnym podwyższeniem limitu dla waloryzacji oraz usunięciem zapisów nakładających bliżej niesprecyzowane warunki dla wprowadzenia waloryzacji.

Odwołujący wskazał, że w dniu 30 listopada 2022 r. na stronie pojawiły się nowe przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów tego typu stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych. Mając na uwadze, że zamawiający jest decydentem postępowania a zgodnie z art. 554 ust. 6 ustawy Pzp Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści, wykonawca wskazał propozycję przełożenia wzorcowych klauzul na realia obecnego postępowania i nadanie brzmienia § 5a Umowy w następujący sposób: „Kwoty płatne wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami. Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja „budowa budynków" publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziedzinowej Bazie Wiedzy od linkiem:D_CEN_30.aspx, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który

została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby ww. wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS. Wskaźnik waloryzacji Ww (n) przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca, w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc zero, gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca, za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty). Odwołujący zaproponował w tym miejscu wzór, zgodnie z którym miały być dokonywane obliczenia.

Wskazywał także, że kwoty netto płatne wykonawcy winny być waloryzowane miesięcznie, począwszy od czwartego miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- [20] % wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji. W sytuacji, gdy rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład, którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: (1) Adamietz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich; (2) NDI S.A. z siedzibą w Sopocie.

Zamawiający w dniu 6 maja 2024 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym oświadczył, że uwzględnia przedmiotowe odwołanie w części tj. w zakresie zarzutów opisanych w punktach I.1), I.2), I.3), I.5), I.6), I.7) I.8) petitum odwołania. Ponadto na rozprawie w dniu 7 maja 2024 r. zamawiający oświadczył, że zarzut opisany w punkcie I.9) odwołania uwzględnia w części, w jakiej odwołujący podnosił, że wraz ze złożeniem wniosku o zmianę wynagrodzenia konieczne jest przedstawienie dowodów. W konsekwencji Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Na posiedzeniu w dniu 7 maja 2024 r. odwołujący oświadczył, że cofa zarzut opisany w punkcie I.4) petitum odwołania. Z tego powodu Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 2 sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący jest podmiotem, który działa na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Jego zdaniem zapisy zawarte w załączniku do SWZ - Umowie, są niezgodne z przepisami, bowiem zamawiający formułując zapisy Umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym. Odwołujący ma więc interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ, jakoże chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana - chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z zamawiającym. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt IV SWZ jest: Budowa siedziby prokuratur różnego szczebla wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Katowicach przy ul. Gliwickiej, na działkach o numerach ewidencyjnych 13/43 oraz 15/18, obręb 0001 dz. Śródmieście - Załęże, ar_3, dla których to nieruchomości Wydział Ksiąg Wieczystych Sądu Rejonowego Katowice - Wschód w Katowicach prowadzi Księgę Wieczystą nr KA1K/00141500/7 oraz wykonanie nasadzeń rekompensujących zgodnie z warunkami określonymi Decyzją administracyjną Prezydenta Miasta Katowice nr

451/Z/2023 z dnia 21.11.2023 r.

Zgodnie z pkt VI SWZ termin wykonania zamówienia ustalono: nie później niż do 30 czerwca 2028 r. Szczegółowe zagadnienia dotyczące terminu realizacji umowy uregulowane są we Wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 12 do SWZ.

Z kolei w przywołanym Załączniku nr 12 do SWZ - Umowie zgodnie z § 5 a.- Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy zamawiający wskazał: Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z poniższymi zasadami, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia ulegną zmianie: 1) wyliczenie wysokości zmiany wynagrodzenia odbywać się będzie w oparciu o miesięczny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej liczony w stosunku do miesiąca poprzedniego publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw. dla Budynków administracyjno-biurowych PKOB 1220 = zwany dalej wskaźnikiem GUS; 2) kwoty wynagrodzenia wykonawcy waloryzowane będą (po spełnieniu warunków wskazanych w pkt 4 i kolejnych) wg stanu na koniec każdego okresu rozliczeniowego - począwszy od drugiego pełnego okresu rozliczeniowego; 3) wynagrodzenie za pierwszy okres rozliczeniowy nie podlega waloryzacji; 4) waloryzacja następuje jedynie wówczas, gdy średnia wskaźnika GUS za okres rozliczeniowy wyniesie powyżej 105%, tj. o ile wartość B we wzorze wskazanym w pkt 6) wyniesie powyżej 105%; 5) waloryzacja odbywa się na uzasadniony wniosek strony, który może zostać złożony jedynie w przypadku, gdy zmiana cen materiałów i kosztów na rynku ma wpływ na koszt realizacji zamówienia, co strona wnioskująca zobowiązana jest wykazać odpowiednimi dowodami; 6) strona po spełnieniu przesłanek wskazanych w pkt 2-5 może po opublikowaniu wskaźnika GUS obejmującego ostatni miesiąc okresu rozliczeniowego złożyć wniosek o zmianę wynagrodzenia za dany okres rozliczeniowy w stosunku do określonej w Harmonogramie w wysokości wynikającej z wyliczenia: A x (B - 105%) = C GDZIE: A - wartość prac wykonanych w danym okresie rozliczeniowym potwierdzonych w dokumentacji budowy i wynikających z Harmonogramu powiększone o wartość prac niewykonanych do ww. okresu rozliczeniowego; B - średnia arytmetyczna wskaźnika GUS z miesięcy objętych danym okresem rozliczeniowym; C - wartość zmiany wynagrodzenia. 7) strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić w szczególności: a) wyliczenie wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia; b) dowody na to, że wzrost kosztów materiałów lub usług miał wpływ na koszt realizacji zamówienia. 8) łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego paragrafu nie może być wyższa niż 5 % w stosunku do pierwotnej wartości Umowy. 9) zmiana wynagrodzenia w oparciu o niniejszy ustęp wymaga zgodnej woli obu stron wyrażonej aneksem do Umowy. 10) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z pkt 1-9 powyżej, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi; 2) okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy. Przy tym, zgodnie z definicją zamieszczoną w Słowniku: Okres rozliczeniowy - okres w trakcie realizacji Umowy, rozpoczynający się pierwszego dnia danego miesiąca kalendarzowego i kończący się ostatniego dnia trzeciego miesiąca kalendarzowego, obejmujący trzy następujące miesiące kalendarzowe: grudzień - styczeń - luty; marzec - kwiecień - maj; czerwiec - lipiec - sierpień; wrzesień - październik - listopad, z zastrzeżeniem, że: pierwszy okres rozliczeniowy biegnie od dnia zatwierdzenia przez zamawiającego Harmonogramu robót do końca trzeciego miesiąca kalendarzowego (kończącego dany okres rozliczeniowy) i może być niepełnym okresem trzech miesięcy; ostatni okres rozliczeniowy kończy się z dniem odbioru przedmiotu Umowy i może być niepełnym okresem trzech miesięcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie w jakim odwołujący zarzucał, że zamawiający naruszył przepisy art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC poprzez sformułowanie § 5a Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy Pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy z tego powodu, iż zamawiający zastrzegł możliwość waloryzacji jedynie wówczas, gdy średnia wskaźnika GUS za okres rozliczeniowy wyniesie powyżej 105 % oraz poprzez wprowadzenie ograniczenia, że łączna wartość zmian wynagrodzenia wykonawcy, dokonanych na podstawie tego paragrafu nie może być wyższa niż 5 % w stosunku do pierwotnej wartości Umowy.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp1 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.

Ustawodawca w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp wskazał na obowiązek waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy przewidując, że 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. Zgodnie z ust. 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 kreślenie 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.

Z kolei w myśl art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.) dalej: „KC" nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 353^1 KC stanowi, że 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.

W dalszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę, że istotą wprowadzenia regulacji art. 439 ustawy Pzp, było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Odwołując się natomiast do językowego rozumienia pojęcia „waloryzacja" należy stwierdzić, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia, w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmienionym poziomie. Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację definiuje: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych, ustalonych w danej jednostce monetarnej, na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza. Jak zatem trafnie zauważyła Izba w orzeczeniach z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22 oraz w Wyroku z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21 celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Innymi słowy chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby na skutek tego, że realizacja umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza, wskutek dokonywania odroczonych w czasie płatności.

Wprawdzie ustawodawca nie skonstruował przepisu art. 439 ustawy Pzp w sposób precyzyjny, dając zamawiającym jedynie pewne wytyczne, którymi powinni kierować się wprowadzając do umowy klauzule waloryzacyjne. Stało się tak jednak, gdyż jak zauważono w uzasadnieniu projektu, przepis ten nie mógł być nadmiernie kazuistyczny. Biorąc pod uwagę ogromne zróżnicowanie poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość czy przedmiot zamówienia, przepis ten został zredagowany w taki sposób, aby w ramach nałożonego na zamawiającego obowiązku, pozostawić mu jednak pewną swobodę. Tym niemniej zamawiający wprowadzając określone zapisy w umowie o zamówienie publiczne winien mieć na uwadze, że proponowane we wzorze umowy zapisy uwzględniać powinny w szczególności: specyfikę zamówienia (np. brać pod uwagę jakie materiały i koszty są kluczowe dla jego realizacji, a które to wcześniej podlegały, a w konsekwencji nadal podlegać mogą dużym wahaniom), dostępność wiarygodnych i aktualizowanych podstaw ustalenia zmiany ceny (np. właściwe i adekwatne dla danego przedmiotu zamówienia wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS), w końcu także planowane możliwości finansowe zamawiającego co do przewidywanych zmian wynagrodzenia (przy czym zamawiający powinien uwzględnić planując swoje wydatki i ujmując

je w budżecie, że może mieć miejsce wzrost cen towarów i usług, które to mogą wpłynąć w sposób znaczący na wzrost kosztów realizacji zamówienia, które to będzie musiał zrekompensować wykonawcy realizującemu dane zadanie).

Podkreślić należy, że waloryzacja umowna będzie stanowiła skuteczny mechanizm tylko wtedy, gdy nie tylko spełnia wymogi ustawowe w tym zakresie tj., gdy w treści umowy wprowadzone zostały wszystkie elementy regulacji, ale umowa taka winna przewidywać takie postanowienia i mechanizmy, odnoszące się do zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które uwzględniają aktualne warunki rynkowe.

Powszechnie wiadome jest, że w ciągu ostatnich około 2 lat mamy do czynienia ze stałym, bardzo dynamicznym wzrostem cen materiałów, usług, jak też wynagrodzeń, co wynika z danych publikowanych na stronach Głównego Urzędu Statystycznego. Wprawdzie w ostatnim okresie notowany jest spadek inflacji, ale nadal mamy do czynienia ze wzrostem cen towarów i usług. Zgodnie z komunikatem, opublikowanym na stronie Głównego Urzędu Statystycznego - Szybki szacunek wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w kwietniu 2024 r. (wskaznika-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-w-kwietniu-2024-roku,21,20.html): Ceny towarów i usług konsumpcyjnych według szybkiego szacunku w kwietniu 2024 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ubiegłego roku wzrosły o 2,4% (wskaźnik cen 102,4), a w stosunku do poprzedniego miesiąca wzrosły o 1,0% (wskaźnik cen 101,0). W dalszym ciągu obserwujemy zatem wzrost inflacji, który wraz ze stale zwiększającym się wzrostem wynagrodzeń powoduje, że szczególnie istotne jest w jaki sposób zamawiający przewidują w zawieranych umowach sposoby zwiększania wynagrodzenia i czy mechanizmy te dają gwarancję zrekompensowania wykonawcy wzrostu kosztów, jakie musi ponosić w związku z realizacją kontraktu.

W dokumencie pn. Raport o inflacji - marzec 2024 r. (Raport o inflacji nbp.pl), który przedstawia ocenę Rady Polityki Pieniężnej dotyczącą przebiegu procesów makroekonomicznych wpływających na inflację, zakłada się, że CPI w 2024 r. będzie na poziomie około 3%, nieco wzrośnie w 2025 r., by w 2026 r. znowu się obniżyć do niespełna 3%. W tym czasie poziom PKB ma oscylować w okolicy 3 - 4%. W Raporcie zauważono, że wyraźnie widoczny jest spadek inflacji w ciągu ostatnich dwunastu miesięcy i poziom ten pozostanie obniżony do końca 2026 r. Przy czym zwrócono uwagę, że poziom ścieżki inflacji jest bardzo mocno uzależniony od utrzymania tarcz antyinflacyjnych, które obejmują zerowe stawki VAT na żywność czy mrożenie cen energii elektrycznej i gazu dla gospodarstw domowych. Podkreślono też, że mamy aktualnie do czynienia z szeregiem zewnętrznych źródeł niepewności w bieżącej rundzie prognostycznej, takich jak kształt polityki pieniężnej i fiskalnej w głównych gospodarkach rozwiniętych. Największym czynnikiem ryzyka według NBP jest polityka fiskalna rządu. W raporcie kładzie się silny nacisk na wpływ zmian legislacyjnych wymienionych w exposé premiera oraz tych zapowiedzianych przez pozostałych członków rady: „Obejmują one zwiększenie wydatków publicznych, w tym podwyższenie wysokości renty socjalnej, wprowadzenie renty wdowiej i bonu senioralnego oraz nowy program mieszkaniowy tzw. Mieszkanie na Start. Zapowiedzi obejmują również zwiększenie kwoty wolnej od podatku od osób fizycznych, obniżenie podatku od zysków z oszczędności i tzw. wakacje składkowe dla przedsiębiorców. Realizacja nowych działań fiskalnych oddziaływałaby w kierunku silniejszego wzrostu popytu w Polsce. W takim scenariuszu można by spodziewać się w horyzoncie projekcji bardziej uporczywego charakteru inflacji bazowej. Z drugiej strony, ewentualne objęcie Polski procedurą nadmiernego deficytu w bieżącym roku, mogłoby skłonić rząd do prowadzenia bardziej restrykcyjnej polityki fiskalnej w dalszym horyzoncie projekcji.”

W konsekwencji, w obecnie panującej sytuacji polityczno-gospodarczej, szczególnie ważne jest, aby przyjęta w umowie klauzula waloryzacyjna przyniosła spodziewany efekt dla wykonawcy, nie powodując zaburzenia równowagi stron umowy. Nie chodzi przy tym o to, aby całkowicie zwolnić wykonawcę od wszelkich występujących na rynku możliwych ryzyk zmian cen, ale uniknąć takich sytuacji, kiedy potencjalni wykonawcy wolą zrezygnować z zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego, ze względu na brak klauzul waloryzacyjnych realnie odzwierciedlających poziom wzrostu cen towarów i usług, czy też mają problem z realizacją zamówienia z tego powodu, że kontynuowanie robót budowlanych, spowoduje stratę na danym kontrakcie. To właśnie wprowadzenie do treści umowy takich postanowień, które obarczają ewentualnym ryzykiem wyłącznie wykonawcę, w rezultacie może doprowadzić do tego, że albo zaproponowana cena będzie zawyżona w takim znaczeniu, że będzie musiała uwzględniać wszelkie ewentualne ryzyka wzrostu cen lub też, że wykonawca chcąc uzyskać zamówienie ryzyk tych nie skalkuluje w ofercie, ale umowa taka nie zostanie wykonana.

Z kolei wprowadzenie do umowy takich klauzul waloryzacyjnych, które uwzględniają aktualne prognozy w zakresie odnoszącym się do zmiany cen lub kosztów, uprawniające stronę do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz przede wszystkim sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia - pozwoli na uniknięcie powyższych problemów. I tu mamy szerokie spektrum możliwości wprowadzenia efektywnej formuły, np. metody wskaźnikowej (odwołanie do możliwych różnych wskaźników GUS-u), metody koszykowej (w oparciu o kilka wskaźników dla wybranych najbardziej cenotwórczych elementów kosztów), metody porównawczej. Formuła ta musi być dobrze przemyślana, precyzyjna i

sprawdzona przede wszystkim od strony kosztorysowej, żeby potem była wykonalna i rzeczywiście przyniosła spodziewany efekt dla wykonawcy.

Mając powyższe na względzie Izba, po przeanalizowaniu zapisów zawartych w § 5a Umowy doszła do przekonania, że rację ma odwołujący kwestionując przyjęty przez zamawiającego poziom zmian cen, który uprawnia go do żądania waloryzacji oraz w zakresie maksymalnej, dopuszczonej przez zamawiającego wysokości tej waloryzacji. Nie podzielono natomiast zastrzeżeń w zakresie rodzaju wskaźnika, jaki zastosował zamawiający w Umowie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do tego ostatniego elementu w postaci wybranego przez zamawiającego wskaźnika, opisanego w § 5a ust. 1 Umowy: wyliczenie wysokości zmiany wynagrodzenia odbywać się będzie w oparciu o miesięczny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej liczony w stosunku do miesiąca poprzedniego publikowany przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawyo poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw dla Budynków administracyjno-biurowych PKOB 1220 = zwany dalej wskaźnikiem GUS, Izba uznała, że należy uznać powyższy za dopuszczalny i właściwy w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia. Dotyczy on bowiem wprost produkcji budowlano-montażowej w zakresie budynków administracyjno-biurowych, a zatem sposób ustalenia zmiany cen z jego wykorzystaniem mieści się w dyspozycji przepisu art. 439 ustawy Pzp i, co istotne realizuje faktyczne przesłanki waloryzacji wynagrodzenia.

Izba miała również na uwadze, że argumentacja odwołującego, który kwestionował opisywany w Umowie wskaźnik sprowadzała się do tego, że ten publikowany jest w zbiorczym opracowaniu pt. „Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych" liczącym zwykle blisko 80 str., którego wydanie, ze względu na obszerność opracowania odbywa się ze znacznym opóźnieniem, zwykle około 2 miesięcy w stosunku do miesiąca którego dotyczy, np. publikacja za miesiąc marzec 2023 r. nastąpiła dopiero 23 maja 2023 r., a za miesiąc styczeń 2024 r. w dniu 22 marca 2024 r.

Odwołujący postulował przy tym wprowadzenie innego wskaźnika, który z jego punktu widzenia jest praktyczniejszym, powszechnie stosowanym i mającym jego zdaniem wydatnie usprawnić proces bieżącego rozliczania zmian cen w przypadku spełnienia się warunków określonych Umową tj. wskaźników publikowanych w formie komunikatów prezesa GUS. Przyznawał przy tym, że różnice notowań pomiędzy wskaźnikiem zastosowanym przez zamawiającego a wskaźnikiem przez niego proponowanym, pozostają praktycznie pomijalne.

Odwołujący formułując zarzut w tym zakresie nie wykazał zatem, aby wprowadzenie tego określonego wskaźnika naruszało przepisy ustawy Pzp, czy też, nie wypełniało celu wprowadzonej regulacji. Sam przyznał, że postulat zastosowania innego wskaźnika ma dla niego w zasadzie jedynie wymiar praktyczny, zaś poziom waloryzacji w związku z zastosowaniem któregokolwiek z nich - będzie zbliżony. Bez znaczenia pozostaje także argumentacja dotycząca tego, że zastosowanie tego wskaźnika skutkować będzie stosowaniem go z pewnym opóźnieniem, w odniesieniu do zmian cen już zaistniałych, gdyż każdy ze wskaźników oparty jest o dane historyczne. Tym samym skład orzekający doszedł do przekonania, że wybór wskaźnika przez zamawiającego został dokonany prawidłowo, zamawiający opisał jego zastosowanie w sposób precyzyjny, jednoznacznie wskazując go w projekcie umowy, zgodnie z przywołanym przepisem art. 439 ustawy Pzp. W konsekwencji zarzut w tym zakresie nie podlegał uwzględnieniu.

Izba podzieliła natomiast zastrzeżenia odwołującego, uznając jego argumentację w następujących kwestiach.

W pierwszej kolejności doszła do przekonania, że wprowadzone przez zamawiającego w § 5a ust. 8 Umowy ograniczenie, iż łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego paragrafu nie może być wyższa niż 5 % w stosunku do pierwotnej wartości Umowy - narusza zasady współżycia społecznego, jak też sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego.

Wprawdzie jak wynika z opracowania pn. „Raport o inflacji" wyraźnie widoczny jest spadek inflacji w ciągu ostatnich dwunastu miesięcy i poziom ten pozostanie obniżony do końca 2026 r., to jednak w dalszym ciągu istnieje szereg czynników, które będą wpływały na to w jaki sposób będzie przebiegała ścieżka inflacji w Polsce. NBP wskazuje na takie czynniki jak: utrzymanie lub nie tarcz antyinflacyjnych, które (jak wskazywano w marcu 2024 r., kiedy raport został sporządzony) obejmowały zerowe stawki VAT na żywność (dziś już wiadomo, że stawka VAT wzrosła, co może ponownie spowodować wzrost inflacji w Polsce), czy mrożenie cen energii elektrycznej i gazu dla gospodarstw domowych. NBP wskazuje także, że zarówno ścieżka inflacji CPI w Polsce, jak też przyszła sytuacja gospodarcza jest silnie uzależniona od obecnych i przyszłych działań fiskalnych przez rząd, w tym skali i zakresu podejmowanych antyinflacyjnych działań osłonowych. Oprócz uwarunkowań wewnętrznych, ważnym źródłem ryzyka projekcji jest skala działań zbrojnych na świecie i zaburzeń w łańcuchach dostaw oddziałujących na stopień fragmentacji międzynarodowej wymiany handlowej. Innym, zewnętrznym źródłem niepewności jest kształt polityki pieniężnej i fiskalnej w głównych gospodarkach rozwiniętych. Tym samym w dalszym ciągu mamy do czynienia z wysokim stopniem niepewności co do prognozowanej wysokości wzrostu inflacji jako takiej, nie mówiąc już o ryzykach związanych ze wzrostem cen niektórych

materiałów, co uzależnione jest od wielu czynników zarówno zewnętrznych, jak też wewnętrznych.

Trafnie też odwołujący przywoływał w odwołaniu dane i wykres, obrazujący zmiany cen produkcji budowlano montażowej w latach 2022-2024, w ujęciu rocznym pokazujący, że ustalony przez zamawiającego górny limit waloryzacji na poziomie 5 % jest niższy o 2,5% nawet od najniższego wzrostu cen w skali jednego roku (tj. 7,5% w grudniu 2023 r.) zarejestrowanego na przestrzeni ostatnich dwóch lat i ponad 3 - krotnie niższy od największej rocznej zmiany cen w tym okresie (zarejestrowanego 15,2 % w październiku 2022 r.). Powyższe dowodzi, że przyjęty wskaźnik został ustalony w oderwaniu od dostępnych danych historycznych, jak też prognozowanej sytuacji rynkowej i aktualnych ryzyk.

Jak trafnie zwróciła uwagę Izba w wyroku z dnia 25 października 2022 r., sygn. akt KIO 2532/22, nakazującym zwiększenie górnego limitu waloryzacji z poziomu 10 proc. do poziomu 20 proc. w przypadku waloryzacji: „Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego (...) W art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp zostało wskazane, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że do zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie".

W okolicznościach niniejszej sprawy kwestia wprowadzenia adekwatnego limitu waloryzacji nabiera o tyle znaczenia, że zamówienie będzie realizowane (co wynika z §3 Umowy) do 30 czerwca 2028 r., a zatem 4 lata od daty obecnej, co w związku ze wskazywanymi wyżej okolicznościami jest limitem znacząco zaniżonym. Izba stoi na stanowisku, że dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu do poziomu, który w długim horyzoncie czasowym, w którym zamówienie będzie realizowane zapewni możliwość kontynuowania tego przedsięwzięcia. Wprowadzenie adekwatnego poziomu, do jakiego wartość Umowy może być zrealizowana jest nie tylko w interesie wykonawcy, ale też w interesie zamawiającego, którego celem jest przecież zrealizowanie planowanej inwestycji.

Zamawiający wprawdzie powoływał się na okoliczność, że wprowadzony limit waloryzacji podyktowany jest kwestiami finansowania tego przedsięwzięcia (dotacja celowa), jednakże na tę okoliczność nie przedstawił żadnego dowodu, który wskazywałby na ograniczenia w tym zakresie i brak możliwości zwiększenia zakładanych przez niego kwot. Na marginesie zaznaczyć należy, że brak możliwości finansowych nie może być jedynym argumentem przemawiającym za tym, aby zaniżać limity waloryzacji wynagrodzenia, przerzucając tym samym ryzyka z tego tytułu wyłącznie na wykonawcę.

Z tych powodów Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia wykonawcy do poziomu 20 % tj. na poziomie postulowanym przez odwołującego jest odpowiednie, celem zapewnienia równowagi kontraktowej stron.

Rację ma także odwołujący domagając się usunięcia z treści § 5a ust. 4 Umowy wymogu, aby waloryzacja wynagrodzenia następowała jedynie wówczas, gdy średnia wskaźnika GUS za okres rozliczeniowy wynosi powyżej 105 %.

Trafnie w tym zakresie argumentuje, że przyjęcie takiego poziomu, który nie wystąpił od czasu publikacji wskaźnika dedykowanego sektorowi budownictwa tj. od stycznia 2019 r. (wcześniej funkcjonował wskaźnik cen produkcji sprzedanej przemysłu oraz produkcji budowlano-montażowej) - jest zabiegiem czysto iluzorycznym, gdyż czyni te zapisy umowy martwe. Zamawiający winien w tym zakresie posłużyć się bowiem danymi historycznymi, odnosić się do realiów rynkowych, tymczasem ustala warunki w oderwaniu od powyższych.

Nietrafiona w ocenie Izby jest argumentacja zamawiającego, który wywodzi w swoim piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie, że minione lata 2021 - 2023 były okresem szczególnym, w którym zaistniało szereg nadzwyczajnych oraz nieprzewidywanych okoliczności, powodujących gwałtowny wzrost inflacji (w tym cen produkcji budowlano-montażowej), jak wybuch konfliktu zbrojnego na Ukrainie, powodujący m.in. wzrost cen energii i paliw, odpływ części pracowników, niedobór surowców i materiałów na rynkach światowych, czy zachwianie łańcuchów dostaw również w następstwie wcześniejszej pandemii COVID-19, co powoduje, że okresy te nie są miarodajnym punktem wyjścia do rozważań na temat przewidywanego wzrostu kosztów realizacji robót budowlanych w latach 2024 - 2028, jaki należy przyjąć dla niniejszego postępowania, gdyż co pokazał odwołujący w Tabeli na stronach od 25 do 28 odwołania (opracowanie własne na podstawie archiwalnych komunikatów GUS pokazujące średnie zmiany cen dla wskaźnika - budowa budynków w relacji miesiąc do miesiąca, w okresie od stycznia 2019 r. do lutego 2024 r.) nawet w okresie największego zachwiania cen na rynku budowlanym w okresie marzec - maj 2022 r., to jest po ataku Federacji Rosyjskiej na Ukrainę, średnia z trzech miesięcy wynosiła 101,53 %, a więc o 3,47 % mniej niż wynosi dolny limit uruchomienia mechanizmu waloryzacji określony Umową. Powyższe dowodzi, że przy zastosowaniu takich zapisów, jakie przewidział zamawiający w Umowie nawet w przypadku, gdyby powtórzyła się nadzwyczajna sytuacja, która miała miejsce we

wskazanym przez niego okresie, wynagrodzenie wykonawcy nie zostało by zwaloryzowane.

Izba zgadza się z zamawiającym, że waloryzacja wynagrodzenia sama w sobie nie jest bezwarunkowym obowiązkiem ustawowym pokrycia wszelkich odchyleń cen, jednakże nie można przerzucać na wykonawcę wszystkich ciężarów i ryzyk z tym związanych. Jako profesjonalista, posiadający niejednokrotnie wieloletnie doświadczenie oferent powinien z jednej strony śledzić i przewidywać zmiany, jakie mają miejsce na rynku robót budowlanych i pewne ryzyka być w stanie skalkulować w zaoferowanej cenie. Powyższe nie może jednak prowadzić do takiej sytuacji, w której jak to ma miejsce w omawianej sprawie, praktycznie wszelkie ryzyka przerzucane są na wykonawcę, gdyż ustala się takie warunki waloryzacji, które są w rzeczywistości niemożliwe do spełnienia.

W tym miejscu należy ponownie podkreślić, że celem ustanowienia prawidłowych klauzul waloryzacyjnych jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, zachwianej przez określone zdarzenia mające miejsce w trakcie jej realizacji. Ustawodawca, pozostawiając w tym zakresie zamawiającemu pewną swobodę poprzez możliwość doprecyzowania jej elementów, nie zezwolił jednak na taki sposób wykonania obowiązku nałożonego na zamawiającego w art. 439 ustawy Pzp, aby ustalić w umowie takie zapisy, które będą wyłącznie formalnie spełniały te wymagania, w praktyce jednak powodowały, że już w dacie zawierania umowy będzie wiadomym, że opisane tam warunki waloryzacji - są nie do spełnienia. Takie działania zamawiającego prowadzą do wypaczenia celu wprowadzenia tej regulacji do ustawy Pzp.

Z powyższych powodów nietrafiona jest także argumentacja zamawiającego, który podnosił, że oprócz kwestionowanych postanowień § 5a Umowy dotyczących waloryzacji, zawiera ona również szereg innych postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia na skutek uwarunkowań zewnętrznych, niezależnych od wykonawcy i, że te również winny być wzięte pod uwagę przy ocenie tak sformułowanego zarzutu. Przywoływał w tym kontekście zapisy § 33 Umowy przewidujące, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy może nastąpić m.in. w przypadkach zmiany ustawowej stawki podatku VAT lub akcyzowego, czy zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, które jego zdaniem również mają wpływ na zmiany rynkowych uwarunkowań cen produktów, usług i robót. Przypomnieć należy w tym miejscu, że regulacja wprowadzona przepisem art. 239 ustawy Pzp to odrębna instytucja, wprowadzona ustawą z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r. poz. 2185), która weszła w życie z dniem 10 listopada 2022 r. Ustawodawca, który dostrzegł problem zwiększających się kosztów realizacji inwestycji oraz konieczności urealnienia wynagrodzeń wykonawców, zdecydował się na wprowadzenie zmian w dotychczas obowiązujących przepisach, poprzez wprowadzenie obowiązkowej waloryzacji wynagrodzenia. Owa waloryzacja jest mechanizmem, który musi zostać przewidziany zawsze w przypadku, gdy spełnione zostaną określone w tym przepisie warunki i, co istotne jest mechanizmem niezależnym od innych, przewidzianych przez zamawiającego możliwości zmiany wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 oraz ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..……

……..……

……..……