

**WYROK**  
z dnia 29 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Koszalin - Urząd Miejski, Rynek Staromiejski 6-7, 75-007 Koszalin**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Gminy Miasta Koszalin - Urząd Miejski, Rynek Staromiejski 6-7, 75-007 Koszalin** kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt KIO 1735/23

**Uzasadnienie**

Gmina Miasto Koszalin, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Uzbrojenie terenów inwestycyjnych w Koszalinie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/S 108-338623.

W dniu 19 czerwca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i k.c., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o usunięcie „aktywatora” mechanizmu waloryzacyjnego i wykreślenie § 8 ust. 15 projektowanych postanowień umowy, względnie o urealnienie klauzuli waloryzacyjnej i zmniejszenie „aktywatora” waloryzacji do poziomu 1% i nadanie § 8 ust. 15 projektowanych postanowień umowy następującej treści: „Każda ze stron może zwrócić się z pisemnym wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany (wzrostu lub obniżenia) cen produkcji budowlano-montażowej o ponad 10% 1% w porównaniu z ich wartością w dniu złożenia oferty, wynikającej z publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny „Wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że jakkolwiek akceptuje to, że Zamawiający jako

gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiązą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia. A ponadto swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353<sup>1</sup> KC.

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

Odwołujący odnośnie zarzutu dotyczącego klauzuli waloryzacyjnej wskazał, że Zamawiający w ramach § 8 projektowanych postanowień umowy dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia, wprowadził postanowienie o następującej treści „Każda ze stron może zwrócić się z pisemnym wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany (wzrostu lub obniżenia) cen produkcji budowlano-montażowej o ponad 10% w porównaniu z ich wartością w dniu złożenia oferty, wynikającej z publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny „Wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej”. Niemniej jednak pomimo tego, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmu waloryzacyjnym, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerzą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość doboru najsukuteczniejszych 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 poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego nakazuje ustalić chociażby czy określony przez Zamawiającego katalog waloryzowanych cen i próg umożliwiający wdrożenie waloryzacji pozostaje w rozsądnej proporcji względem przedmiotu zamówienia i zasad (w tym okresu) jego realizacji.

Uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie

publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.

Odwolujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.

Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przekładając wszystkie powyższe uwagi na grunt skarżonego postanowienia, Odwołujący wskazał na następujące uchybienia dotyczące jego treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania klauzuli waloryzacyjnej realnego charakteru. Waloryzacja to bowiem mechanizm, który przywraca ekwiwalentność świadczeń na tle zjawisk rynkowych pozostających poza sferą oddziaływania stron stosunku zobowiązaniowego. Zamawiający zobowiązany jest do takiego sformułowania wszystkich postanowień dokumentacji, aby po pierwsze: nie było żadnych wątpliwości co do możliwości interpretacyjnych poszczególnych postanowień, a po drugie: aby Zamawiający mógł otrzymać możliwe do porównania oferty. Oczywistym jest, że Zamawiający musi dysponować ofertami, które będzie mógł ze sobą porównać, a zatem takimi, w których wyceniono realizację kompletnego przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich konkretnych wytycznych Zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 20 października 2011 r. (sygn. III CZP 52/11), „o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł.”

W treści proponowanej klauzuli waloryzacyjnej Zamawiający podał, że strony będą mogły żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie, gdy wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowej zmieni się (wzrośnie lub się obniży) o co najmniej 10% w porównaniu z wartością cen produkcji budowlano-montażowej w dniu złożenia oferty. Sens zastosowania tego tzw. „aktywatora” sprowadza się wyłącznie do ograniczenia zaangażowania (czasowego, ekonomicznego, osobowego) Stron umowy w procedowanie waloryzacji dla pewnych kwot ograniczonych procentowo, jednak w żadnej mierze nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Jak się jednak okazuje, najczęstsza praktyka zamawiających zakłada całkowitą rezygnację 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”<sup>4</sup>, nie są też standardowo uwzględniane jako elementy klauzuli w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz PKP PLK, wybranych jako referencyjne w omawianym dokumencie;
- b) wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zaproponowanego przez Zamawiającego modelu, może nigdy nie znaleźć zastosowania ze względu na fakt, że aktualnie, przy stabilizującej się sytuacji geopolitycznej, zmiana wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej miesiąc do miesiąca (biorąc pod uwagę bieżące publikacje GUS), oscyluje wokół wartości 1% i systematycznie maleje.

Wnioski te Odwołujący powziął po dokonaniu porównania wskaźników dotyczących cen w produkcji budowlano montażowej zaprezentowanych w tabeli umieszczonej w treści odwołania - pierwsza tabela dotyczy okresów względnej stabilizacji cen w okresie między listopadem 2017 r. a marcem 2020 r., gdzie referencyjny mnożnik waloryzacyjny wynosił 1,0819. Druga tabela uwzględnia natomiast okres zarówno pandemii, wybuchu wojny w Ukrainie, jak i wysokiego poziomu inflacji, gdzie mimo licznych i wpływających na każdą sferę życia wydarzeń mnożnik waloryzacyjny wynosił wciąż 1,2545. Zamawiający tymczasem określa, że dopiero po osiągnięciu przez ten wskaźnik wartości 10% możliwe

będzie dokonanie waloryzacji. Powyższe świadczy wprost o wyłączeniu realnej waloryzacji, niezgodnie z treścią przepisów ustawy Pzp. W przypadku, gdy wskaźnik, o którym mowa w § 8 ust. 15 projektowanych postanowień umowy zatrzyma się w referencyjnym okresie, miesiąc do miesiąca, np. na wartości 9,9% lub mniej (co jest jak zostało wskazane powyżej na podstawie obu tabel, pewne) klauzula waloryzacyjna w ogóle nie znajdzie zastosowania, będzie postanowieniem nieefektywnym, ale wręcz martwym, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu ustawy Pzp. Tak w praktyce należy odczytywać przełożenie zaproponowanej przez Zamawiającego klauzuli na sytuację wykonawcy po podpisaniu umowy w postępowaniu.

Tak więc wprowadzenie takiego dodatkowego warunku w postaci aktywatora prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy może w ogóle nie podlegać waloryzacji – w całości, lub w określonej części. W realiach prowadzenia inwestycji budowlanych poprzez wprowadzenie takich dodatkowych obostrzeń związanych ze skorzystaniem z mechanizmu waloryzacji, Zamawiający nie dąży więc do urealnienia tego mechanizmu i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz do jego unicestwienia. Wykonawcy przystępując do niniejszego postępowania pozostają więc w niepewności czy mechanizm waloryzacyjny w ogóle będzie mógł mieć zastosowanie, co stoi w sprzeczności z założeniem ustawodawcy wyartykułowanym poprzez treść art. 439 ustawy Pzp. Z punktu widzenia Zamawiającego do głosu może dojść argument związany z niską wartością „aktywatora”, ale w odniesieniu do ogólnego mechanizmu waloryzacji nie chodzi tylko i wyłącznie o wyeliminowanie konieczności dokonywania waloryzacji przy „niższych”, jak może się wydawać wartościach. W praktyce jednak nic bardziej mylnego – doprowadzenie do ustalenia aktywatora na tym poziomie nie zmniejsza obowiązków Zamawiającego związanych z dokonaniem waloryzacji, ale prowadzi do całkowitej niemal eliminacji mechanizmu waloryzacyjnego, wbrew przepisom ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, sformułowanie „aktywatora” na poziomie 10% wpływa również negatywnie na sytuację Zamawiającego, który w przypadku wahań cen prowadzących do obniżenia cen produkcji budowlano – montażowej również z mechanizmy waloryzacji nie będzie mógł skorzystać. Zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców korzystne jest całkowite wyeliminowanie „aktywatora”, względnie ustalenie go na jak najniższym poziomie. Dopiero wówczas zarówno Zamawiający jak i wykonawca mają szansę realnie z mechanizmu waloryzacyjnego skorzystać (o ile zostaną oczywiście spełnione pozostałe wytyczne przewidziane w ramach klauzuli waloryzacyjnej przez Zamawiającego).

Zamawiający w dniu 21 czerwca 2023 r. zamieścił odwołanie na stronie internetowej prowadzonego postępowania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 26 czerwca 2023 r. W tym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 28 czerwca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania oraz zwrot poniesionych przez Zamawiającego kosztów noclegu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody, tj.:

1. Wyciąg z „przykładowych klauzul waloryzacyjnych dla sektora budownictwa, Warszawa, listopad 2022 r.
2. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2019 r. (GUS).
3. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2020 r. (GUS).
4. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. (GUS).

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający załączył do SWZ projekt umowy, w treści którego zamieścił § 8 dotyczący wynagrodzenia, w tym regulujący kwestie waloryzacji, tj.:

„15. Każda ze stron może zwrócić się z pisemnym wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia w przypadku zmiany (wzrostu lub obniżenia) cen produkcji budowlano-montażowej o ponad 10% w porównaniu z ich wartością w dniu złożenia oferty, wynikającej z publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny „Wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej.

16. Waloryzacja wynagrodzenia ma zastosowanie do Faktur VAT za wykonany zakres robót.

17. Wynagrodzenie waloryzowane będzie zgodnie ze „Wskaźnikami cen produkcji budowlano-montażowej” publikowanymi przez Główny Urząd Statystyczny (GUS), dotyczącymi miesięcy kalendarzowych od dnia upływu terminu składania ofert do dnia, w którym została wystawiona Faktura VAT za wykonany zakres robót. Wynagrodzenie za wykonany zakres robót będzie waloryzowane jednorazowo.

18. Wniosek o waloryzację wynagrodzenia podlega złożeniu w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego robót, wniosek złożony po tym terminie nie podlega rozpatrzeniu. Wniosek powinien zawierać wykaz Faktur VAT, podlegających waloryzacji, wartość wskaźników waloryzacji, dotyczących wynagrodzenia za wykonany zakres robót wynikający z tych faktur oraz wartość waloryzacji obliczonej zgodnie ze wzorem określonym w załączniku do umowy, wskazanym w § 17 pkt 7. Wniosek o waloryzację wynagrodzenia podlega pisemnej akceptacji Zamawiającego. W przypadku uwzględnienia wniosku strony podpisują aneks do umowy.

W przypadku braku aktualnego wskaźnika miesięcznego (GUS) – waloryzacja wynagrodzenia dla końcowego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona na podstawie ostatnio opublikowanego wskaźnika miesięcznego (GUS).

19. Maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia na skutek waloryzacji wynosi 10% kwoty wskazanej w § 8 ust. 1 umowy.

20. Zmiana wynagrodzenia może następować w dowolnym okresie trwania umowy, jednak nie wcześniej niż przed upływem 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi:

„1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 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.”.

Przepis ten zawiera regulacje dotyczące obowiązku zamieszczenia w umowach, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartych na dłużej niż 12 miesięcy postanowień dotyczących wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Tak więc przewiduje możliwość wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych, a tym samym urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia.

Postanowienia umowne mogą być tak ukształtowane, iż do zmiany wynagrodzenia dojdzie dopiero na żądanie strony po zaistnieniu określonych w umowie okoliczności. Strony umowy dopuszczają więc modyfikację wynagrodzenia w sposób wynikający z takiej klauzuli waloryzacyjnej. „Waloryzacja może następować w oparciu o kurs waluty obcej (klauzula walutowa), równowartość ceny określonych produktów lub dóbr na danym rynku (klauzula towarowa) lub też umówiony wskaźnik (np. publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego)”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021)

To obowiązkiem zamawiającego jest określenie waloryzacyjnych postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty, a

jednocześnie ustalone zasady nie naruszały istotnych interesów drugiej strony umowy. Przepis ten wskazuje na okoliczności, których wystąpienie powoduje konieczność zmiany wynagrodzenia. Taką okolicznością, okolicznością stanowiącą podstawę waloryzacji wynagrodzenia jest zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz osiągnięcie przez te zmiany określonego poziomu. „Dopuszczalne jest także oznaczenie poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów poprzez umowny wskaźnik zmiany cen obejmujący zmiany cen różnych materiałów i kosztów jako elementów składowych tego wskaźnika. (...) Co do sposobu określania zmiany cen materiałów lub kosztów jako zdarzenia warunkującego zafunkcjonowanie klauzuli waloryzacyjnej ustawa w art. 439 ust. 2 pkt 32 wskazuje, że może to nastąpić z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją Wł. Dzierżanowskiego, Warszawa 2021)

Oznacza to, że ustawodawca, nakładając na Zamawiającego obowiązek wprowadzenia do umowy odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej, pozostawił Zamawiającemu swobodę w doprecyzowaniu jej elementów z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia. W przepisie tym bowiem wskazano, że Zamawiający konstruując umowne postanowienia waloryzacyjne, zobowiązany jest określić m.in. poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, którego osiągnięcie będzie uprawniać do żądania zmiany wynagrodzenia, przy czym w ustawie nie wskazano czy poziom zmian cen ma być określany procentowo, czy kwotowo, jak również ani minimalnego, ani też maksymalnego poziomu zmiany. „Wskazanie tego poziomu jest jedynie możliwym do zastosowania sposobem określenia poziomu zmiany w ujęciu procentowym (nie kwotowym) w stosunku do ceny lub kosztów przyjętych w ofercie. Wskazanie tego poziomu podyktowane jest zasadą przejrzystości postępowania i obowiązkiem formułowania precyzyjnych i skutecznych postanowień przeglądowych, zapewniających pewność co do treści stosunku zobowiązaniowego, a także skuteczność waloryzacji wynagrodzenia”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją M. Jaworskiej, Warszawa 2021) Zamawiający może więc określić, o ile procent musi zmienić się cena danych materiałów lub kosztów, aby można było żądać zmiany wynagrodzenia. I w tym stanie faktycznym tak też się stało. Zamawiający w § 8 ust. 15 projektu umowy podał bowiem, że z wnioskiem o waloryzację wykonawca może wystąpić w sytuacji „zmiany cen produkcji budowlano-montażowej o ponad 10% w porównaniu z ich wartością w dniu złożenia oferty, wynikającej z publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny „Wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej”. Określił więc poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, który będzie dopiero warunkował uprawnienie wykonawcy do wystąpienia z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia. Tak więc uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia nie powstanie w przypadku dowolnej zmiany ceny materiałów lub kosztów, a tylko w przypadku osiągnięcia określonego przez Zamawiającego w umowie poziomu, w tym przypadku „ponad 10%”.

Ustalenie tego „aktywatora” na poziomie 1%, jak słusznie podniósł Zamawiający, wypaczy nadzwyczajny charakter waloryzacji, której celem jest umożliwienie przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej stronom umowy, która zachwiana została określonymi zdarzeniami, mogącymi mieć miejsce w trakcie realizacji zamówienia. To przecież Zamawiającemu pozostawił ustawodawca swobodę w ustaleniu sposobu określenia zmiany wynagrodzenia, który ustalając ten wskaźnik musi uwzględniać specyfikę danej branży i uwarunkowania danego zamówienia, w tym także termin realizacji zamówienia. Okoliczności te Zamawiający wziął pod uwagę i ustalił, że poziom uprawniający do uruchomienia procedury waloryzacyjnej zostanie osiągnięty, mając na uwadze obecne tendencje zmian wynagrodzeń oscylujących wokół wartości 1%, po 10-14 miesiącach realizacji umowy. W 2022 r. ceny wzrosły o 12%, natomiast już w styczniu tego roku 0,6% a w lutym 0,5%.

Odwolujący zamieścił w treści odwołania dwie tabele zawierające porównanie wskaźników dotyczących cen w produkcji budowlano-montażowej: pierwszą dotyczącą „okresów względnej stabilizacji cen w okresie między listopadem 2017 r. a marcem 2020 r., gdzie referencyjny mnożnik waloryzacyjny wynosił 1,0819” i drugą „uwzględniającą okres zarówno pandemii, wybuchu wojny w Ukrainie, jak i wysokiego poziomu inflacji, gdzie (...) mnożnik waloryzacyjny wynosił wciąż 1,2545”. Istotnie ostatnie lata to lata charakteryzujące się dość znacznymi zmianami spowodowanymi nadzwyczajnymi i normalnie nie występującymi sytuacjami. Nie oznacza to jednak, że nadal one będą występować a wskaźnik waloryzacyjny określony przez Zamawiającego nie zabezpieczy interesów obydwu stron przyszłej umowy. Tak więc „poziomu określonego przez Zamawiającego nie można uznać za pozorny ale raczej adekwatny do obciążeń, którym budżet i jednostka Zamawiającego może podołać”. (wyrok Izby z dnia 14 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 225/22 i KIO 219/22) Dlatego też ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów „powinno zostać także uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków wzrostu cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe”. (wyroki Izby z dnia 1 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 228/23, KIO 233/22 i KIO 236/22). Kwestie poziomu waloryzacji były przedmiotem rozważań Izby m.in. w wyrokach: z dnia 10 marca

2022 r., sygn. akt: KIO 226/22, KIO 232/22 i KIO 234/22; z dnia 14 lutego 2022 r., sygn., akt: KIO 219/22 i KIO 225/22; z dnia 11 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 230/22; z dnia 24 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 620/22 oraz z dnia 25 października 2022 r., sygn. akt: KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający konstruując kwestionowane postanowienie projektu umowy naruszył przepisy wskazane przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. a) 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).

**Przewodniczący:** .....