

WYROK

Warszawa, dnia 18 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku

przy udziale:

- 1) uczestnik po stronie odwołującego – wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) uczestnik po stronie odwołującego – wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 3) uczestnik po stronie odwołującego – wykonawca Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie częściowo w zakresie zarzutu podniesionego w odwołaniu, tj. zarzutu naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu - Zarządowi Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku zmianę treści Załącznika nr 8 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy, w szczególności § 7 poprzez:
 - a) określenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia i dostosowanie mechanizmu waloryzacji, w tym wskaźnika „R”, do tego terminu;
 - b) podwyższenie łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%.
 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
 3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w części 1/2 oraz zamawiającego - Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku w części 1/2 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego - Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz odwołującego – wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 11 800 zł (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych), stanowiącą należną odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.
- 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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Rozbudowa Nabrzeża Węglowego – Etap II oraz Nabrzeża Administracyjnego w Porcie Gdańsk, numer referencyjny: DOD/DID/2025/001.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.01.2025 r., numer publikacji ogłoszenia: 27227-2025, numer wydania Dz.U. S: 10/2025. Wartość zamówienia przekracza kwoty

progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 stycznia 2025 roku wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej zwany: „odwołującym”) wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającą na ustaleniu treści projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

Zarzut:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez: - sformułowanie warunków waloryzacji w § 6 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez ustalenie dla każdego składanego wniosku waloryzacyjnego progu wejścia waloryzacji na poziomie nienotowanym i niewystępującym w obecnych warunkach rynkowych. Zamawiający nie wskazał początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, przewiduje waloryzację z użyciem nieadekwatnego wskaźnika, a także przewidział dodatkowe warunki wprowadzenia zmian wynagrodzenia. Ponadto, zamawiający ustalił łączną maksymalną wartość wszystkich zmian wynagrodzenia na skutek na poziomie 7% wynagrodzenia netto, wskazanego w ofercie co stanowi o ustaleniu poziomu zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp w sposób oderwany od realiów rynkowych, a także czyni, że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne.

Wnioski odwołania:

Odwołujący wskazał, że w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postanowień dokumentacji przetargowej, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest zamawiający, podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań poprzez nadanie im następującego brzmienia:

1. Wykreślenie z § 7 ust. 1 wzoru umowy następującej części zdania pierwszego: „i pod warunkiem, że Strona żądająca takiej zmiany wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy.”.

2. Zmiany zdania drugiego § 7 ust. 1 wzoru umowy w następujący sposób: „Strony postanawiają, że oceny wystąpienia wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy będą dokonywać na podstawie miesięcznego procentowego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, ustalanego i ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku, ogółem).”.

3. Wprowadzenie zmiany w § 7 ust. 2 wzoru umowy w następujący sposób:

„2. Wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie:

a) zwiększeniu pod warunkiem, że wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, będzie równa lub większa niż 105 ogółem (tj. wzrost cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem złożenia oferty poprzedniego roku o co najmniej 5%);

b) zmniejszeniu pod warunkiem, że wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, będzie równa lub mniejsza niż 95 ogółem (tj. spadek cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem złożenia oferty poprzedniego roku o co najmniej 5%);”.

4. Wprowadzenie zmiany definicji wskaźnika R w § 7 ust. 3 wzoru umowy w następujący sposób:

„R – ~~oznacza wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej.~~ R – wartość wskaźnika w dniu złożenia wniosku o waloryzację - wskaźnik powstanie poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca, – od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty - dla pierwszej waloryzacji, lub – od miesiąca w którym nastąpiła ostatnia waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy (dla kolejnych waloryzacji), do dnia wystąpienia z wnioskiem o waloryzację.”.

5. Wykreślenia ostatniej części zdania w § 7 ust. 6 wzoru umowy w następujący sposób: „Pierwszy wniosek z ust. 4 powyżej lub pierwszą informację z ust. 5 powyżej uprawniona Strona może złożyć (w terminach wskazanych w ust. 4 lub 5) po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Kolejne wnioski lub informacje uprawniona Strona może złożyć (w terminach wskazanych w ust. 4 lub 5) każdorazowo po upływie kolejnych 6 miesięcy od złożenia poprzedniego wniosku z

~~ust. 4 powyżej lub poprzedniej informacji z ust. 5 powyżej, niezależnie od tego, czy w wyniku ich złożenia doszło do dokonania waloryzacji.”~~

6. Zmiany limitu waloryzacji określonego w § 7 ust. 10 wzoru umowy w następujący sposób: „Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to kwota stanowiąca 7% 15% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy”.

Uzasadnienie:

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że zasady waloryzacji zostały ustalone przez zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy Pzp, a zaproponowana waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w § 7 Projektu 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 nie spełni celu wskazanego w Ustawie. Na dzień złożenia ofert nie będzie wiadomo jak wysokie ryzyko wzrostu cen powinni przyjąć oferenci, a zamawiający otrzyma oferty, w których oferenci mogą przyjąć różny stopień ryzyka związanego ze wzrostem cen. Skutkiem powyższego może być nieporównywalność ofert. Odwołujący zauważył przy tym, że 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. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego, przez co zapewniona zostaje równość stron, czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22.

Dalej odwołujący stwierdził, że odpowiednio 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 też przeszłych doświadczeń;
- niweluje ryzyko zamawiającego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul *rebus sic stantibus*.

Następnie odwołujący, odnosząc się do treści kwestionowanych przez siebie postanowień Projektu Umowy i wskazując na proponowane przez siebie zmiany, powołał następujące argumenty:

Ad. § 7 ust 1 Umowy:

Odwołujący podał, że zamawiający w zdaniu pierwszym § 7 ust. 1 Projektu Umowy postawił dodatkowy warunek, że strona żądająca takiej zmiany wykaże, iż zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy.

Zdaniem odwołującego, taki dodatkowy wymóg wykazania zasadności złożenia wniosku o waloryzację nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach Pzp oraz stanowi barierę w skutecznym dochodzeniu waloryzacji wynagrodzenia, a także uzależnia waloryzację wynagrodzenia od swobodnego uznania zamawiającego, czy wykonawca wykazał spełnienie okoliczności uzasadniających dokonanie waloryzacji wynagrodzenia, bowiem żadne dodatkowe (poza wskaźnikiem zmiany cen produkcji budowlano-montażowej) obiektywne kryteria uznania przez zamawiającego nie zostały w postępowaniu ustanowione. Odwołujący stwierdził, że powyższe postanowienie Umowy może stanowić w praktyce źródło sporów pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, a nawet całkowicie niweczyć możliwość dokonania waloryzacji, nawet jeśli przyjęty przez zamawiającego wskaźnik ogłaszany przez prezesa GUS będzie uzasadniał jej dokonanie. W tym zakresie odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3389/23.

Ad. § 7 ust 1. 2. 3. 6 Umowy:

Odwołujący zauważył, że istotą art. 439 ust. 1 ustawy Pzp jest zapewnienie ekwiwalentności wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W dalszej części odwołał się do własnych symulacji przebiegu wypłaty wynagrodzenia wykonawcy i jego waloryzacji wg postanowień umownych, które zawarł w załączniku nr 6 do odwołania.

Odwołujący podał, że obliczenia zostały wykonane przy następujących założeniach:

- do obliczeń przyjęto ostatni dostępny roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej – 3,9%, co oznacza średniomiesięczną zmianę o 0,32% - na podstawie tego wskaźnika przyjęto wartość zmiany cen materiałów i kosztów wykonania umowy w całym okresie realizacji,
- przyjęto wartość kontraktową 150 mln PLN.

Według odwołującego symulacja ta wykazuje, że po przyjęciu ww. założeń, suma waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy wyniesie 0%, przy zmianie cen materiałów i kosztów wynoszących 10,8%.

Następnie odwołujący powołał się na drugą symulację, także zawartą w załączniku nr 6 do odwołania, wskazującą z kolei na skumulowany wskaźnik wpływu wzrostu cen materiałów i kosztów realizacji zamówienia. Symulacja ta wykazała, że przy założeniu wartości kontraktowej 150 mln PLN, wartość waloryzacji w związku ze zmianą cen materiałów i kosztów powinna wynieść 16,2 mln PLN, czyli 10,8% zamówienia. Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, że przyjął kwotę 150 mln PLN na podstawie realizowanych obecnie zamówień zlokalizowanych w otoczeniu Inwestycji i jest ona przybliżona. Odwołujący stwierdził, że powyższe prowadzi do konkluzji, iż postanowienia przyszłej waloryzacji zostały określone przez zamawiającego w sposób, który ma ograniczać, lub w ogóle uniemożliwiać jej uzyskanie. Jego zdaniem, czyni to mechanizm waloryzacji pozornym.

Odwołujący wskazywał również, że przepisy art. 439 ust. 2 i 3 ustawy Pzp odwołują się do konieczności ustalenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, czyli okresu porównawczego, przy czym zwykle takim terminem jest dzień złożenia oferty lub dzień zawarcia umowy. Odwołujący wyjaśnił też, że ustalenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia jest kluczowe dla ustalenia zmiany cen materiałów lub kosztów wykonania zamówienia, a to z kolei jest warunkiem dokonania waloryzacji. Odwołujący zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający jako podstawę dokonania waloryzacji ustalił wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej ogółem, w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku. Zdaniem odwołującego, zarówno w przypadku pierwszego wniosku, jak i kolejnych, stosowanie wskaźnika pokazującego zmiany cen w stosunku do analogicznego miesiąca poprzedniego roku przestaje służyć swojemu celowi, tj. określeniu zmiany cen i kosztów związanych z realizacją zamówienia, ponieważ nie odnotowuje zmiany tych cen i kosztów w stosunku do terminu początkowego (np. złożenia oferty), a jedynie „cofa się” o rok wcześniej. Tym samym nie jest badany, zgodnie z założeniem ustawy Pzp, wpływ zmian cen materiałów lub kosztów na koszty realizacji zamówienia, a jedynie badana jest zmiana cen w okresie ostatniego roku przed złożeniem wniosku o waloryzację. W konsekwencji – zdaniem odwołującego – należy uznać, że zamawiający nie określił początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, wobec czego niemożliwe w trakcie realizacji będzie ustalenie występujących na rynku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Nadto, zmiany cen będą badane każdorazowo w okresie rocznym i waloryzacja nastąpi, jeśli w tym okresie zmiana przekroczy 5%, a taki sposób ustanowienia zasad skutkuje brakiem dokonania waloryzacji zgodnej z założeniami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że klauzula waloryzacyjna została oparta o wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej, ustalany i ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Jednocześnie zauważył, że aby otrzymać wskaźnik roczny, należy przemnożyć przez siebie kolejne miesięczne wskaźniki, przy czym dla miesiąca, w stosunku do którego badane są zmiany cen, należy przyjąć wskaźnik 100,0 (100%). Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę, że we wzorze Umowy przewidziane jest składanie wniosków waloryzacyjnych po upływie 6 miesięcy od zawarcia umowy/złożenia poprzedniego wniosku o dokonanie waloryzacji, ale zawsze pod warunkiem, że zmiana cen wyniesie 5%, okres badania zmiany cen w stosunku do terminu początkowego powinien być różny od zaproponowanego - 12-miesięcznego. Według odwołującego, precyzyjniejszym miernikiem, wskazującym dokładnie na zmiany cen w badanym okresie, byłyby zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, również ogłaszane przez Prezesa GUS (nie zaś przez odniesienie do analogicznego miesiąca poprzedniego roku).

Następnie, odwołujący raz jeszcze podkreślił, że celem ustanowienia w ustawie Pzp zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia było utrzymanie ekwiwalentności umowy. Strony umowy powinny więc badać, w jaki sposób zmiany cen materiałów lub kosztów miały wpływ na koszty wykonania zamówienia. W ocenie odwołującego możliwe jest to, kiedy zmiany tych cen, czy kosztów, bada się w odniesieniu do ustalonego terminu początkowego, a nie każdorazowo w stosunku do cen z analogicznego miesiąca poprzedniego roku. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na planowany okres realizacji zamówienia, tj. prawie 4 lata, stąd też – w jego opinii - badanie zmiany cen i kosztów wykonania umowy powinno odbywać się kumulatywnie w całym okresie realizacji. Natomiast wyrywkowe badanie – co ½ roku, jak zmieniali

się ceny w ostatnim roku nie daje odpowiedzi na pytanie, jak zmienił się koszt realizacji zamówienia i czy skutkiem tych zmian powinna być zmiana wynagrodzenia wykonawcy. W tym celu konieczne jest określenie terminu początkowego – do którego odnosić się będzie ustalenie poziomu zmian cen oraz wskaźnik, który precyzyjnie wskaże te zmiany. Dla określenia zaś poziomu zmian cen bardziej adekwatny jest wskaźnik zmian cen w stosunku do miesiąca poprzedniego, ponieważ pozwala na dokładne, kumulatywne określenie, jak zmiany cen w badanym okresie wyglądały i czy powinny być podstawą do zmiany wynagrodzenia, poprzez zastosowanie iloczynu wskaźników miesięcznych w badanym okresie. Odwołujący dodał też, że jeżeli w wyniku złożenia poprzedniego wniosku waloryzacja nie została dokonana, badanie skutków zmian cen materiałów i kosztów na wykonanie umowy powinno odbywać się w stosunku do okresu/miesiąca, w którym wynagrodzenie za wykonanie umowy zostało ustalone, tj. dnia złożenia oferty, lub dnia dokonania ostatniej zmiany wynagrodzenia wykonawcy na skutek dokonanej waloryzacji.

Ad. § 7 ust. 10 Umowy:

Odwołujący ponownie zwrócił uwagę na konieczność wprowadzenia do umów realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców w związku z brzmieniem art. 439 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt: KIO 440/22 oraz z dnia 28 listopada 2023 r., sygn. akt: KIO 3389/23. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający przewidział w § 7 ust. 10 wzoru Umowy, że łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający na skutek waloryzacji wynagrodzenia to kwota stanowiąca 7% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie wykonawcy. W ocenie odwołującego, ta kwota jest nieuzasadniona gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, a w szczególności nie uwzględnia, iż zamówienie będzie realizowane w okresie 188 tygodni, a więc prawie 4 lat.

Odwołujący dodał, że powszechnie wiadome jest, że w ostatnim okresie nastąpił stały, bardzo dynamiczny wzrost cen materiałów, usług, jak też wynagrodzeń, co wynika z danych publikowanych na stronach Głównego Urzędu Statystycznego. Tak dynamiczny i rozpędzający się wzrost inflacji oraz wynagrodzeń powoduje, że szczególnie istotne jest, w jaki sposób zamawiający przewidują w umowach sposoby zwiększania wynagrodzenia i, czy dają one gwarancję zrekompensowania wykonawcy wzrostu kosztów, jakie musi ponosić w związku z realizacją kontraktu. Odwołujący zwrócił również uwagę na brak obiektywnej możliwości przedstawienia pewnego dowodu, z którego można by wywieść, jak wysokie będą zmiany cen w okresie realizacji całego kontaktu i tym samym, na jakim poziomie winien być ustalony limit waloryzacji wynagrodzenia. Dodał też, że w tym stanie rzeczy, możliwe jest oparcie się jedynie na danych historycznych, z drugiej strony – na prognozach, dotyczących sytuacji przyszłej oraz ich ocenie w świetle aktualnej sytuacji. W tym kontekście odniósł się do danych GUS, obrazujących zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w okresie ostatnich dwóch lat (apogeum przypada na styczeń 2023 r.). Obecnie jest tendencja malejąca wartości wzrostu cen, ale przy utrzymującym się wzroście. Odwołujący odniósł się również do Raportu o inflacji z listopada 2024 r. i wskazał, że według projekcji NBP przewidywana inflacja w okresie 2-letnim - 2025 i 2026 roku wyniesie 8,45%, czyli więcej niż zamawiający przewiduje poziom waloryzacji wynagrodzenia przez niemal 4-letni okres waloryzacji. Zauważył też, że im dalszy horyzont czasowy, tym bardziej rozbiegają się szacowane wartości.

Odwołujący dodał, że dla wykonania przedmiotowego zamówienia niezwykle istotne jest kształtowanie się cen surowców energetycznych i materiałów na światowych rynkach, co stanowi znaczny czynnik niepewności dla rozwoju sytuacji gospodarczej w Polsce. Ceny surowców na rynkach światowych są uzależnione m.in. od koniunktury w gospodarce światowej, podaży tych surowców oraz temperatur w sezonie zimowym, a także przebiegu wojny w Ukrainie.

Zdaniem odwołującego, mając do dyspozycji dane w postaci: prognozy inflacji NBP oraz ostatniego notowanego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej, można przewidywać, że wzrost cen w kolejnych dwóch latach osiągnie około 8%. Natomiast biorąc pod uwagę obecną sytuację gospodarczą, cechującą się znaczną zmiennością i nieprzewidywalnością, zwłaszcza w obliczu zdarzeń i przewidywań geopolitycznych, na kolejne dwa lata należałoby przyjąć co najmniej podobny wskaźnik zmian cen. Odwołujący zastrzegł przy tym, że wskaźniki prognozowane przez NBP wykorzystywane są raczej w niedalekiej perspektywie czasowej (dane są aktualizowane trzy razy do roku), a przyjęty roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej jest najniższy w ciągu ostatnich dwóch lat. W związku z powyższym – w ocenie odwołującego - spodziewać się można, że tak przewidywane zmiany cen produkcji budowlano-montażowej mogą być znacząco niedoszacowane, a w rzeczywistości, w ciągu 4- letniej realizacji, wskaźnik ten może znacznie przekroczyć poziom 15%.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że w tak długim okresie realizacji, zamawiający powinien uwzględnić możliwość nieoczekiwanego wzrostu cen i przewidzieć możliwość zwiększenia wynagrodzenia umownego w wysokości

co najmniej do 15% wysokości wynagrodzenia netto. W tym zakresie odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2024 roku, sygn. akt: KIO 1324/24.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu i rozbudowie Nabrzeża Węglowego w ramach etapu II oraz Nabrzeża Administracyjnego w Porcie Gdańsk zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia oraz z projektowanymi postanowieniami umowy (pkt 4.1.SWZ). Inwestycja jest realizowana w formule zaprojektuj i buduj (pkt 4.2. SWZ).

W pkt 8.1. SWZ zamawiający wskazał:

Wykonawca zobowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia w terminie do 190 tygodni od daty zawarcia Umowy, w tym:

8.1.1. etap I – dokumentacja projektowa z uzyskaniem wymaganych uzgodnień i decyzji administracyjnych, w tym pozwolenia na budowę (do 100 tygodni od daty zawarcia umowy)

8.1.2. etap II – roboty budowlane (do 88 tygodni od daty przekazania przez Zamawiającego terenu budowy, nie później jednak niż w terminie do 190 tygodni od zawarcia Umowy).

W Załączniku nr 8 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (dalej jako: „PPU”) § 7 zamawiający zawarł postanowienia dotyczące klauzuli waloryzacyjnej o treści następującej:

§ 7 Klauzula waloryzacyjna

1. Wynagrodzenie netto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, pozostałe jeszcze do wypłaty Wykonawcy, ulegnie zwiększeniu lub zmniejszeniu w przypadku odpowiednio wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy zgodnie z warunkami wskazanym w niniejszym paragrafie i pod warunkiem, że Strona żądająca takiej zmiany wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy. Strony postanawiają, że oceny wystąpienia wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy będą dokonywać na podstawie miesięcznego procentowego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ustalanego i ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku, ogółem). Wskaźnik ten publikowany jest na stronie <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/>. Zmiana miejsca lub sposobu publikacji tego wskaźnika nie wymaga zawarcia aneksu do Umowy. W przypadku, gdyby wskaźnik ten przestał być dostępny, uległby zmianie lub usunięciu – zastosowanie znajdzie inny najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskazany przez Zamawiającego, a zmiana taka nie będzie wymagała aneksu do Umowy.

2. Wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie:

a) zwiększeniu pod warunkiem, że wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej,

o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, będzie równa lub większa niż 105 ogółem (tj. wzrost cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku o co najmniej 5%);

b) zmniejszeniu pod warunkiem, że wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej,

o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, będzie równa lub mniejsza niż 95 ogółem (tj. spadek cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku o co najmniej 5%);

3. Z zastrzeżeniem odmiennych postanowień Umowy, waloryzacja nastąpi wskutek pomnożenia łącznego wynagrodzenia netto Wykonawcy z § 5 ust. 1, pomniejszanego o łączną wartość robót i czynności już wykonanych przez Wykonawcę ustaloną przez Zamawiającego na podstawie Harmonogramu, przez wartość wskaźnika, o którym mowa w ust. 1 powyżej, tj. według następującego wzoru:

$$Wz = (Wp - Ww) \times R\%$$

gdzie:

Wz – oznacza wynagrodzenie netto pozostałe do wypłaty Wykonawcy w zmienionej wskutek waloryzacji wysokości,

Wp – oznacza wysokość łącznego wynagrodzenia netto Wykonawcy, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy,

Ww – łączną wartość robót i czynności już wykonanych przez Wykonawcę ustaloną przez Zamawiającego na podstawie Harmonogramu,

R – oznacza wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej.

4. W sytuacji, o której mowa w ust. 2 lit. a) powyżej Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu (Kierownik Projektu) pisemny wniosek o zmianę wynagrodzenia. Wykonawca, z zastrzeżeniem ust. 6, zobowiązany jest złożyć wniosek w terminie 28 dni od ogłoszenia (publikacji) wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku, którego wartość będzie równa lub większa niż 105 (tj. wzrost cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku o co najmniej 5%). Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie

faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy przed i po zmianie ceny materiałów lub kosztów, a także szczegółowe uzasadnienie wpływu tej zmiany ceny materiałów lub kosztów na wynagrodzenie Wykonawcy. Zamawiający (Kierownik Projektu) w terminie 28 dni od otrzymania kompletnego wniosku zgłasza do jego treści uwagi lub go akceptuje, o czym pisemnie informuje Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest we wskazanym przez Zamawiającego terminie, nie krótszym niż 14 dni, wyjaśnić uwagi Zamawiającego lub uzupełnić wniosek pod rygorem braku jego akceptacji. W razie pisemnej akceptacji Zamawiającego Strony zawrą pisemny aneks do Umowy wskazujący w szczególności datę początkową i procent waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z niniejszym paragrafem. W sytuacji, w której wartość wskaźnika wskazanego we wniosku Wykonawcy wskutek późniejszego komunikatu lub ogłoszenia Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zmiana danych w stosunku do wcześniej opublikowanych) nie będzie spełniać wymagań z ust. 2 lit. a) powyżej, waloryzacja wynagrodzenia na podstawie tego wniosku nie zostanie dokonana.

5. W sytuacji, o której mowa w ust. 2 lit. b) powyżej Zamawiający (Kierownik Projektu) uprawniony jest złożyć Wykonawcy pisemną informację o zmianie wynagrodzenia. Zamawiający, z zastrzeżeniem ust. 6, uprawniony jest złożyć taką informację w terminie 28 dni od ogłoszenia (publikacji) wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej z miesiąca poprzedzającego złożenie informacji, którego wartość będzie równa lub mniejsza niż 95 (tj. spadek cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku o co najmniej 5%). Informacja powinna zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne, wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy przed i po zmianie ceny materiałów lub kosztów, a także szczegółowe uzasadnienie wpływu tej zmiany ceny materiałów lub kosztów na wynagrodzenie Wykonawcy. Wykonawca w terminie 28 dni od otrzymania informacji o zmianie wynagrodzenia jest uprawniony do zgłoszenia do jej treści uwag, o czym pisemnie zawiadamia Zamawiającego (Kierownik Projektu). Zamawiający zobowiązany jest pisemnie ustosunkować się do uwag Wykonawcy. Po otrzymaniu informacji przez Wykonawcę Strony, w terminie wskazanym przez Zamawiającego (Kierownik Projektu), nie krótszym niż 14 dni od daty otrzymania informacji przez Wykonawcę, a w przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w zdaniu powyżej – w terminie nie krótszym niż 14 dni od daty ustosunkowania się do tych uwag, zawrą pisemny aneks do Umowy, w którym do § 5 Umowy dodadzą zapis (nowy ustęp) o dokonanej waloryzacji, wskazujący w szczególności datę początkową i procent waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z niniejszym paragrafem. W razie nie zawarcia przez Strony aneksu zgodnie ze zdaniem poprzednim, Zamawiający będzie uprawniony do samodzielnego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z informacjami i danymi zawartymi w pisemnej informacji, o której mowa powyżej, uwzględniając pozostałe reguły waloryzacji wynikające z niniejszego paragrafu. W sytuacji, w której wartość wskaźnika wskazanego w informacji Zamawiającego wskutek późniejszego komunikatu lub ogłoszenia Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zmiana danych w stosunku do wcześniej opublikowanych) nie będzie spełniać wymagań z ust. 2 lit. b) powyżej, waloryzacja wynagrodzenia na podstawie tej informacji nie zostanie dokonana.

6. Pierwszy wniosek z ust. 4 powyżej lub pierwszą informację z ust. 5 powyżej uprawniona Strona może złożyć (w terminach wskazanych w ust. 4 lub 5) po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Kolejne wnioski lub informacje uprawniona Strona może złożyć (w terminach wskazanych w ust. 4 lub 5) każdorazowo po upływie kolejnych 6 miesięcy od złożenia poprzedniego wniosku z ust. 4 powyżej lub poprzedniej informacji z ust. 5 powyżej, niezależnie od tego, czy w wyniku ich złożenia doszło do dokonania waloryzacji.

7. Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie robót dodatkowych lub zamiennych, może objąć tylko roboty dodatkowe lub zamiennie wykonane po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia aneksu na wykonanie tych robót dodatkowych lub zamiennych.

8. Waloryzacja, o której mowa w niniejszym paragrafie, nie obejmie wynagrodzenia już wypłaconego Wykonawcy, w tym wskutek potrącenia wierzytelności.

9. Po dokonaniu waloryzacji, o której mowa w niniejszym paragrafie, Wykonawca, zobowiązany jest odpowiednio zaktualizować Harmonogram i uzyskać jego uzgodnienie z Zamawiającym. Aktualizacja Harmonogramu uwzględni zmiany wynagrodzenia pozostałych do wykonania poszczególnych czynności i robót Przedmiotu Umowy wskazanych w Harmonogramie i będzie uwzględniana w kolejnych wnioskach o płatność Wykonawcy.

10. Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to kwota stanowiąca 7% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy.

11. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z zapisami niniejszego paragrafu, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy na podstawie umowy, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi i której okres obowiązywania przekracza 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom dokonany zgodnie z wnioskiem, o którym mowa w ust. 4 lub z informacją, o której mowa w ust. 5 powyżej i do jego terminowej wypłaty w zmienionej wysokości. Wykonawca zobowiązany jest odpowiednio zabezpieczyć realizację obowiązku, o którym mowa w zdaniu poprzednim, w umowach zawieranych z podwykonawcami.

Czynność zamawiającego, polegającą na ustaleniu treści PPU (§ 7), zakwestionował odwołujący odwołaniem wniesionym w dniu 27 stycznia 2025 roku.

W dniu 30 stycznia 2025 roku wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

W dniu 31 stycznia 2025 roku wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

W dniu 3 lutego 2025 roku wykonawca Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba ustaliła, że zgłoszenia przystąpień ww. wykonawców spełniają wymagania określone w przepisach art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

W dniu 13 lutego 2025 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

Izba postanowiła uwzględnić częściowo zarzut podniesiony przez odwołującego, tj. zarzut naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

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

2. W umowie określa się:

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

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

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

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

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

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o

zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż 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 2024 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Stosownie do art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako: „k.c.”) strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Z kolei przepis art. 5 k.c. stanowi, że: 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.

Tytułem uwag wstępnych należy wskazać, że w orzecznictwie wskazuje się, że celem zastosowania przepisu art. 439 ustawy Pzp jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Klauzula waloryzacyjna musi zostać ukształtowana w taki sposób, aby dać stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22).

Niewątpliwie jednym z istotnych elementów klauzuli waloryzacyjnej jest początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, który na mocy art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany określić w umowie, w przypadku wprowadzenia postanowień, dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowi moment, od którego można i należy oceniać zaistnienie i wielkość zmiany uprawniającej do modyfikacji wynagrodzenia. Niewątpliwie też zamawiający ma swobodę w ustaleniu tego terminu, z zastrzeżeniem art. 439 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści § 7 PPU należy stwierdzić, że zamawiający w istocie nie określił początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, od którego należałoby liczyć poziom zmian cen i kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zatem, zamawiający określił mechanizm klauzuli waloryzacyjnej z pominięciem jednego z obowiązkowych elementów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie twierdził, że: „wskazał początkowy termin w § 7 ust. 6 Umowy: „6. Pierwszy wniosek z ust. 4 powyżej lub pierwszą informację z ust. 5 powyżej uprawniona Strona może złożyć (w terminach wskazanych w ust. 4 lub 5) po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Kolejne wnioski lub informacje uprawniona Strona może złożyć (w terminach wskazanych w ust. 4 lub 5) każdorazowo po upływie kolejnych 6 miesięcy od złożenia poprzedniego wniosku z ust. 4 powyżej lub poprzedniej informacji z ust. 5 powyżej, niezależnie od tego, czy w wyniku ich złożenia doszło do dokonania waloryzacji”.

Odnosząc się do powyżej przytoczonej argumentacji zamawiającego, stwierdzić należy, że określił on jedynie termin złożenia pierwszego wniosku o waloryzację i okresy w jakich można złożyć kolejne wnioski o waloryzację. Natomiast sam mechanizm waloryzacji został ustalony w ten sposób, że wzrost cen miał być badany każdorazowo w stosunku rocznym w odniesieniu do analogicznego miesiąca ubiegłego roku. Tym samym mechanizm ten nie odzwierciedla zmiany poziomu cen w odniesieniu do początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia. W konsekwencji nie spełnia swojego zasadniczego celu, czyli zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę.

Zasadnie podnosił odwołujący, że wyrywkowe badanie – co 6 miesięcy, jak zmieniały się ceny w ostatnim roku – tj. odniesienie do analogicznego miesiąca poprzedniego roku (mechanizm wskazany przez zamawiającego w § 7 PPU) nie daje odpowiedzi na pytanie, jak zmienił się realny koszt realizacji zamówienia w stosunku do dnia złożenia oferty, czy też zawarcia umowy, i czy skutkiem tych zmian powinna być zmiana wynagrodzenia wykonawcy. Słusznie zatem odwołujący podnosił, że mechanizm waloryzacji przewidziany przez zamawiającego nie uwzględnia zmian cen i kosztów w stosunku do terminu początkowego, a jedynie „cofa się” o rok wcześniej. Tym samym nie jest badany, zgodnie z założeniami ustawy Pzp, wpływ zmian cen materiałów lub kosztów na koszty realizacji zamówienia, a jedynie badaniu

podlega zmiana cen w okresie ostatniego roku przed złożeniem wniosku o waloryzację. W konsekwencji konieczne jest określenie terminu początkowego ustalenia zmiany wynagrodzenia – do którego odnosić się będzie ustalenie poziomu zmian cen oraz wskaźnika („R”), który precyzyjnie wskaże te zmiany.

Ponadto, słusznie wskazywał odwołujący, że najbardziej miarodajne jest badanie zmian cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, gdyż obrazuje ono faktyczny poziom zmian cen i kosztów. Stąd też zasadna byłaby modyfikacja wskaźnika „R”, który obecnie oznacza wartość miesięcznego procentowego wskaźnika zmian cen produkcji budowlano-montażowej ustalonego i ogłaszanego przez Prezesa GUS w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku, ogółem.

Warto w tym miejscu również wskazać, że klauzula waloryzacyjna w podobnym brzmieniu, jaki proponuje odwołujący z uwzględnieniem wskaźnika przyjętego przez zamawiającego, tj. wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny, ale „w układzie miesiąc poprzedni = 100” – czyli jak proponuje odwołujący, została podana jako przykład klauzuli waloryzacyjnej w opracowaniu: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa”, przygotowanym przez przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych i Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jak i przedstawicieli zamawiających, wykonawców oraz organizacji branżowych (por.: <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa>).

„Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja2 publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dzielnicowej Bazie Wiedzy pod linkiem: http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_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 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty) wg poniższego wzoru:

$$Ww(n) = a + (1 - a) \times (Ww_1 100 \times Ww_2 100 \times Ww_3 100 \times Ww_4 100 \times \dots \times Ww_{n-1} 100 \times Ww_n 100)$$

Oczywiście w opracowaniu tym wskazano, że w pełni dopuszczalne jest posługiwanie się przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego klauzulami waloryzacyjnymi o innej treści. Zawsze jednak klauzula waloryzacyjna powinna być dostosowana do warunków zamówienia i innych postanowień umownych.

Nie jest też tak, jak wskazywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący: „*błędnie utożsamia początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, o którym mowa w art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp, z rodzajem wskaźnika wybranego przez Zamawiającego dotyczącego zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłaszanego w danych okresach w komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego*”. Podkreślić przy tym należy, że sam odwołujący nie kwestionuje samego wyboru rodzaju wskaźnika, tj. „miesięcznego procentowego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ustalonego i ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego”, lecz jedynie sposób jego odniesienia w mechanizmie waloryzacji wynagrodzenia, określonym przez zamawiającego, który zdaniem odwołującego powoduje, że przewidywana waloryzacja nie będzie spełniać założeń ustawowych.

Mając powyższe na uwadze, jak również pewną swobodę jaką przepisy ustawy Pzp dają zamawiającemu w tym zakresie Izba nakazała zamawiającemu wprowadzenie zmian do Załącznika nr 8 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy (PPU) przez nakazanie określenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia i dostosowanie mechanizmu waloryzacji, w tym wskaźnika „R”, do tego terminu.

Izba zauważyła, że zamawiający w tym zakresie może uwzględnić propozycje zmian wskazane przez odwołującego w treści odwołania.

Ponadto, Izba uznała za uzasadnione twierdzenia odwołującego co do kwestii, iż ustalony przez zamawiającego w § 7 ust. 10 PPU limit waloryzacji wynagrodzenia na poziomie 7 %, stanowi o iluzoryczności i nieadekwatności do zamówienia mechanizmu waloryzacji.

Izba, orzekając w tym zakresie, wzięła w szczególności pod uwagę długotrwałość okresu realizacji zamówienia.

Powszechnie bowiem wiadomym jest, że im dłuższy okres realizacji określonej inwestycji, tym trudniej przewidzieć ryzyka związane z możliwością zmian poziomu cen. Naturalną konsekwencją zawierania długich umów jest zwiększone prawdopodobieństwo wystąpienia wielu zdarzeń nieprzewidzianych na etapie zawierania umowy. Ustanowiony przez ustawodawcę obowiązek wprowadzenia do umów o zamówienia publiczne, zawartych na okres

dłuższy niż 6 miesięcy, postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy ma zabezpieczeń interesy obu stron umowy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zamawiający w tym zakresie powoływał się na swobodę zamawiającego w określeniu tego limitu oraz na własne możliwości budżetowe.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego w powyższym zakresie, stwierdzić należy po pierwsze, że twierdzenia o własnych możliwościach budżetowych nie zostały szerzej uargumentowane przez zamawiającego. Zamawiający powołał się jedynie zdawkowo na ograniczone możliwości finansowe, nie wskazując nawet na czym opiera swoje twierdzenia.

Po drugie, skład orzekający w tej sprawie przyznaje, że zamawiający ma swobodę w określeniu limitu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, ale musi ona uwzględniać zarówno realia rynkowe, jak i realia danego kontraktu i oczywiście wspomniane możliwości budżetowe zamawiającego.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, za uzasadnione, aby nakazać zamawiającemu podwyższenie limitu waloryzacji wynagrodzenia o co najmniej 3 %.

Natomiast Izba uznała, że zarzut odwołującego nie potwierdził się w zakresie w jakim odnosił się do rzekomego nieuzasadnionego żądania przez zamawiającego wykazania, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy.

W ocenie składu orzekającego Izby takie dodatkowe wymaganie nie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp. Izba w tym zakresie podziela stanowisko doktryny i orzecznictwa przywołane w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego. Jak słusznie zauważył zamawiający z art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że w umowie określa się również sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Ten sposób został przez zamawiającego szczegółowo opisany w § 7 ust. 4 PPU. Odwołujący, pomimo że kwestionował również brak szczegółowego opisanie przez zamawiającego sposobu wykazania wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia, to jednak w żaden sposób nie odniósł się do treści § 7 ust. 4 PPU, a jedynie wskazywał na uregulowania § 7 ust. 1 PPU.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut w tym zakresie się nie potwierdził.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zamawiającemu zmianę treści Załącznika nr 8 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy, w szczególności § 7 poprzez:

- a) określenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia i dostosowanie mechanizmu waloryzacji, w tym wskaźnika „R”, do tego terminu;
- b) podwyższenie łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba, stosunkowo do wyniku postępowania odwoławczego (tj. częściowo uwzględniony zarzut odwołania), obciążyła strony kosztami w części po 1/2 i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11 800 zł, stanowiącą należną odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca:.....