

WYROK

Warszawa, dnia 24 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2025 r. przez:

A. wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2022/25),

B. wykonawcę A. Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich (sygn. akt KIO 2034/25),

w postępowaniu prowadzonym przez wspólnego zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu

przy udziale uczestników po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2022/25:

A. wykonawcy A. Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich,

B. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2034/25 – wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

w sprawie o sygn. akt KIO 2022/25:

względnia odwołanie i nakazuje wspólnemu zamawiającemu Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu dokonanie zmiany § 5 ust. 16 wzoru umowy poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji za wykonanie Zadania nr 1 do 10%,

kosztami postępowania obciąża wspólnego zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz poniesione przez wspólnego zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu kwoty: 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 726 zł 80 gr (siedemset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu,

zasądza od wspólnego zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu na rzecz wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania.

w sprawie o sygn. akt KIO 2034/25:

zamraża postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 i zarzutu nr 2,

względnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 w części dotyczącej Zadania nr 1 i nakazuje wspólnemu zamawiającemu Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu dokonanie zmiany § 5 ust. 16 wzoru umowy poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji za wykonanie Zadania nr 1 do 10%,

w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich w części ½ i wspólnego zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina

Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu w części 1/2 i: I zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę A. Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz poniesione przez wspólnego zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu kwoty: 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 726 zł 80 gr (siedemset dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu,

zasądza od wspólnego zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu na rzecz wykonawcy A. Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich kwotę 9 637 zł 00 gr (dziewięć tysięcy sześćset trzydzieści siedem złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 2022/25

KIO 2034/25

UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Gmina Krapkowice, w imieniu których działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa mostu południowego na rzece Odrze w Krapkowicach i Gogolinie wraz z drogami dojazdowymi oraz usuwanie skutków powodzi polegające na rozbudowie drogi krajowej nr 45 na odcinku w miejscowości Krapkowice” (znak postępowania: : OOp.D-3. 2411.03.2025). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 maja 2025 r. pod numerem 298427-2025.

KIO 2022/25

W dniu 22 maja 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Zadania nr 1 złożył wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący 1” lub „Strabag”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na ukształtowaniu treści projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy kc, czym zarzucono Zamawiającemu naruszenie **art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2) i 3) ustawy Pzp** poprzez ustalenie w § 5 ust. 16 Umowy, że maksymalna wysokość zmiany całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 5 ust.1 za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie waloryzacji nie może przekroczyć wartości +/- 3 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) netto określonego w § 5 ust. 1 umowy z chwili jej podpisania, co stanowi o ustaleniu waloryzacji w sposób niezgodny z przepisami prawa, oderwany od realiów rynkowych, a także powoduje, że waloryzacja przewidziana w umowie jedynie pozorna i iluzoryczna, a także nieproporcjonalna i nieadekwatna do zamówienia.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści projektowanych postanowień umowy w szczególności poprzez zmianę § 5 ust. 16 wzoru umowy i określenie, że maksymalna wysokość zmiany całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 5 ust.1 za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia wynikających z dokonywania waloryzacji nie może przekroczyć wartości +/- 10 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) netto określonego w § 5 ust. 1 umowy z chwili jej podpisania.

Odwołujący 1 wskazał też, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący 1 uzyskał w dniu 12 maja 2025 r. (publikacja ogłoszenia o zamówieniu i zamieszczenie dokumentacji postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 22 maja 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący 1 prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie

przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

KIO 2034/25

W dniu 22 maja 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie obu zadań (tj. Zadania nr 1 i Zadania nr 2) złożył wykonawca A. Sp. z o. o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich (dalej: „Odwołujący 2” lub „A.”).

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w toku postępowania, przejawiających się w ukształtowaniu w sposób niezgodny z normami ustawy Pzp treści dokumentów zamówienia udzielanego w Postępowaniu, w szczególności postanowień SWZ i Projektowanych Postanowień Umowy („PPU”) czym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 121 pkt 1) w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20) w zw. art. 462 ust. 1 w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt) i 3) ustawy Pzp poprzez nadmierne, nieuzasadnione i nieproporcjonalne zastrzeżenie w Rozdziale 6. pkt 6.6. SWZ oraz w § 15 ust. 1 obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia obejmującej wykonanie nawierzchni bitumicznej łącznie z wbudowaniem mieszanek bitumicznych i pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego lub nasypowego oraz robót związanych z realizacją podpór i konstrukcji nośnych obiektów mostowych z wyłączeniem dostaw materiałów i usług, które to prace w istocie odpowiadają całemu zakresowi zamówienia udzielanego w postępowaniu i nie obejmują wyłącznie kluczowych elementów robót budowlanych, jakie mają zostać wykonane przez wyłonionego wykonawcę, a przynajmniej okoliczność taka nie została wykazana przez Zamawiającego,

2. art. 99 ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wprowadzenia w opisie przedmiotu zamówienia dla Zadania nr 2 (ZKK2) lub w PPU uregulowań, odnoszących się do odbioru dokumentacji projektowej, pomimo iż z całości treści dokumentów zamówienia udzielanego w Postępowaniu, iż w zakresie Zadania nr 2 (ZKK2) mieści się również wykonanie dokumentacji projektowej, a następnie wykonanie robót budowlanych na jej podstawie, co skutkuje nieprecyzyjnością opisu przedmiotu zamówienia oraz nierównym traktowaniem wykonawców,

3. art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 3 i 4 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc oraz art. 5 kc poprzez ukształtowanie w § 5 ust. 16 PPU warunków waloryzacji wynagrodzenia z uwagi na okoliczności, o których mowa w art. 439 ust. 1 ustawy Pzp w sposób, który narusza równowagę stron umowy, ma charakter iluzoryczny, uniemożliwiający osiągnięcie ustawowego celu instytucji waloryzacji, jakim jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz przerzuca na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, albowiem Zamawiający określił maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych Zadań na skrajnie niskim poziomie- tj. 3 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) netto, 10 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 2 (ZKK2) netto, podczas gdy zamówienie objęte tymi zadaniami ma być realizowane przez okres aż 40 miesięcy.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany warunków zamówienia w sposób szczegółowo opisany w treści odwołania.

Odwołujący 2 wskazał też, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący 2 uzyskał w dniu 12 maja 2025 r. (publikacja ogłoszenia o zamówieniu i zamieszczenie dokumentacji postępowania). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 22 maja 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący 2 prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił częściowo zarzuty przedstawione w odwołaniu, tj. zarzuty nr 1 i nr 2, a w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutu nr 3, wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 2022/25

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący 1 jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie zgłosili:

- A - po stronie Odwoływającego 1,
- Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie - po stronie Odwoływającego 1.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpień ani opozycji przeciw przystąpieniom do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego 1.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, a także:

- przedstawione przez Odwoływającego 1 w toku postępowania odwoławczego w postaci: Wydruku ze strony internetowej: <https://www.gov.pl/web/infrastruktura/wspolpraca-gddkia-i-gminy-krapkowice-w-usuwaniu-skutkow-powodzi>, Wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2025 r., Wydruku ze strony internetowej: <https://nbp.pl/polityka-pieniezna/dokumenty-rpp/raporty-o-inflacji>, trzech własnych zestawień kalkulacyjnych prezentujących poziom waloryzacji,
- przedstawione przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego w postaci: pisma z dnia 13 czerwca 2025 r. znak IP.271.10.2025 wraz załącznikami do tego pisma, wydruku artykułu „Waloryzacja a zmiany cen na rynku nowe dane” dostępnego na stronie internetowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, programu inwestycji, zestawienia realnej wartości waloryzacji osiąganey na ostatnich kontraktach i wykresów dot. zmian cen poszczególnych czynników cenotwórczych.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uwzględniła odwołanie.

Istotą przedstawionego w odwołaniu zarzutu było zakwestionowanie przyjętego przez Zamawiającego maksymalnego wskaźnika waloryzacji na poziomie +/- 3 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 1 netto z chwili podpisania umowy, co świadczyło w ocenie Odwoływającego 1 o ustaleniu waloryzacji w sposób niezgodny z przepisami prawa, oderwany od realiów rynkowych, a także powoduje, że waloryzacja przewidziana w umowie jedynie pozorna i iluzoryczna, a także nieproporcjonalna i nieadekwatna do zamówienia.

W § 5 ust. 16 wzoru umowy wskazano, że:

„Maksymalna wysokość zmiany całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 5 ust.1 za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia wynikających z dokonywania waloryzacji nie może przekroczyć wartości +/- 3 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) netto określonego w § 5 ust. 1 umowy z chwili jej podpisania”.

W tym miejscu przywołać należy treść przepisów, których naruszenia w przedstawionych w odwołaniu zarzutach upatrywał Odwoływający 1:

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.*

Art. 353¹ kc: *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.*

Art. 5 kc: *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: *do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy*

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 pkt 2) i 3) ustawy Pzp: *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

2) *przejrzysty;*

3) *proporcjonalny.*

Wskazać trzeba, że regulacja art. 439 ustawy Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Choć zmiana wysokości wynagrodzenia możliwa będzie, jak stanowi przepis, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, to po zaistnieniu określonych umową zdarzeń każdej ze stron będzie przysługiwało roszczenie (żądanie) o zmianę wynagrodzenia. Pamiętać bowiem należy, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów należy rozumieć zarówno jej wzrost, jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej może powodować odpowiednie zwiększenie, ale także zmniejszenie wynagrodzenia (za: red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych).

I choć celem klauzuli waloryzacyjnej nie jest pełne zrekompensowanie wykonawcy ewentualnych zmian cen i kosztów realizacji zamówienia i zaakceptowanie sytuacji, gdy takie ryzyko spoczywałoby w głównej mierze na zamawiającym, tym niemniej chodzi o wprowadzenie adekwatnego do panującej rzeczywistości gospodarczej mechanizmu, wyważającego interesy obu stron umowy.

W ocenie składu orzekającego, ustalony przez Zamawiającego maksymalny wskaźnik waloryzacji na poziomie łącznie 3% (przedział +3%;-3%) wynagrodzenia netto jest nieadekwatny do obecnej sytuacji, narusza równowagę ekonomiczną stron umowy i przerzuca na wykonawcę ryzyko wzrostu cen i kosztów realizacji zamówienia, które są obecnie nieprzewidywalne w perspektywie, w jakiej ma zostać wykonane zamówienie, tj. 40 miesięcy.

Bezapelacyjnie, doświadczenia z ostatnich lat, na które w treści odwołania powoływał się Odwołujący 1, pełne były wyjątkowych sytuacji również z ekonomicznego punktu widzenia, jak gwałtowny wzrost cen materiałów, usług, wynagrodzeń (co potwierdza też dowód Odwołującego 1 w postaci danych publikowanych na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego). Również wpływ na cenę surowców i materiałów niewątpliwie będą miały dalsze skutki wojny na Ukrainie. Natomiast względem argumentacji Zamawiającego i przedstawionych przez niego wykresów prezentujących spadkowe trendów cen rynkowych, to Izba zgadza się z Odwołującym 1, że istniejąca tendencja spadkowa nie oznacza, że wzrost cen nie następuje – w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego następuje, lecz z mniejszą dynamiką niż wcześniej.

Zarazem za nieuzasadnione przy ustalaniu limitu waloryzacji dla Zadania nr 1 należy uznać odwoływanie się przez Zamawiającego (zamawiającego w Zadaniu nr 1 – Gminę Krapkowice) do prawidłowości mechanizmu waloryzacji (również za pomocą dowodu), a także analiz i badań, które wykorzystuje GDDKiA przy ustalaniu wskaźnika waloryzacji, (której to prawidłowości mechanizmu Izba nie neguje). Skoro bowiem w Zadaniu nr 2 w tym konkretnym postępowaniu, w którym zamawiającym jest właśnie Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ustalono limit waloryzacji na poziomie 10%, to trudno przyjmować, że tożsame względy stały za ustaleniem wyraźnie niższego limitu 3% w Zadaniu nr 1. Jak pokazują dodatkowo obliczenia Odwołującego 1 za pomocą kalkulatora zgodnego z mechanizmem waloryzacji ustalonym przez GDDKiA, wartość mnożnika korygującego w różnych wybranych okresach z ostatnich lat wyraźnie przekraczała poziom 3%, który ustalił Zamawiający w Zadaniu nr 1. Jak też pokazuje zestawienie przedłożone przez Zamawiającego, praktyką GDDKiA jest umowny limit waloryzacji na poziomie 10%.

Nie można też zapominać, że w ostatnich latach inflacja przekraczała 10%, natomiast choć obecne jej prognozy oscylują na niższych pułapach niż w latach 2022-2023, to nie mogą pozostać obojętne z punktu widzenia zmian cen lub kosztów. Pokazują to zresztą prognozy inflacji w latach 2025 i 2026, które przedstawił Odwołujący 1, z których wynika, że skumulowana inflacja w tych latach, a więc w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, wynieść może ponad 8%. Należy też pamiętać, że nie są obecnie znane prognozy na dalszy okres, w którym zamówienie będzie wykonywane, w związku z czym zasadnym jest oparcie się na dotychczasowych doświadczeniach i analizach, a te wskazują w ocenie Izby, że utrzymanie wskaźnika waloryzacji na poziomie 3% narusza równowagę ekonomiczną między stronami. Izba zważa również na niestabilność obecnej sytuacji geopolitycznej, przepełnionej wydarzeniami rezonującymi na światową gospodarkę, a wykraczającymi poza dotychczasowe prognozy finansowe, jak choćby kwestie celne, czy ostatni konflikt na Bliskim Wschodzie.

Jednocześnie, jak pokazuje historia, wysoka dynamika szeroko rozumianych zmian gospodarczych, ma istotny wpływ na rynek już w krótkich odstępach czasu. Tym bardziej więc, mając na uwadze paroletnią perspektywę realizacji

zamówienia (umowa w sprawie tego zamówienia ma obowiązywać co do zasady 40 miesięcy), nie sposób za uzasadnione zakładać w obecnym stanie rzeczy, że nadzwyczajne wydarzenia, a także postępujący wzrost cen, nie doprowadzą do zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wyraźnie ponad pułap 3%.

Pomimo, iż nie można odbierać Zamawiającemu swobody w kształtowaniu warunków zamówienia, w tym sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia, jednakże powyższe czynniki świadczą zdaniem Izby o tym, że utrzymanie maksymalnego wskaźnika waloryzacji w wysokości 3% narusza równowagę ekonomiczną między stronami i koniecznym jest zwiększenie maksymalnego wskaźnika waloryzacji.

W istocie, mając na uwadze treść odpowiedzi na odwołanie, Izba doszła do przekonania, że dla Zamawiającego główną przeszkodą na drodze podwyższenia wskaźnika waloryzacyjnego i zarazem argumentem za pozostawieniem wskaźnika na poziomie 3% są możliwości finansowe Gminy Krapkowice w Zadaniu nr 1. Co więc tyczy się argumentacji i złożonych wraz z odpowiedzią na odwołanie dowodów Zamawiającego odnośnie braku możliwości finansowych Zamawiającego, to trzeba podkreślić następujące. W szczególności Zamawiający wywodził, że podwyższenie wskaźnika waloryzacji uniemożliwia obiektywna i niezależna przyczyna, jaką jest wysokość dofinansowania do zamówienia ze środków rządowych. Za okoliczność niesporną pomiędzy stronami Izba uznała to, na jakim poziomie szacowane są koszty realizacji Zadania nr 1 (240 mln zł), jak i nie była kwestionowana wysokość dofinansowania ze środków rządowych (192 mln zł) oraz fakt, że pozostałe koszty ponieść musiał Zamawiający (Gmina Krapkowice) – zresztą wynika to też z odpowiedzi na odwołanie, a także z dowodu Zamawiającego w postaci pisma z dnia 13 czerwca 2025 r. o znaku IP.271.10.2025. Przy czym koniecznym jest podkreślenie, że właśnie z tychże pism wynika, że Gmina Krapkowice zobowiązana jest do poniesienia na realizację zadania środków własnych w łącznej kwocie nie mniejszej niż 48 mln zł. Natomiast wbrew twierdzeniom z odpowiedzi na odwołanie, z treści pisma nie wynika, że Gmina Krapkowice nie ma możliwości finansowych, aby podwyższyć limit waloryzacji z 3% do 10%. Treść pisma o znaku IP.271.10.2025 odnosi się co prawda do wysokości kwoty, jaka została zabezpieczona w budżecie gminy na realizację zadania, jednakże możliwe jest przecież choćby przesunięcie środków w budżecie gminy. Stąd też, za daleko idące uznała Izba wywodzenie przez Zamawiającego, że podwyższenie limitu waloryzacji będzie stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Izba zarazem zgadza się z Zamawiającym (Gminą Krapkowice), iż niewątpliwie realizacja zamówienia jest obciążeniem finansowym dla jednostki, a każde zwiększenie kosztów jest czynnikiem negatywnym dla inwestora, natomiast nie może to automatycznie powodować, że zamawiający jest zwolniony z zachowania równowagi ekonomicznej stron umowy.

Z powyższych powodów w ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany § 5 ust. 16 wzoru umowy poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji za wykonanie Zadania nr 1 do 10%, uznając, że pozwoli to na przywrócenie równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami, wpisuje się w praktykę rynkową co do pułapów waloryzacji, w tym również obowiązującej w innej części tego konkretnego zamówienia – w Zadaniu nr 2.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

KIO 2034/25

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący 2 jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie zgłosił Strabag – po stronie Odwołującego 2. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego 2.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, a także:

- przedstawione przez Odwołującego 2 w toku postępowania odwoławczego w postaci: Projekcji inflacji i wzrostu gospodarczego Narodowego Banku Polskiego oraz Raportu o inflacji Rady Polityki Pieniężnej,
- przedstawione przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego w postaci: pisma z dnia 13 czerwca 2025 r. znak IP.271.10.2025 wraz załącznikami do tego pisma, wydruku artykułu „Waloryzacja a zmiany cen na rynku nowe dane” dostępnego na stronie internetowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, programu inwestycji zestawienia realnej wartości waloryzacji osiągniętej na ostatnich kontraktach i wykresów dot. zmian cen poszczególnych czynników cenotwórczych.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba:

- umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na uwzględnienie tych zarzutów przez Zamawiającego i brak zgłoszonych przystąpień po stronie Zamawiającego,

- uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 w części dotyczącej Zadania nr 1,

- oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutu nr 3 części dotyczącej Zadania nr 2.

Istotą przedstawionego w odwołaniu **zarzutu nr 3** było zakwestionowanie przyjętego przez Zamawiającego maksymalnego wskaźnika waloryzacji na poziomie 3 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 1 netto oraz 10 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 2, co w ocenie Odwołującego 2 narusza równowagę stron umowy, ma charakter iluzoryczny, uniemożliwiający osiągnięcie ustawowego celu instytucji waloryzacji, jakim jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz przerzucania na wykonawcę ryzyka związane ze zmianą kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

W § 5 ust. 16 wzoru umowy wskazano, że:

„Maksymalna wysokość zmiany całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 5 ust.1 za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia wynikających z dokonywania waloryzacji nie może przekroczyć wartości +/- 3 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 1 (ZKK1) netto określonego w § 5 ust. 1 umowy z chwili jej podpisania.

Maksymalna wysokość zmiany całkowitego wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie Zadania nr 2 (ZKK2) określonego w § 5 ust. 2 jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia wynikających z dokonywania waloryzacji nie może przekroczyć wartości +/- 10 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie Zadania nr 2 (ZKK2) netto określonego w § 5 ust. 2 umowy z chwili jej podpisania”.

W tym miejscu przywołać należy treść przepisów, których naruszenia w przedstawionych w odwołaniu zarzutach upatrywał Odwołujący 2:

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;*

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.*

Art. 99 ust. 1 ustawy Pzp: *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Art. 16 pkt 1) ustawy Pzp: *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Art. 353¹ kc: *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.*

Art. 5 kc: *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*

Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: *do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Zachowując, a zarazem nie powielając argumentacji poczynionej przez Izbę przy zarzucie względem ustalonego przez Zamawiającego wskaźnika waloryzacji na poziomie 3% za wykonanie Zadania nr 1 w ramach sprawy o sygn. akt KIO 2022/25, należy dodać, że prezentowane przez Odwołującego 2 dane Narodowego Banku Polskiego oraz Rady Polityki Pieniężnej dotyczące projekcji poziomu inflacji w Polsce na okres przypadający na termin wykonania zamówienia, wskazują na konieczność podwyższenia tego wskaźnika.

Izba uwzględniła zatem zarzut nr 3 w części, która dotyczyła ustalonego wskaźnika waloryzacji za wykonanie Zadania nr

1.

Przy czym, wskazując na konieczność podniesienia limitu waloryzacji, Izba, nie będąc związana żądaniemi odwołania, uznała, że podniesienie wskaźnika waloryzacji do 10% będzie wystarczające dla zachowania równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy. Izba nie przychyliła się tym samym do żądania wystosowanego przez Odwołującego 2 co do zwiększenia limitu waloryzacji do 20%, nie znajdując w treści odwołania argumentów za podniesieniem limitu do tej wysokości.

Wobec powyższego, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany § 5 ust. 16 wzoru umowy poprzez zwiększenie wskaźnika waloryzacji za wykonanie Zadania nr 1 do 10%.

Równocześnie podkreślić trzeba, że w ocenie Izby brak jest w odwołaniu i w przedstawionych dowodach powodów, dla których należałoby dokonać zmiany ustalonego wskaźnika waloryzacji za wykonanie Zadania nr 2. Odwołujący 2 zawarł jednolite uzasadnienie zarzutu względem obu Zadań. Stąd też, po pierwsze, co już wskazano, brak było powodów, dla których należało nakazać Zamawiającemu zmianę wskaźnika do 20% w Zadaniu nr 1, a po wtóre brak było też powodów, aby podważyć ustalony poziom 10% waloryzacji w Zadaniu nr 2. Izba podziela stanowisko Zamawiającego co do utrzymania maksymalnego limitu waloryzacji dla Zadania nr 2 jako adekwatnego i wpisującego się w cel art. 439 ustawy Pzp. Końcowo należy dodać, że paradoksalnie argumentacja Zamawiającego przemawiająca za prawidłowym ustaleniem poziomu 10% limitu waloryzacji dla Zadania nr 2, wyklucza de facto przyjęcie, że dla Zadania nr 1 cele zostaną spełnione mimo zgoła niższego limitu 3%.

Tym samym na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut nr 3 w części, która dotyczyła ustalonego wskaźnika waloryzacji za wykonanie Zadania nr 2.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 7 ust. 4 i 6 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....