Sygn. akt: KIO 850/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 marca 2024 r. przez odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1modyfikację treści załącznika nr 10 do SWZ tj. Projektowanych Postanowień Umowy przez zmianę:

A.§ 11 ust. 6 polegającą na dopuszczeniu wielokrotnej waloryzacji, na zasadach określonych w tym paragrafie,

B.§ 11 ust. 8 przez obniżenie „zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww)" o której mowa w tym postanowieniu, do poziomu nie wyższego niż 3%.

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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.

Przewodniczący …….....

Sygn. akt: KIO 850/24

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

Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa dróg powiatowych Borówiec-Koninko-Lotnisko Poznań-Krzesiny Zadanie 1 i 2" (Numer referencyjny: WZ.261.2.2.2024), zwane dalej postępowaniem.
Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 marca 2024 r. pod nr wydania Dz.U. S: 46/2024, nr publikacji ogłoszenia:

133031-2024.

15 marca 2024 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 58 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez sformułowanie w ramach projektu umowy (dalej również jako „Umowa") klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści Umowy przez nadanie jest następującego brzmienia:

•§ 11 ust. 6 Umowy:

„Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji ~~jednokrotnie~~ wielokrotnie,

na zasadach określonych w niniejszym paragrafie".

•§ 11 ust. 8 Umowy:

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

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

•§ 11 ust. 9 Umowy:

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

Część 1 Zadanie 1

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

Pw = ~~0,5 + 0,5 * Ww / 100%~~ 0,2 + 0,8 * Ww/100%

(…)

Część 2 Zadanie 2

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

Pw= PwD + PwM

gdzie:

PwD = ~~0,5 + 0,5 * WwD / 100%~~ 0,2 + 0,8 * WwD/100%

(…)."

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

1.Jednokrotność waloryzacji wynagrodzenia

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

Ograniczanie możliwości zastosowania waloryzacji wyłącznie do pojedynczej sytuacji (jednokrotność) stoi wprost w sprzeczności z podstawowymi celami wprowadzenia waloryzacji i w sposób jaskrawy świadczy o pokrzywdzeniu sytuacji wykonawcy. Według obecnego brzmienia klauzuli waloryzacyjnej wykonawca będzie ponosił 100% ryzyka wzrostu kosztów realizacji odnośnie robót wykonywanych poza tą jedną sytuacją, w której dopuszczona będzie waloryzacja, również, a może przede wszystkim w sytuacjach, w których do waloryzacji istotnej części prac powinno dojść poza tym jednym razem, który został dopuszczony przez Zamawiającego, a termin na złożenie wniosku został przekroczony bez winy Wykonawcy. Tego rodzaju interpretacja prowadzi do wniosku o naruszeniu zasady swobody umów i równowagi stron. Biorąc pod uwagę powyższe, i żeby realizacja umowy miała jakikolwiek sens ekonomiczny, wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie ryzyka związane z brakiem możliwości dokonania waloryzacji wynagrodzenia poza jednym razem dopuszczonym
w ramach klauzuli waloryzacyjnej przez Zamawiającego. W oparciu o aktualne brzmienie klauzuli wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Każdy racjonalnie działający profesjonalny wykonawca w branży, działając ze świadomością powyższego, będzie zmuszony do uwzględnienia w cenie ofertowej ryzyka wzrostu cen. W związku z tym Zamawiający działa na swoją szkodę – dopuszczając jednokrotność waloryzacji może być niemal pewien, że otrzyma od wykonawców wyższe ceny za realizację przedmiotu zamówienia, które będą uwzględniały ten fakt.

2.Dopuszczenie waloryzacji jedynie połowy wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia

Zamawiający dopuścił wprowadzenie waloryzacji jedynie połowy wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający ustalił bowiem, że wzór na waloryzację (dla obu części i obu zadań) obejmuje waloryzacje wynagrodzenia według współczynnika waloryzacyjnego, który należy liczyć z uwzględnieniem poniższej zasady:

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

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

Zamawiający zatem nie tylko wprowadził jednokrotność waloryzacji, jak również wskaźnik

tzw. „aktywatora” (opisany szczegółowo poniżej), które to elementy zupełnie uniemożliwiają realne skorzystanie z mechanizmu waloryzacyjnego, to jeszcze Zamawiający ustalił,
że jedynie połowa wynagrodzenia umownego będzie podlegała waloryzacji. W ocenie Odwołującego doszło do naruszenia równowagi stron umowy i zaburzenia wzajemnych relacji na linii zamawiający – wykonawca skutkujących kompletnym zniwelowaniem zasady ekwiwalentności świadczeń stanowiącej podstawę tych relacji w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

3.Uwzględnienie rażąco wygórowanego wskaźnika tzw. „aktywatora”

W ramach § 11 ust. 8 Umowy określone zostały zasady i procedura zmiany wynagrodzenia
na wypadek wystąpienia sytuacji, gdy w okresie obowiązywania umowy nastąpi zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Zamawiający określił,
że: „W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 9, o minimum 7%, Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1 . W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, że zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. Wniosek należy złożyć do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1.”
Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego na podstawie art. 439 ust. 1 i ust. 2 Pzp
do uwzględnienia w umowie o roboty budowlane zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen lub kosztów związanych
z realizacją zamówienia. Należy także podkreślić, że wykonawca na podstawie art. 439 ust. 5 Pzp jest zobowiązany odpowiednio zwaloryzować wynagrodzenie podwykonawcy.
Mimo, że ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzanym mechanizmem waloryzacyjnym, to swoboda Zamawiającego nie ma charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość dobrania najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.
Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych:
„W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych”. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne
w ramach umowy o zamówienie publiczne Zamawiający podporządkowany jest temu,
aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji. Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną przez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność.
Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności
i przejrzystości, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego powinna ustalić czy określony przez Zamawiającego sposób waloryzowania wynagrodzenia pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.
Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które
w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują
na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej.
W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.
Przekładając powyższą argumentację na grunt skarżonego postanowienia, Odwołujący akcentuje uchybienie dotyczące

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

1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2022 r. (publikacja 18 lutego 2022 r.).
2. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2022 r. (publikacja 20 lipca 2022 r.).
3. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022 r. (publikacja 23 stycznia 2023 r.).
4. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2023 r. (publikacja 20 lutego 2023 r.).
5. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2023 r. (publikacja 20 lipca 2023 r.).
6. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. (publikacja 19 stycznia 2024 r.).
7. Wnioski z opublikowanych danych dotyczących wskaźników cen produkcji budowlano – montażowej z ostatnich lat.

29 marca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.
W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:
Zarzut dotyczący jednokrotności waloryzacji wynagrodzenia
Zgodnie z art. 513 pkt 1 Pzp odwołanie przysługuje m.in. na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym
na projektowane postanowienia umowy. Tymczasem ustawa Pzp w żadnym miejscu nie zakazuje wprost lub nawet pośrednio do zastosowania waloryzacji w sposób ciągły czy sukcesywny, tak jak domaga się tego odwołujący.
Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób postanowienie przewidujące jednokrotność waloryzacji miałoby naruszać przepisy Pzp, a przedstawiona przez niego argumentacja ma charakter czysto subiektywnych odczuć.
Odwołujący wskazał m.in., że „będzie ponosił 100% ryzyka wzrostu kosztów realizacji odnośnie robót wykonywanych

poza tą jedną sytuacją, w której dopuszczona będzie waloryzacja, również, a może przede wszystkim w sytuacjach, w których do waloryzacji istotnej części prac powinno dojść poza tym jednym razem, który został dopuszczony przez Zamawiającego, a termin na złożenie wniosku został przekroczony bez winy Wykonawcy". Co jednak istotne, a na co Odwołujący nie zwrócił uwagi – w projektowanych postanowieniach umowy Zamawiający określił sposób dokonywania rozliczeń miesięcznych. Co więcej – suma faktur częściowych nie może przekroczyć 90% wartości wynagrodzenia brutto. Zważywszy na przepis art. 447 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy stwierdzić należy, że przewidzenie w niniejszej sprawie ostatniej faktury na poziomie 10% wartości wynagrodzenia stanowi rozwiązanie bardzo korzystne dla wykonawcy, a którego Zamawiający nie miał ustawowego obowiązku stosować.
Wskazać zatem należy, że na kanwie niniejszej sprawy, jednokrotność waloryzacji jest rozwiązaniem niezwykle racjonalnym. Wykonawca bowiem, składając ofertę musi skalkulować wynagrodzenie, z uwzględnieniem ryzyka dla pierwszych 10-miesięcy realizacji kontraktu.
Po ich upływie możliwe będzie natomiast dokonanie waloryzacji na pozostały okres realizacji.
Podkreślić również należy, że zgodnie z SWZ termin wykonania zamówienia wynosi:

- Termin zakończenia robót budowlanych – 450 dni (termin odbioru końcowego całego zadania to 480 dni), licząc od daty podpisania umowy – dotyczy części nr 1 – Budowa dróg powiatowych Borówiec-Koninko-Lotnisko Poznań-Krzesiny – zadanie nr 1;
- Termin zakończenia robót budowlanych – 500 dni (termin odbioru końcowego całego zadania to 530 dni), licząc od daty podpisania umowy – dotyczy części nr 2 – Budowa dróg powiatowych Borówiec-Koninko-Lotnisko Poznań-Krzesiny – zadanie nr 2.

Tak więc, waloryzacja jednokrotna, którą zamawiający przewidział dla ok. połowy terminu wykonania zamówienia uwzględnia cel ustawodawcy przez zweryfikowanie cen określonych w ofercie wykonawcy dla drugiego okresu realizacji zamówienia.
Zarzut dotyczący dopuszczenia waloryzacji jedynie połowy wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia
Zarzut ten opiera się na błędnym zrozumieniu przez Odwołującego, że Zamawiający dopuścił waloryzację jedynie połowy wartości przedmiotu zamówienia. W rzeczywistości Zamawiający dopuścił waloryzację całości wynagrodzenia, ale ryzyko rozłożone jest po połowie między strony umowy.
Zamawiający podkreślił, że nie jest tak, że waloryzacja wynagrodzenia w związku ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia ma pokrywać pełny zakres zmian cen materiałów i kosztów realizacji zamówienia. Powyższe twierdzenie Zamawiającego potwierdza jednolite orzecznictwo KIO dotyczące kształtowania treści postanowień umownych dotyczących klauzul waloryzacyjnych.
Odwołujący w treści Odwołania nie formułuje żadnego zarzutu w kontekście określonego przez Zamawiającego maksymalnego poziomu waloryzacji wynagrodzenia. Już sam fakt wprowadzenia maksymalnego limitu waloryzacji zgodnie z art. 439 ust. 1 pkt 4 Pzp potwierdza, że waloryzacja może zostać dokonana jedynie do określonego poziomu pierwotnie określonego wynagrodzenia wykonawcy. Wykonawca zatem zgodnie z treścią tego przepisu może nie uzyskać pełnego pokrycia zmiany cen materiałów i kosztów realizacji zamówienia, w sytuacji, gdyby poziom zmian cen materiałów czy kosztów w trakcie realizacji zamówienia przekroczyłby próg określony w zawartej umowie. Wprowadzenie takiego limitu przez ustawodawcę potwierdza jednoznacznie, że celem klauzuli waloryzacyjnej nie jest wzięcie przez Zamawiającego na siebie pełnego ryzyka zmian cen materiałów lub kosztów realizacji zamówienia i pokrycie wykonawcy wszystkich kosztów związanych z zachodzącymi zmianami, jak to twierdzi Odwołujący.
Zarzut rażąco wygórowanego wskaźnika tzw. „aktywatora"
Odwołujący nie wykazał w jaki sposób skarżone postanowienie wzoru umowy miałoby naruszać przepisy Pzp. Zastrzeżenia do wysokości progu waloryzacji stanowią jedynie subiektywne odczucia Odwołującego. Sam próg waloryzacyjny jest natomiast ustanowiony
w zgodzie z obowiązującymi przepisami. Z analiz sytuacji społeczno-gospodarczej kraju przygotowywanych przez GUS na rok 2023, a także na poszczególne miesiące bieżącego roku wprost wynika, że nadal przewidywany jest wzrost cen robót budowlano-montażowych. Komunikat ten powtarza się w analizach wydawanych na kolejne miesiące, a zatem po stronie Odwołującego jako profesjonalisty na rynku powinna istnieć świadomość trendu związanego ze wzrostem cen robót budowlano-montażowych. Tym bardziej, że w komunikatach tych wyraźnie wskazano, że to: „Dyrektorzy firm budowlanych nadal przewidują ograniczenie zatrudnienia oraz wzrost cen robót budowlano-montażowych".
Niepewną sytuację gospodarczą potwierdza również Projekcja inflacji i wzrostu gospodarczego NBP na podstawie modelu NECMOD, opublikowana przez Narodowy Bank Polski w marcu 2024 r. Z projekcji wynika, że w najbliższym czasie wprawdzie inflacja jeszcze powinna spadać, natomiast w następnych miesiącach będzie ona rosła. Zatem

Odwołujący dysponuje prognozami na najbliższe miesiące. Jako profesjonalista na rynku zdaje sobie sprawę ze wzrostu cen, co powinien uwzględnić, składając ofertę.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron
zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że zasługuje ono na uwzględnienie w zakresie części zarzutu.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. dowodów złożonych przez strony, w tym dokumentów złożonych przez Zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Objęte weryfikacją pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp postanowienia załącznika nr 10 do SWZ tj. Projektowanych Postanowień Umowy brzmią następująco:

§ 11

6. Wynagrodzenie umowne może podlegać waloryzacji jednokrotnie.
7. Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 9.
8. W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 9, o minimum 7%, Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1 . W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, że zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. Wniosek należy złożyć do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w ust. 1 .
9. Zmiana (podwyższenie lub obniżenie) wynagrodzenia umownego wynikająca z waloryzacji, będzie pokrywana przez Strony Umowy po połowie, zgodnie z poniższym wzorem:

Część 1 Zadanie 1

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

Pw = 0,5 + 0,5 * Ww / 100% gdzie:

Pw - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot,

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

Część 2 Zadanie 2

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

Pw= PwD+PwM

gdzie:

PwD = 0,5 + 0,5 * WwD / 100% gdzie:

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

budowa mostu OM-1,
5b-budowa mostu OM-2 i 6b- remont mostu OM-3 ,
WwD – wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku cen obiektów drogowych – ulica zbiorcza (klasa Z), opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na stronie internetowej jego Urzędu („Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych"), wyliczony na podstawie ostatniego opublikowanego na dzień złożenia wniosku o waloryzację, w stosunku do ostatniego opublikowanego na dzień składania ofert.

PwM = 0,5 + 0,5 * WwM / 100% gdzie:

PwM - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot obiektów mostowych, obejmujących pozycje opisane w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów w Kosztorysie Ofertowym pod nr: 3b – budowa wiaduktu WD-1, 4b – budowa mostu OM-1, 5b-budowa mostu OM-2 i 6b- remont mostu OM-3,
WwM – wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu lub spadku cen obiektów mostowych – Wiadukt drogowy o konstrukcji ustroju niosącego -zespolonej-dźwigary stalowe -blachownica, wieloprzęsłowy, rozpiętość przęsła powyżej 25 m, opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, na stronie internetowej jego Urzędu („Ceny robót budowlano-montażowych i obiektów budowlanych"), wyliczony na podstawie ostatniego opublikowanego na dzień złożenia wniosku o waloryzację, w stosunku do ostatniego opublikowanego na dzień składania ofert.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 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.

Po przeprowadzeniu dowodu z załącznika nr 10 do SWZ oraz po przenalizowaniu danych statystycznych przedstawionych przez Strony w postępowaniu odwoławczym Izba stwierdziła, że kwestionowane przeze Odwołującego postanowienia § 11 ust. 6 i 8 Wzoru Umowy w praktyce wyłączają możliwość zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, a w konsekwencji naruszają art. 439 ust. 1 Pzp. O ile przepis ten ma niezwykle ogólny kształt i zostawia zamawiającym bardzo szeroką swobodę co do sposobu uregulowania zasad waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, to jednak jego celem jest wprowadzenie do umowy zasad rzeczywistej, a nie jedynie hipotetycznej waloryzacji.

Podkreślenia wymaga, że celem waloryzacji wynagrodzenia nie jest wprowadzenie do umowy podstawy do żądania przez wykonawcę wynagrodzenia mu nienależnego. Nie stanowi ona też narzędzia do pokrzywdzenia zamawiającego, czy jakiejkolwiek formy jego „złupienia" przez wykonawcę. Instrument ten to jeden z wyjątków dopuszczających zmianę umowy, która ze względu na swój charakter i rozporządzenie środkami publicznymi, co do zasady jest niezmienna. Tym samym klauzula waloryzacyjna powinna być dostosowana tak do realiów rynkowych, jak i do specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia, ponieważ wtedy jest instrumentem korzystnym również dla zamawiającego. Prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna pozwala zamawiającemu na uzyskanie ofert z cenami kalkulowanymi na moment ich złożenia, minimalizuje też ryzyko odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę, który w nieprawidłowy sposób skalkulował ryzyko wynikające ze zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Co za tym idzie, nadmierne obostrzenia

wprowadzane przez zamawiających do wzorów umów wcale nie są dla nich korzystne, ale dopóki nie prowadzą one do praktycznego wyłączenia możliwości zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, nie są sprzeczne z art. 439 ust. 1 Pzp. Przepis ten wymaga bowiem wprowadzenia do umowy klauzuli możliwej do zastosowania. Izba nie jest natomiast organem oceniającym racjonalność zamawiających, a jedynie zgodność tych działań z ustawą Pzp.

Na gruncie przedmiotowego postępowania Odwołujący wykazał, że postanowienia § 11 ust. 6 i 8 Wzoru Umowy o ile formalnie są zgodne z art. 439 ust. 1 Pzp, to w praktyce wyłączają możliwość osiągnięcia celu, jakiemu ten przepis służy.

Zamawiający w § 11 ust. 8 umowy ustanowił „aktywator" tj. minimalny próg zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen, co samo w sobie nie jest rozwiązaniem sprzecznym z art. 439 ust. 1 Pzp. Próg taki chroni ponadto zamawiających przed nadmiernie częstym żądaniem waloryzacji wynagrodzenia, nawet przy niewielkich zmianach wskaźnika wzrostu lub spadku cen. Ustanowienie tego progu na poziomie minimum 7%, biorąc pod uwagę dane statystyczne publikowane przez Główny Urząd Statystyczny daje jednak podstawę do wniosku, że warunek dający podstawę do „uruchomienia" klauzuli waloryzacyjnej nie zaistnieje. Dane powołane przez Odwołującego jasno wskazują, że tempo wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia maleje, zatem dość prawdopodobne jest, że w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wzrost ten nie przekroczy poziomu 7%.

W konsekwencji Izba uznała, że § 11 ust. 8 umowy jest sprzeczny z art. 439 ust. 1 Pzp i w tym zakresie uwzględniła odwołanie.

Izba uznała za niezgodne z art. 439 ust. 1 Pzp także § 11 ust. 6 umowy. Ograniczenie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej do jednokrotnego przypadku nie znajduje oparcia

w przepisach Pzp – klauzula wprowadzona przez zamawiającego ma być w pełni funkcjonalna w pełnym zakresie, także maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia. Wprowadzenie

w tym postępowaniu ograniczenia do jednokrotnej waloryzacji z dużą dozą prawdopodobieństwa prowadziłoby do nieokreślonego ograniczenia tej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia – wartość ta zależałaby w praktyce od momentu uruchomienia klauzuli, zatem nie jest możliwa do uwzględnienia na etapie przygotowania przez wykonawców ofert

w postępowaniu.

Izba oddaliła zarzut w zakresie żądania dotyczącego dopuszczenia waloryzacji jedynie połowy wynagrodzenia. Podstawowym powodem oddalenia tej części zarzutu było powiązane

z zarzutem żądanie - tj. dążenie do zmiany proporcji określonych w zawartym we wzorze umowy wzorze matematycznym do wyliczenia współczynnika waloryzacyjnego Pw.

Odwołujący mimo, że kwestionował sam fakt ujęcia tego rodzaju wzoru, to żądał jedynie zmiany wynikającej z tego wzoru proporcji, nie zaś usunięcia samego założenia waloryzacji jedynie określonej części wynagrodzenia. W konsekwencji Izba uznała, że odwołanie w tym zakresie zmierza jedynie do zmiany warunków zamówienia na korzystniejsze i bardziej liberalne dla wykonawcy, nie zaś do zmiany postanowień, które uniemożliwiają złożenie prawidłowej oferty.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący …….....