



CML Construction Services Sp. z o.o.  
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, 29 listopada 2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:** **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej**  
**S.A. w Tarnowie,**  
ul. Sienna 4, 33-100 Tarnów  
tel. 14 688 22 00  
adresy e-mail: [mpec@mpec.tarnow.pl](mailto:mpec@mpec.tarnow.pl)  
NIP: 873-10-01-679

**Odwołujący:** **STRABAG Sp. z o.o.**  
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków  
numer KRS 0000054588

reprezentowany przez:  
radcę prawnego Krzysztof Misiewicz  
adres do korespondencji:  
CML Construction Services Sp. z o.o.  
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków  
tel. kom.: +48604043322  
e-mail: [krzysztof.misiewicz@bauholding.com](mailto:krzysztof.misiewicz@bauholding.com)

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, zaprojektowanie, wykonanie, uruchomienie i przekazanie do eksploatacji inwestycji pod nazwą „Budowa instalacji kogeneracji do produkcji energii z przetworzonych odpadów komunalnych z wykorzystaniem ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej w Tarnowie” (dalej jako: „**Postępowanie**”).

Nr sprawy nadany przez Zamawiającego: **PP/2/2024/B**

Dane dotyczące publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

Numer publikacji ogłoszenia: **703377-2024**

Numer wydania **OJ S 225/2024**

Data publikacji: **19.11.2024 r.**

Strona 1 z 14

CML Construction Services Sp. z o.o.  
ul. Parzniewska 10  
05-800 Pruszków/Polska  
[www.strabag.pl](http://www.strabag.pl)

Tel.+48 22 7144377  
Faks+48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH  
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251  
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200.000 PLN  
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 6 Ustawy z dnia 08 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 ze zm.).

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”) w oparciu o pełnomocnictwo, które załączam, na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „**ustawą Pzp**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego, podjętą w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niezgodna z przepisami czynność polega na ustaleniu Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności Załącznika nr 11 do SWZ – Projekt umowy (projekt umowy), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

### I. Zarzuty:

I.1. Odwołujący stawia Zamawiającemu następujące zarzuty:

#### POZORNA I NIEJEDNOZNACZNIE OPISANA WALORYZACJA

- 1) **naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez:** sformułowanie § 7 ust. 6-11 projektu umowy w sposób niejednoznaczny w zakresie ustalenia zmiany Wynagrodzenia, jak również uniemożliwiający czy też znacznie utrudniający przeprowadzenie kolejnej waloryzacji poprzez ustalenie nierealnego poziomu zmiany cen kolejnej waloryzacji gdyż:
  - (i) Zamawiający w § 7 ust. 6 projektu umowy przewiduje waloryzację po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy podczas gdy brzmienie art. 439 ust. 1 Pzp zakłada, że umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinny zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tym samym wskazuje, że waloryzacja powinna odbyć się po okresie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy a nie po 12 miesiącach.
  - (ii) Postanowienie § 7 ust. 11 projektu umowy zawierają nierealny i wygórowany poziom zmiany cen jako wymagany dla uruchomienia kolejnej waloryzacji, gdyż po 6 miesiącach wymagają wzrostu na poziomie jak dla pierwszej waloryzacji (5%);
  - (iii) Pomimo tego, że waloryzacja jest aktywowana poprzez odesłanie do wskaźnika zmiany cen, który to potwierdza, że ceny rynkowe uległy zmianie, Zamawiający w § 7 ust. 9 i 10 Projektu Umowy oczekuje dodatkowego wykazania (udokumentowania), że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania Przedmiotu Umowy. Oczekując wykazania wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania Przedmiotu Umowy Zamawiający nie wskazuje jak ta zmiana ma być wykazana. Co więcej prowadzi to do konieczności dwukrotnego czy też dwustopniowego wykazywania waloryzacji raz poprzez zmianę cen na rynku (wykazanie zmiany wskaźnika) a następnie wykazywanie rzeczywistego wpływu zmiany cen na koszt

wykonania (wykazanie rzeczywistej zmiany cen) dla wyliczenia zmiany wynagrodzenia. Taki sposób warunkowania waloryzacji wypacza sens waloryzacji wskaźnikowej.

### **BRAK KAR UMOWNYCH NALEŻNYCH WYKONAWCY OD ZAMAWIAJĄCEGO**

- 2) **Naruszenie art. 436 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez** brak zastrzeżenia kar umownych należnych Wykonawcy od Zamawiającego. W § 29 Projektu umowy Zamawiający przywiódł wyłącznie, jakie kary umowne zobowiązany będzie do zapłaty Wykonawca na rzecz Zamawiającego. Brak jest jednocześnie kar zastrzeżonych w drugą stronę to jest, jakie kary zobowiązany będzie do zapłaty Zamawiający na rzecz Wykonawcy. Minimalnym standardem jest określenie kar umownych za nieterminowe przekazanie terenu budowy na potrzeby realizacji robót budowlanych oraz kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

## **II. Wnioski:**

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany SWZ, Projektu umowy w sposób określony poniżej. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że:

- zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień SWZ, Projektu umowy stanowią wyłącznie kierunek zmian, które Odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest Zamawiający;
- Odwołujący wnosi o dokonanie zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach niniejszego odwołania we wszystkich dokumentach zamówienia, tj. SWZ, i Projekcie umowy

### **POZORNA I NIEJEDNOZNACZNIE OPISANA WALORYZACJA**

Zmodyfikowanie projektu umowy poprzez zastąpienie dotychczasowej klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 7 ust. 6-13 Projektu umowy na wzorcową klauzulę waloryzacyjną rekomendowaną przez Urząd Zamówień Publicznych. Odwołujący wskazuje, że w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa> pojawiły się nowe przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów tego typu stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych. Odwołujący wnioskuję o umożliwienie waloryzacji po 6 miesiącach od zawarcia umowy, przeprowadzenie waloryzacji wskaźnikowej bez konieczności dokumentowania jak zmiana wskaźnika wpływa na ceny materiałów lub kosztów, waloryzacji co miesięcznej po osiągnięciu wskaźnika dopuszczającego możliwość waloryzacji.

## Proponowane brzemienne § 7 zastępujące dotychczasowe ust. 6-13 Projektu umowy

Skreśla się dotychczasową treść § 6 ust. 6-13 i zastępuje poniższą

*Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami:*

- i. *Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja OGÓŁEM publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziejzinowej Bazie Wiedzy pod linkiem [http://swaid.stat.gov.pl/Ceny\\_dashboards/Raporty\\_predefiniowane/RA\\_P\\_DBD\\_CEN\\_30.aspx](http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RA_P_DBD_CEN_30.aspx), lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych poczynsz od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.*
- ii. *Wskaźnik waloryzacji Ww (n) przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy poczynsz od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty) wg poniższego wzoru:*

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times \left( \frac{W_0}{100} \times \frac{W_1}{100} \times \frac{W_2}{100} \times \frac{W_3}{100} \times \dots \times \frac{W_{n-1}}{100} \times \frac{W_n}{100} \right)$$

*gdzie:*

*„Ww (n)” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;*

*„a” - stały współczynnik o wartości 0,1 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).*

*„W0” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100*

*„W1” – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)*

*„W2”, „W3”, ... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)*

*Wn-1– wskaźnik „n-1” z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)*

*„W<sub>n</sub>” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)*

*W praktyce wskaźnik „W<sub>w</sub> (n)” powstaje poprzez przemnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca n-1 przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego n*

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times (W_{w(n-1)} \times \frac{W_n}{100})$$

*gdzie:*

*„W<sub>w</sub> (n)” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;*

*„W<sub>w</sub> (n-1)” – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury*

*„W<sub>n</sub>” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpiło wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)*

*Ilorazy wskaźników cen (np.  $\frac{W_{CPI(1)}}{100}$ ) należy obliczać z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji W<sub>w</sub> (n) należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku.*

- iii. Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od siódmego miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 15% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.*
- iv. W sytuacji gdy rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym.*

## **BRAK KAR UMOWNYCH NAŁŻNYCH WYKONAWCY OD ZAMAWIAJĄCEGO**

Zmodyfikowanie projektu umowy poprzez wprowadzenie kar umownych, które Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić na rzecz Wykonawcy.

### **Proponowane brzemienne § 29**

Dodanie dodatkowego ustępu przewidującego zapłatę kar umownych przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy o następującym brzmieniu

*Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne:*

*1) za zwłokę w przekazaniu Wykonawcy Terenu Budowy w terminie określonym w § 10 ust. 2 w wysokości 0,1 % Wynagrodzenia umownego brutto określonego w §6 ust. 2 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,*

*2) w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w wysokości 20% Wynagrodzenia umownego brutto określonego w §6 ust. 2.*

### **III. Interes we wniesieniu odwołania i szkoda Odwołującego.**

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Postanowienia zawarte w dokumentacji niniejszego Postępowania, w szczególności w SWZ i projekcie umowy są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia nadużywające jego pozycji, przerzucające na wykonawców nadmierne ryzyka i odpowiedzialność. Dotyczy to waloryzacji oraz braku kar umownych, płatnych przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, skoro treść dokumentów Postępowania, w tym SWZ, Projektu umowy narusza zasady określone ustawą Pzp, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany tych postanowień. Odwołujący chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy oraz jej realizacji w sposób nie budzący sporów z Zamawiającym, w tym wynikających z interpretacji określonych w odwołaniu postanowień wzoru umowy.

### **IV. Termin:**

Publikacja ogłoszenia w Dzienniku Urzędowy Unii Europejskiej nastąpiła w dniu 19.11.2024 r. wobec czego składając odwołanie najpóźniej w dniu 29.11.2024 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu - dowody w załączeniu.

## **UZASADNIENIE**

### **UWAGI OGÓLNE**

1. Odwołujący podkreśla, że jego celem nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest, by Postępowanie

zostało przeprowadzone, a Zamówienie zostało udzielone, z poszanowaniem przepisów prawa, zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia. Tylko takie sformułowanie warunków umowy daje gwarancje należytego wykonania zamówienia i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego – zainteresowanego otrzymaniem przedmiotu umowy o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy – zainteresowanego należyтым wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

2. Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego
3. Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „*Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.*” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).
4. Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, że 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.
5. Mając na uwadze powyższe – Odwołujący poniżej przedstawia uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołania, dotyczących warunków udziału w postępowaniu oraz postanowień wzoru umowy o zamówienie publiczne, przedstawionych przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

#### **POZORNA I NIEJEDNOZNACZNIE OPISANA WALORYZACJA**

6. W ocenie Wykonawcy zaproponowana przez Zamawiającego w § 7 ust. 6-13 projektu umowy klauzula waloryzacyjna nie spełnia wymagań art. 439 ustawy Pzp i nie zapewnia realnej możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów i usług.

7. Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy PZP stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Ustawodawca przewidział, że trwający ponad 6 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron, czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej realizującej cele Ustawy jest korzystne dla Zamawiającego. Cytując Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r. KIO 440/22:

*„Należy także podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen – w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty – nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegania jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.”*



8. Należy podkreślić trafność stanowiska KIO, wskazującego korzyść dla zamawiającego w sytuacji, gdy do ceny ofertowej nie jest doliczane ryzyko wykonawców związane z możliwością wzrostu cen, a wynagrodzenie wykonawcy jest zmieniane tylko w przypadku faktycznej zmiany cen realizacji umowy, w oparciu o ogólnodostępne i obiektywne wskaźniki.
9. Odwołujący wskazuje również, że w sytuacji, gdy umowne zasady przeprowadzenia waloryzacji uwzględniają w ryzyku zamawiającego jedynie nieznaczną część przewidywanych wzrostów kosztów, wykonawcy mogą przyjmować w pozostałym zakresie znacząco różne założenia, a wskutek powyższego - złożone oferty mogą stać się nieporównywalne.
10. Odpowiednio sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:
  - 1) jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
  - 2) jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
  - 3) sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
  - 4) winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń;
  - 5) niweluje ryzyko zamawiającego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul rebus sic stantibus.
11. Zgodnie z zapisami § 7 ust. 6 zd. 2 Projektu umowy:

*Jako początkowy termin ustalenia zmiany Wynagrodzenia Strony ustalają dzień przypadający najwcześniej na 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy (I Dzień Waloryzacji), gdyby takiego dnia w miesiącu nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca.*
12. Mając na uwadze powyższe nieuzasadnionym i niewłaściwym pozostaje stosowanie ograniczeń dla uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej poprzez nieproporcjonalne i nadmierne wydłużenie początkowego momentu waloryzacji na 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.
13. Odwołujący wskazuje, że powszechnie stosowanym nawet dla kontraktów o dłuższym czasie realizacji jest uruchamianie klauzuli waloryzacyjnej po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy. W opinii Odwołującego wprowadzanie dodatkowych restrykcyjnych warunków, jak w przywołanym § 7 ust. 6 projektu umowy ma na celu wyłącznie zminimalizować ryzyko Zamawiającego wystąpienia konieczności waloryzacji (podwyższenia) należnego Wykonawcy. Działania te pozostają w sprzeczności z intencjami ustawodawcy, który min. uwzględniając realia realizacji inwestycji budowlanych z końcem 2022 roku wprowadził zmiany ustawy Pzp, zgodnie z którymi klauzule waloryzacyjne trzeba zawrzeć we wszystkich umowach o zamówienia publiczne, jeśli tylko okres ich trwania przekracza 6 miesięcy. Nadmierne wydłużenie początkowego momentu waloryzacji wypacza intencję art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, to jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z powodu zmiany cen materiałów i kosztów jak również ograniczenie spekulacji w zakresie estymacji zmiany cen na etapie składania oferty.

14. Zamawiający w § 7 ust. 6 projektu Umowy wprowadził regulację, która przewiduje, iż wniosek o dokonanie waloryzacji można złożyć najwcześniej w 12 miesiącu wykonywania umowy zgodnie z harmonogramem. Natomiast klauzula waloryzacyjna, jak wskazano wyżej, powinna prowadzić do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń stron Umowy. Klauzula waloryzacyjna powinna zakładać waloryzację w trakcie realizacji umowy oraz cykliczność waloryzacji – z tych względów jest mowa o początkowym terminie waloryzacji oraz okresach, kiedy może następować waloryzacja.
15. Z treści art. 439 ust. 1 PZP wynika, że klauzule waloryzacyjne muszą być wprowadzone do umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Z przepisu tego nie wynika, kiedy powinna nastąpić pierwsza waloryzacja, jednak ustalenie pierwszej waloryzacji i okresów kolejnych waloryzacji powinno nastąpić w taki sposób, aby zapewnić realność stosowania klauzuli waloryzacyjnej. W tym zakresie można odwołać się do poglądów doktryny, zgodnie z którymi:  
  
*„Odpowiednie określenie tego terminu zawsze powinno uwzględniać cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tzn. zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Pewną wskazówką, choć z pewnością nie do automatycznego stosowania, może być przyjęcie przez ustawodawcę potrzeby stosowania klauzul waloryzacyjnych w odniesieniu do umów zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Może to wskazywać na przyjęcie założenia trwałości, niezmienności stosunku umownego w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w okresie 6 miesięcy, szczególnie w przypadku realizowania długoterminowych umów.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok: 2022, komentarz do art. 439).*
16. Oznacza to, że Ustawodawca określił, iż okres 6 miesięcy jest właściwy dla określenia nowej wartości wynagrodzenia umownego, uwzględniającego zaistniałe zmiany. Zamawiający formułując zapisy § 7 ust. 6 oraz ust. 11 projektu Umowy, nie wypełnił jednak w pełni dyspozycji w/w art. 439 ustawy PZP. Zamawiający wprowadził regulację, która przewiduje, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie waloryzowane po raz pierwszy po 12 miesiącach a następne waloryzacje mogą być dokonywane w cyklach 6 miesięcznych.
17. Dodatkowo z przyjętego przez Zamawiającego w § 7 ust. 6 Projektu umowy okresu 12-miesięcznego dla pierwszej waloryzacji wynika niezgodność z okresem stosowanym względem podwykonawców, który to został określony w § 7 ust. 15 projektu Umowy na 6 miesięcy obowiązywania umowy podwykonawczej. Skoro Zamawiający wymaga zwaloryzowania umów podwykonawczych, dla których okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy, to analogicznie pierwszy okres waloryzacyjny umożliwiający Wykonawcy zmianę wynagrodzenia winien wynosić 6 miesięcy a następnie waloryzacja powinna się odbywać na bieżąco. Jest to istotne aby Wykonawca miał możliwość wypełnić wymaganie waloryzacji dla podwykonawców zgodnie z § 7 ust. 15 Projektu Umowy. Dlatego też Odwołujący wskazuje na konieczność odpowiedniej zmiany § 7 ust. 6-13 Projektu Umowy, wprowadzając okres 6 miesięcy do rozpoczęcia waloryzacji a następnie możliwość bieżącej comiesięcznej waloryzacji.
18. Niewłaściwym pozostaje warunek zapisany w § 7 ust. 11 Projektu umowy, gdzie wskazuje się, iż *„W przypadku wcześniejszej zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy wskutek waloryzacji (tj. na I Dzień Waloryzacji), warunkiem dokonania waloryzacji jest*

*Rzeczywisty Skumulowany Wskaźnik Zmiany Cen wyliczony za okres pomiędzy I Dniem Waloryzacji, a II Dniem Waloryzacji był równy lub większy niż Graniczny Wskaźnik Zmiany Cen, o którym mowa w ust. 6.,* Poprzez taki zapis Zamawiający przenosi w całości na Wykonawcę ryzyko dalszych wzrostów cen, gdzie po dokonaniu I waloryzacji, Zamawiający ustanawia, w rzeczy samej kolejny limit na poziomie 10% dla zmiany tzw. "Granicznego Wskaźnika Zmiany Cen". Limit pozostaje rażąco wygórowany w stosunku do realnego tempa wzrostu cen. W praktyce takie ukształtowanie zapisów, jak czyni to Zamawiający w zaproponowanej treści Umowy, przenosi na Wykonawcę ryzyko zmian cen pomiędzy zmianą Wskaźnika Zmiany Cen w przedziale od 5 % (kiedy będzie mógł Wykonawca wystąpić o I waloryzację) do 10% (kiedy będzie mógł wystąpić o II waloryzację).

19. Sięgając do aktualnego odczytu Wskaźnika Zmiany Cen, to jest do danych opublikowanych w dniu 25.11.2024 za miesiąc październik 2024 dostępnych na stronie: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-pazdzierniku-2024-roku,15,71.html> okazuje się, że Graniczny Wskaźnik Zmiany Cen na poziomie 5% jest wyższy niż roczna zmiana cen dla miesiąca października, która wyniosła w ostatnim roku 4,9%. Co oznacza, że przy obecnym tempie zmiany cen, po osiągnięciu Granicznego Wskaźnika Zmiany Cen i dokonaniu I waloryzacji, Wykonawca musiałby przez przynajmniej kolejny rok realizować roboty bez waloryzowania cen do aktualnych poziomów.
20. Zamawiający przewiduje wykluczający czy też niejednoznaczny się sposób waloryzacji w zakresie ustalenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Zaproponowany przez Zamawiającego sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia uniemożliwia dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy poprzez nałożenie na wykonawcę w § 7 ust. 9 i 10 Projektu Umowy obowiązku każdorazowego wykazania, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania Przedmiotu Umowy.
21. W tym zakresie istotne są dwie kwestie:
  - (i) Zamawiający nie określa jak ma nastąpić wykazanie zmiany kosztu i wykazanie wpływu na koszt wykonania Przedmiotu Umowy. Prowadzi to do obawy, że pomimo wystąpienia zjawisk inflacyjnych potwierdzonych wskaźnikiem GUS Zamawiający będzie oczekiwał przedstawiania wraz z wnioskiem o waloryzację dowodów określających wysokość zmiany cen lub kosztów w postaci faktur zakupowych materiałów podczas gdy ustawa PZP nie ustanawia tego typu wymogów po stronie wykonawcy, a uprawnienie do zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia zmiany cen materiałów lub innych kosztów realizacji zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego.
  - (ii) Zamawiając z jednej strony oczekuje wykazania zmiany kosztu i wpływu na koszt wykonania przedmiotu umowy jednak zmiana wynagrodzenia ma się odbywać w oderwaniu od przedstawionych dowodów. W § 7 ust. 10 Projektu Umowy wskazał, że wynagrodzenie zostanie zmienione o wysokość Rzeczywistego Skumulowanego Wskaźnika Zmiany Cen w okresie od dnia złożenia ofert do Dnia Waloryzacji. Oznacza to, że zmiana wynagrodzenia będzie ustalana wskaźnikowo a nie w oparciu o rzeczywiste koszty. Wykonawca zgadza się z tym, że zmiana wynagrodzenia powinna dokonywać się w oparciu o wskaźnik jednak

w tej sytuacji niezasadnym i nieproporcjonalnym jest dodatkowe dokumentowanie zmiany kosztów.

22. Zamawiający w § 7 ust. 9 i 10 Projektu Umowy wprowadził zasady waloryzacji zawierające warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy może nigdy nie nastąpić, bowiem to ostatecznie Zamawiający będzie miał zdanie decydujące o tym, czy dowody przedłożone przez Wykonawcę w zakresie wysokości zmiany cen lub kosztów są na tyle wystarczające, aby takiej waloryzacji dokonać. Tego typu wymóg (przedkładania przez wykonawcę dowodów) nie został określony w ustawie PZP.
23. Wprowadzony przez Zamawiającego wymóg każdorazowego przedkładania przez Wykonawcę bliżej niesprecyzowanych dowodów potwierdzających wysokość zmiany cen lub kosztów stanowi więc niczym nieograniczoną dobrowolność po stronie zamawiającego w ocenie czy pomimo spełnienia się precyzyjnie określonych wymagań Umownych, to jest zmiany wskaźników cen publikowanych przez niezależny i obiektywny Główny Urząd Statystyczny, waloryzacja powinna mieć miejsce czy nie.
24. Wątpliwości budzi również to czy wykonawca będzie miał możliwość wykazania zmiany kosztu i jego wpływ na koszt wykonania Przedmiotu Zamówienia. Bardzo często w trakcie realizacji zamówień publicznych polegających na wykonywaniu obiektów budowlanych Odwołujący zawiera umowy podwykonawcze nie na dostawę materiałów, a na kompleksowy przedmiot polegający na wykonaniu robót budowlanych, które już obejmuje dostawę i wbudowanie odpowiednich materiałów. W takiej sytuacji Wykonawca nie będzie miał możliwości wykazania wzrostu kosztów, gdyż obejmować one będą wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą materiałów. Wykonawca będzie kompleksowo kontraktował wykonanie danych części zamówienia (np. instalacji, elementów budynku) i w tym zakresie nie będzie w stanie wykazać jak zmieniały się koszty materiałów czy robocizny.
25. Sposób postępowania Zamawiającego, który uzależnia dokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy od jego swobodnego uznania, czy przedłożona przez wykonawcę wraz z wnioskiem dokumentacja wykazała zmianę kosztów, stanowi nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 ustawy Kodeks cywilny, które prowadzi także do naruszenia równowagi stron Umowy i wypaczenia przy tym sensu art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.
26. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej klauzula waloryzacyjna musi stanowić skuteczny mechanizm zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a która jest potwierdzana zmianą publikowanych przez GUS wskaźników. Oznacza to, że w sytuacji gdy ceny w gospodarce ulegają zmianie i jest to zjawisko powszechne potwierdzone zmianą wskaźników to zamawiający nie ma prawa żądania od wykonawcy dalszego wykazywania (dokumentowania) wpływu zmiany cen na koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Wymaganie te w istocie oznacza konieczność przedstawiania dowodów, potwierdzających zasadność złożenia wniosku o waloryzację, w tym dowodów potwierdzających, że koszty wykonawcy związane z jej realizacją wzrosły. Takie podwójne potwierdzanie zasadności waloryzacji raz zmianą wskaźników a następnie drugi raz rzeczywistymi zmianami cen wypacza sens waloryzacji wskaźnikowej.
27. Wykonawca oczekuje w tym zakresie wprowadzenia zapisów zgodnych ze standardami w tym zakresie. Za takie standardy uznać należy przykładowe i rekomendowane wzory

waloryzacyjne dla umów o roboty budowlane, które zostały opracowane i opublikowane przez Urząd Zamówień Publicznych. Rekomendowane wzory spełniają wymagania określone w art. 439 ustawy Pzp co uzasadnia ich zastosowanie również do niniejszej umowy.

28. Reasumując opisane okoliczności powoduje to, że klauzula waloryzacyjna pozostanie bądź zapisem martwym i nie doprowadzi do zmiany wynagrodzenia wykonawcy z powodu konieczności wykazywania/dokumentowania rzeczywistej zmiany cen bądź poprzez nadmierne wydłużenie okresów waloryzacji spowoduje, że wynagrodzenie wykonawcy nie będzie adekwatnie zmieniane w sposób odpowiadający zmianom cen na rynku.

### **BRAK KAR UMOWNYCH NALŻNYCH WYKONAWCY OD ZAMAWIAJĄCEGO**

29. Zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Pzp Umowa o zamówienie publiczne powinna między innymi zawierać postanowienie określające łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;

30. Na bazie powyższego przepisu zgodnie z poglądami doktryny przyjmuje się, że:

*„Omawiany przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, **których mogą dochodzić strony**. Tym samym zakłada również określenie w umowie kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków ciężących na zamawiającym.”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz., pod red. Marzena Jaworska Rok: 2023).

31. Brak ustalenia kar umownych, do których zapłaty będzie zobowiązany Zamawiający narusza równowagę stron umowy i stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania umowy. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający na swoją rzecz zastrzega ponad 20 różnych kar umownych w § 29 ust. 1 i 2 Projektu Umowy. Zagrożenie tylko jednej strony obowiązkiem zapłaty kar umownych wskazuje, że w tym aspekcie umowa pozostaje całkowicie jednostronna.

32. Dodatkowego podkreślenia wymaga, że Zamawiający w § 29 ust. 7 Projektu Umowy przewidział możliwość domagania się przez Strony odszkodowania uzupełniającego. W sytuacji, gdy żadne kary nie zostały zastrzeżone na rzecz wykonawcy to zapis ten nie ustanawia takiego uprawnienia dla Stron a w rzeczywistości wyłącznie dla Zamawiającego.

33. Podkreślić należy, że w innych postępowaniach Zamawiający ustalają kary, które w razie naruszenia obowiązków umownych będą zobowiązani zapłacić na rzecz Wykonawców. Minimalnym standardem w tym zakresie jest ustalenie kar umownych za nieterminowe przekazanie placu budowy oraz za odstąpienie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

\* \* \*

34. Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Krzysztof Misiewicz

*radca prawny*

---

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem wniesienia opłaty skarbowej,
2. Odpis pełny z KRS Odwołującego,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Potwierdzenie wysłania odwołania Zamawiającemu.