Sygn. akt: KIO 2962/25

WYROK

Warszawa, dnia 29 sierpnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2025 r. przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni
przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:

2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 169 zł 00 gr (sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę;

2.2.zasądza od odwołującego STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni kwotę 3769 zł 00 gr (trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:…….…….....

Sygn. akt: KIO 2962/25

Uzasadnienie

Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni(dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Przebudowa Nabrzeża Pomocniczego w Porcie Gdynia" (wewnętrzny identyfikator: MZ-227/SWZ-13/MW/KT/2025). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 lipca 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 127/2025 pod numerem 438818-2025. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 17 lipca 2025 r. wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez sformułowanie warunków waloryzacji w § 26 Projektowanych postanowień umowy w sposób pozorny i iluzoryczny, nieproporcjonalny i nieadekwatny do czasu trwania i wartości zamówienia a ponadto w sposób oderwany od realiów rynkowych, uniemożliwiający waloryzację odpowiadającą realnej zmianie cen i materiałów które objawiają się w następujących wymaganiach Zamawiającego:

a)wyznacza zbyt wysoki próg zmiany wskaźnika uprawniający do waloryzacji co oznacza, że zmiana wynagrodzenia nastąpi w przypadku, gdy wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych zmieni się o co najmniej 5%,

b)przewidział możliwość waloryzacji jedynie raz w roku, w okresach 12-miesięcznych od daty zawarcia umowy co w sytuacji umownego okresu realizacji trwającego 22 miesiąca oznacza tylko jedną możliwą waloryzację,

c)Zamawiający przewidział pozorny mechanizm waloryzacji poprzez: wskazanie metody ustalenia prawa do zmiany wynagrodzenia na podstawie wskaźnika, do którego wyliczenia przyjmowana jest data początkowa w sposób ruchomy, tzn. każdorazowo porównująca bieżącą wartość wskaźnika zmiany cen materiałów i kosztów do ich poziomu sprzed 12 miesięcy. Ocena nabycia prawa do zmiany wynagrodzenia z tytułu waloryzacji powinna zawsze odnosić się do daty początkowej będącą datą stałą, tj do dnia złożenia oferty względnie zawarcia umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany SWZ, tj. § 26 ust. 1 Projektowanych postanowień umowy w następujący sposób:

1.Niezależnie od postanowień § 17 ust. 1 pkt 5) lit. a) – d) Umowy wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, może być waloryzowane (zwiększone lub zmniejszone) przy zastosowaniu wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych w stosunku do miesiąca poprzedzającego (miesiąc poprzedni = 100), dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca zawarcia umowy, ogłaszanego w komunikacie odpowiedniego organu statystycznego, którym na dzień zawarcia umowy jest Prezes Głównego Urzędu Statystycznego. Waloryzacja wynagrodzenia stanowi zmianę niniejszej Umowy i wymaga formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności i będzie dokonana wg poniższych zasad:

1)waloryzacja może obejmować wynagrodzenie za tę część Przedmiotu Umowy, która została odebrana protokołem P1 lub Protokołem Odbioru Częściowego;

2)Wzrost wynagrodzenia Wykonawcy możliwy jest na wniosek Wykonawcy, pod warunkiem realizacji prac i Robót zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym;

3)Zmniejszenie wynagrodzenia możliwe jest na wniosek Zamawiającego;

4)Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 6-tego miesiąca po podpisaniu umowy. Wartość faktury VAT wystawionej za n-ty miesiąc powstaje przez przemnożenie przez siebie wskaźników miesięcznych o których mowa powyżej, począwszy od miesiąca w którym nastąpiło zawarcie umowy do miesiąca, za który nastąpi wystawienie faktury;

5)zmiana wynagrodzenia zostanie dokonana o 50% wysokości zmiany, o której mowa w pkt 4) powyżej;

6)maksymalna łączna wartość wszystkich waloryzacji wynosi 10% wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 11 ust. 1 Umowy."

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia i złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, który wnosząc odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia dąży do zmodyfikowania projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w celu zapewnienia ich zgodności z ustawą Pzp, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem w postaci: informacji sygnalnej GUS, opracowań własnych zawierających obliczenie wzrostu cen przy wskaźniku rocznym 4,9% i 5%, symulacji waloryzacji przy wskaźniku rocznym 5% według postanowień umowy oraz symulacji waloryzacji przy wskaźniku rocznym 5% i przyjęciu zaproponowanych w odwołaniu modyfikacji, opracowania „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa", wyciąg z opracowania GDDKiA „Wzorcowe szczególne warunki kontraktu dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj", część B postanowienia szczególne", wyciąg z warunków umowy PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w postępowaniu o nr ref. 9090/IRZR1/00341/00110/25/P, na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane w odwołaniu, a ponadto z załączonego do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie opracowania NBP „Projekcja inflacji i wzrostu gospodarczego Narodowego Banku Polskiego na podstawie modelu NECMOD" na okoliczności wynikające z treści tego dokumentu, wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych obejmujących rozbudowę z przebudową Nabrzeża Pomocniczego (z rozbiórką części istniejącego Nabrzeża Pomocniczego), budowę budynku biurowego w pobliżu budynku nr 184, budowę wiaty garażowej, wraz z budową, przebudową i rozbudową infrastruktury towarzyszącej w

ramach zadnia „Przebudowa Nabrzeża Pomocniczego w Porcie Gdynia" na terenie zamkniętym Morskiego Portu Wojennego Gdynia", na terenie działek ewidencyjnych nr: 1625, 2124/2, 2127 obręb 0021 Oksywie oraz nr 529/1 obręb 0026 Śródmieście w m. Gdynia wraz z uzyskaniem wymaganych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, w oparciu o wymogi BIM określone w załączniku nr 18 do SWZ.

Termin wykonania całości przedmiotu zamówienia został ustalony do 22 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy.

W § 26 Projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 4 do SWZ, dalej jako „PPU") zawarto klauzulę waloryzacyjną z art. 439 ustawy Pzp w następującym brzmieniu:

2.Niezależnie od postanowień § 17 ust. 1 pkt 5) lit. a) – d) Umowy wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w § 11 ust. 1 Umowy, może być waloryzowane (zwiększone lub zmniejszone) w okresach 12 - miesięcznych od daty zawarcia Umowy (liczonych na koniec miesiąca kalendarzowego) przy zastosowaniu wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych w stosunku do roku poprzedzającego (rok poprzedni = 100), ogłaszanego w komunikacie odpowiedniego organu statystycznego, którym na dzień zawarcia umowy jest Prezes Głównego Urzędu Statystycznego. Waloryzacja wynagrodzenia stanowi zmianę niniejszej Umowy i wymaga formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem nieważności i będzie dokonana wg poniższych zasad:

7)waloryzacja może obejmować wyłącznie wynagrodzenie za tę część Przedmiotu Umowy, która w dniu dokonania waloryzacji, nie została jeszcze odebrana protokołem P1 lub Protokołem Odbioru Częściowego;

8)Wzrost wynagrodzenia Wykonawcy możliwy jest na wniosek Wykonawcy, pod warunkiem realizacji prac i Robót zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym;

9)Zmniejszenie wynagrodzenia możliwe jest na wniosek Zamawiającego;

10)waloryzacji można dokonać, jeżeli wskaźnik wskazany powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku, o którym mowa w pkt 2) lub 3) powyżej, wynosić będzie co najmniej –105 (wzrost cen o 5%), lub co najwyżej 95 (spadek cen o 5%);

11)zmiana wynagrodzenia zostanie dokonana o 50% wysokości zmiany, o której mowa w pkt 4) powyżej;

12)maksymalna łączna wartość wszystkich waloryzacji wynosi 10% wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 11 ust. 1 Umowy."

3.Waloryzacji nie dokonuje się w odniesieniu do robót dodatkowych lub zamiennych.

4. Do umów, których przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawartych pomiędzy Wykonawcą, Podwykonawcą lub Podwykonawcą a dalszymi Podwykonawcami, zawartymi na okres dłuższy niż 6 miesięcy, liczony wraz z wszystkimi aneksami zawartymi do Umowy, odpowiednie zastosowanie będą mieć postanowienia niniejszego paragrafu.

5.Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z niniejszym paragrafem zobowiązany jest do jednoczesnej zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

1)przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi;

2)okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 353^1 kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Natomiast zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp 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. Ust. 2 tego przepisu wskazuje, że 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.

Ponadto zgodnie z art. 439 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy. Ust. 4 tego przepisu stanowi, że przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

W myśl 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. 5 Kodeksu cywilnego 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. Zgodnie zaś z art. art. 353^1 Kodeksu cywilnego 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.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby zasady waloryzacji ustalone w § 26 PPU naruszały wskazane przepisy ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego, a jego twierdzenia, w szczególności zaś sposób skonstruowania żądań, wskazywały na dążenie do doprowadzenia do zmiany warunków realizacji zamówienia w sposób względniejszy dla wykonawcy.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w analogicznym stanie faktycznym zapadł już wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 2 czerwca 2025 r., sygn. akt: KIO 1616/25), w którym Izba poddała ocenie postanowienia klauzuli waloryzacyjnej o bardzo zbliżonym brzmieniu co postanowienia kwestionowane obecnie przez Odwołującego. Stronami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1616/25 był Odwołujący i Zamawiający, a zarzuty odwołania koncentrowały się wokół tych samych kwestii co aktualnie (na wysokości progu zmiany wskaźnika uprawniającego do waloryzacji, na ustaleniu możliwości waloryzacji tylko jeden raz w roku oraz na ustaleniu daty początkowej dla wyliczenia wskaźnika poprzez porównanie do ostatnich 12 miesięcy), Odwołujący powoływał się wówczas też na analogiczne jako obecnie dowody. Mając to na uwadze skład orzekający wskazuje, że podziela w całości argumentację przedstawioną w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 czerwca 2025 r., sygn. akt KIO 1616/25, brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do różnicowania stanów faktycznych obu tych spraw. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że wówczas Zamawiający w klauzuli waloryzacyjnej nie przewidział, że zmiana wynagrodzenia zostanie dokonana o 50% wysokości zmiany, nie wpływa na powyższą ocenę, tym bardziej, że Odwołujący w rozpoznawanej aktualnie sprawie nie kwestionował § 26 ust. 1 pkt 5) PPU, który tę kwestię reguluje.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że § 26 PPU wyznacza zbyt wysoki próg zmiany wskaźnika uprawniający do waloryzacji, tj., że zmiana wynagrodzenia nastąpi w przypadku, gdy wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych zmieni się o co najmniej 5%, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby próg ten był rażąco wygórowany i nieadekwatny do rejestrowanych wahań cen. Odwołujący podnosił jedynie, że wzrost cen na takim poziomie jest sporadyczny, z czego wywodził pozorność mechanizmu waloryzacji. Ponadto Odwołujący przedstawił informację sygnalną GUS (załącznik nr 5.1) oraz symulacje zmian wynagrodzenia przy przyjęciu progu 5% i progu 4,9% (załączniki nr 5.2-5.4), wskazując jaką kwotę powinien ewentualnie doliczyć do ceny ofertowej, aby pokryć ryzyko hipotetycznego wzrostu kosztów. Powyższe w ocenie Izby nie daje podstaw do uznania, że Odwołujący wykazał zasadność zarzutu. Zauważyć należy, że wykonawca ma możliwość uwzględnienia w kalkulacji ceny ofertowej normalnego, przewidywalnego wzrostu cen i jest w stanie oszacować koszty realizacji zamówienia oraz przedstawić w ofercie cenę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe. Sam Odwołujący dał temu wyraz składając wraz z odwołaniem symulacje wzrostu kosztów. Natomiast klauzule waloryzacyjne mają co do zasady służyć zapobieganiu skutkom wystąpienia istotnego, ponadstandardowego, wzrostu cen. Nie jest celem waloryzacji zdjęcie z wykonawcy wszelkiego ryzyka związanego ze wzrostem cen w toku realizacji zamówienia. 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. Tym bardziej jest to możliwe w przypadku przedmiotowego zamówienia, które obejmuje relatywnie krótki jak na roboty budowlane okres realizacji zamówienia (22 miesiące). Ustalenie poziomu zmiany cen aktywującego możliwość waloryzacji wynagrodzenia służy rozróżnieniu sytuacji, w której poziom zmian cen mieści się w granicach ryzyka kontraktowanego wykonawcy od sytuacji, w którym poziom ten przekracza to normalne ryzyko. Odwołujący nie przedstawił argumentów, które przekonałyby Izbę, że ustalenie progu na poziomie 5% jest w realiach tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia niewłaściwe, czy chociażby że odbiega od aktualnej praktyki rynkowej.

Należy tu ponadto zwrócić uwagę, że Odwołujący - wskazując na zbyt wysoki próg aktywatora waloryzacji - w swoich żądaniach nie zmierzał wcale do obniżenia tego progu (np. do poziomu 4,7 czy 4,9%, czyli do odchyleń od celu inflacyjnego występujących wg danych GUS częściej), lecz do całkowitego jego wykreślenia, co prowadziłoby do sytuacji, w której wielkość zmiany wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych nie miałaby w ogóle znaczenia w kontekście możliwości wystąpienia z wnioskiem waloryzacyjnym. Zawarta w § 26 PPU klauzula waloryzacyjna w takiej sytuacji nie określałaby poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, czego wymaga art. 439 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestionowanych przez Odwołującego okresów zmiany wynagrodzenia wykonawcy ustalonych w § 26 ust. 1 PPU na 12-miesięczne, Izba przede wszystkim wskazuje, że ustawa Pzp nie narzuca konkretnego okresu, co który należy dokonywać waloryzacji w przypadku zaistnienia okoliczności ją uzasadniających. Ustalenie takich okresów leży zasadniczo w gestii Zamawiającego i powinno być dostoswane do specyfiki oraz charakteru danego zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że treść klauzuli waloryzacyjnej przewidująca 12-miesięczne okresy, w których może nastąpić zmiana wynagrodzenia, w przypadku tego konkretnego zamówienia, godzi w ekwiwalentność świadczeń stron umowy. Odwołujący poza powołaniem się na 22-miesięczny okres realizacji zamówienia, nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji, która odnosiłaby się do realiów tego zamówienia i wykazywała, że faktycznie możliwość dokonania waloryzacji po upływie roku od daty zawarcia umowy nie zapewni w tym przypadku wymaganej ekwiwalentności i wiązać się będzie dla wykonawcy z nieuzasadnionym, nadmiernym ryzykiem. Przy czym nawet gdyby faktycznie waloryzacja wynagrodzenia (przy założeniu terminowego wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia) mogła mieć miejsce w praktyce tylko raz w okresie realizacji zamówienia, po upływie około połowy okresu realizacji inwestycji, to Odwołujący nie przedstawił twierdzeń wykazujących, że w realiach tego konkretnego kontraktu jest to niezgodne z obowiązującymi przepisami czy zasadami współżycia społecznego.

W odniesieniu zaś do trzeciego z aspektów wskazanych jako okoliczności uzasadniające zarzut (lit. c zarzutu wskazanego w *petitum* odwołania) Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że część argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu odwołania w tym zakresie dotyczyła braku wskazania przez Zamawiającego początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia i przywołania przepisów regulujących obowiązek zawarcia w klauzuli waloryzacyjnej takiego terminu. Tymczasem Zmawiający w § 26 ust. 1 PPU jednoznacznie określił początkowy termin ustalania zmiany wynagrodzenia (jako początkowy punktu odniesienia) poprzez wskazanie, że wynagrodzenie może być waloryzowane w okresach 12 - miesięcznych od daty zawarcia umowy (liczonych na koniec miesiąca kalendarzowego). Odwołujący nie wykazał, aby postanowienie to było sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Art. 439 ustawy Pzp nie określa momentu, w którym wykonawca po raz pierwszy może wystąpić z wnioskiem waloryzacyjnym ani okresów, w których może następować zmiana wysokości wynagrodzenia. Ustawodawca pozostawił powyższe w gestii Zamawiającego, na co wprost wskazuje art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający precyzyjnie określił zarówno początkowy termin ustalania zmiany wynagrodzenia, jak i okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia, wypełniając obowiązki określone w art. 439 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Odwołujący kwestionował zastosowanie mechanizmu opartego o zmiany wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych w stosunku do roku poprzedzającego, niemniej również w tym zakresie nie przedstawił rzeczowego uzasadnienia dla forsowanych tez. W ocenie Izby ustalony przez Zamawiającego mechanizm był klarowny i wskazywał na możliwość dokonania waloryzacji, jeśli określony wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku wynosić będzie co najmniej –105 (wzrost cen o 5%), lub co najwyżej 95 (spadek cen o 5%) w stosunku do roku poprzedzającego. Odwołujący poza wyrażeniem opinii, że w takiej sytuacji nie jest badany faktyczny wpływ zmian cen materiałów lub kosztów na koszty realizacji zamówienia nie przedstawił argumentacji, która przekonałaby Izbę o tym, że treść § 26 ust. 1 PPU narusza przepisy ustawy Pzp, Kodeksu cywilnego czy zasady współżycia społecznego. Pozorność czy nieadekwatność zastosowanego mechanizmu nie została niczym poparta, a stanowisko Odwołującego pozostało wyłącznie hasłowe, gołosłowne. Odwołujący jedynie powołał się na przykładowe klauzule waloryzacyjne stosowane w sektorze budownictwa, niemniej sam fakt, że inne klauzule waloryzacyjne są rekomendowane czy stosowane na rynku zamówień publicznych w przypadku umów o roboty budowlane, nie przesądza jeszcze o tym, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp. Podkreślić należy, że

odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza przepisów. Odwołujący powinien zatem wykazać, że konstrukcja klauzuli waloryzacyjnej narusza normy prawne, wynikające z bezwzględnie obowiązujących przepisów lub zasady współżycia społecznego w zakresie, który kwestionował. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodowemu, który na nim spoczywał.

W kontekście całego odwołania należy ponadto szczególnie podkreślić sposób sformułowania żądań przez Odwołującego, które nie zmierzały do obniżenia progu zmian wskaźnika uprawniającego do dokonania waloryzacji, do doprowadzenia do sytuacji, w której waloryzacja mogłaby nastąpić np. co 6 miesięcy, czy 2-3 razy w ciągu okresu realizacji umowy czy do każdorazowego odnoszenia wskaźnika zmian cen do jednej początkowej daty, lecz do wprowadzenia waloryzacji comiesięcznej (począwszy od 6 miesiąca), przy zastosowaniu wskaźnika wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych w stosunku do miesiąca poprzedzającego, przy braku ustalenia jakiegokolwiek progu dla wskaźnika wzrostu cen lub kosztów, którego spełnienie uprawniałoby do wnioskowania o waloryzację wynagrodzenia. Odwołujący w praktyce dążył zatem do wprowadzenia stałej, comiesięcznej korekty wynagrodzenia, począwszy od 6 miesiąca po zawarciu umowy, niezależnej od poziomu istotności zmiany kosztów. Zasadność tak sformułowanych żądań zdaniem składu orzekającego nie została w żaden sposób wykazana, nie korelowały one z argumentacją wskazaną na poparcie zarzutów, a realizacja postulatów Odwołującego prowadziłaby nie tyle do faktycznego wyeliminowania ewentualnych wad klauzuli waloryzacyjnej, lecz do zniwelowania ryzyk istniejących po stronie wykonawcy. Odwołujący nie wykazał, że postulowane zmiany prowadzić będą do konwalidacji czynności, których wadliwość została w odwołaniu zakwestionowana. Wśród proponowanych przez Odwołującego modyfikacji znalazła się także zmiana § 26 ust. 1 pkt 1 PPU poprzez nadanie mu treści „waloryzacja może obejmować wynagrodzenie za tę część Przedmiotu Umowy, która została odebrana protokołem P1 lub Protokołem Odbioru Częściowego", podczas gdy propozycja ta nie została ani powiązana z którymkolwiek zarzutem odwołania, ani nie została poparta jakąkolwiek argumentacją.

Izba w tym miejscu podkreśla, że żądania odwołania nie mogą zmierzać do nieuzasadnionego zdjęcia możliwych do przewidzenia ryzyk z wykonawcy. Rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie ryzyk kontraktowych i kształtowanie umowy w sposób dogodniejszy dla wykonawców. Jak wskazano w wyroku Izby z 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 935/23, *„nie korzystają z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Norma zawarta w art. 439 ustawy Pzp nie zobowiązuje w szczególności Zamawiającego do nadania postanowieniom umowy takiej treści, aby uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy powstawało w każdym przypadku, gdy nastąpi zmiana ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją (…). Rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 ustawy Pzp jest bowiem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, nie zaś całkowite wyeliminowanie ryzyka kontraktowego."*

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała twierdzenia Odwołującego o sformułowaniu warunków waloryzacji w § 26 PPU w sposób pozorny i iluzoryczny, nieproporcjonalny i nieadekwatny do czasu trwania i wartości zamówienia, a ponadto w sposób oderwany od realiów rynkowych, uniemożliwiający waloryzację odpowiadającą realnej zmianie cen i materiałów, za nieudowodnione.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Art. 575 ustawy Pzp stanowi, że strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na

rzecz zamawiającego. Kosztami, o którym mowa w § 5 pkt 2, są uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę (lit. a), wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (lit. b).

Uwzględniając powyższe regulacje, z uwagi na oddalenie odwołania w całości, Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania w łącznej kwocie 3769 zł, poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (169 zł), potwierdzone złożoną do akt sprawy fakturą VAT oraz biletem PKP.

Przewodnicząca:…….…….....