



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

Pruszków, dnia 7 marca 2025 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Zielonej Górze**
ul. Bolesława Chrobrego 7
65-043 Zielona Góra
NIP 929-000-05-49 REGON 970391038
e-mail: rzzielonagora.przetargi@ron.mil.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.**
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
KRS 0000054588, NIP 521-04-21-928
Tel. +48 (22) 71 44 369, Fax +48 (22) 71 44 908
E-mail: pl_office.strabag@strabag.com

reprezentowana przez:
radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
Tel. +48 609 043 322
E-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie Ustawy Prawo zamówień publicznych pod nazwą: Budowa obozowiska kontenerowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Trzebieniu w systemie zaprojektuj i wybuduj

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: Spr nr 1/PN/24244/2025

Numer ogłoszenia: Numer publikacji ogłoszenia: 123850-2025 Numer wydania Dz.U. S: 39/2025

Data publikacji: 25/02/2025

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”) 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, polegającej na ustaleniu treści projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. Zakres i Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. **naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści § 17 Wzoru umowy zapisów, które nie obligują Zamawiającego do odbioru w przypadku braku wad istotnych i tym samym dają pole do oczekiwania przez Zamawiającego odbioru bezusterkowego, brak ustalenia czasu trwania Odbioru Końcowego gdyż:**
 - 1) w § 17 ust. 5 wzoru umowy Zamawiająca zastrzega: „(...) *sobie prawo odrzucenia, w terminie 10 dni roboczych, zawiadomienia Wykonawcy o dokonanie odbioru robót i odbioru końcowego, jeżeli uzna, że roboty nie zostały wykonane i/lub zakończone niezgodnie z zawartą umową i nie dostarczono kompletu dokumentów (...)*” pod czas gdy każda wada nawet nieistotna może mieć postać niezakończenia jakiegoś elementu tzw. drobna zaległa praca jak też każda wada w tym nieistotna jest wykonaniem niezgodnym z umową. Nieistotne braki w dokumentach również nie powinny blokować możliwości przeprowadzenia odbioru.
 - 2) W § 17 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający wskazuje, w jakim terminie powoła komisję odbiorową i przystąpi do odbioru jednak nie wskazuje jak długo będą trwały czynności odbiorowe.
2. **naruszenie art. 433 pkt 4) ustawy PZP poprzez zastrzeżenie w §19 ust. 8 – 10 wzoru umowy** uprawnienia Zamawiającego do podjęcia decyzji o rezygnacji z wykonania części zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, które pozostanie w zakresie wykonawcy, co jest niedopuszczalne w świetle wyżej przywołanego przepisu ustawy PZP.
3. **naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1)-3) ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na zastrzeżenie w § 22 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) wzoru umowy kary umownej, za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych względem każdego z terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowy. Na etapie składania oferty nie wiadomo, które z terminów realizacji umowy będą zagrożone karą umowną a zastrzeżenia kar od wszystkich terminów z harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowi nadużycie swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego.

4. **art. 439 ust. 1, 2 i 4 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: sformułowanie warunków waloryzacji w § 25 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realnej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez ustalenie dla każdego składanego wniosku waloryzacyjnego progu wejścia waloryzacji na poziomie nienotowanym i niewystępującym w obecnych warunkach rynkowych. Zamawiający nie wskazał początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, przewiduje waloryzację z użyciem nieadekwatnego wskaźnika. Ponadto Zamawiający ustalił łączną maksymalną wartość wszystkich zmian wynagrodzenia na skutek na poziomie 5% wynagrodzenia netto, wskazanego w ofercie przy jednoczesnym poziomie aktywacji waloryzacji po przekroczeniu 10% wzrostu cen, co stanowi o ustaleniu poziomu zmiany cen w rozumieniu art. 439 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp w sposób oderwany od realiów rynkowych, a także czyni że umowa zawiera jedynie pozorne i iluzoryczne, a także nieproporcjonalne i nieadekwatne do zamówienia mechanizmy waloryzacyjne. [Przygotowany przez Zamawiającego wzór umowy zawiera niejasne i nieprecyzyjne zapisy uniemożliwiające lub znacznie utrudniające obliczenie przyszłej waloryzacji a tym samym ustalenie jak będzie kształtowało się wynagrodzenie Wykonawcy po „aktywacji” waloryzacji.](#)

II. Żądania

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

- zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień Wzoru 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 Wzorce umowy

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

ODBIÓR BEZUSTERKOW

1. Wprowadzenia zmian w § 17 ust. 5 wzoru umowy w ten sposób aby prawo odrzucenia gotowości do odbioru następowało tylko w przypadku niezakończenia robót jeżeli braki robót mają charakter wad istotnych oraz w przypadku niekompletności dokumentów wskazanych w § 17 ust. 4 wzoru umowy jeżeli niekompletność ma charakter istotny. Wprowadzenie zmian w § 17 ust. 7 wzoru umowy, które jednoznacznie wskazywałyby, że Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru w przypadku w przypadku brak wad istotnych i występowaniu jedynie wad nieistotnych. Wprowadzenie zmian w § 17 ust. 6 wzoru umowy określających czas trwania czynności odbioru końcowego – odwołujący proponuje aby odbiór trwał nie dłużej niż 10 dni roboczych od dnia rozpoczęcia.

Proponowane brzemienne § 17 ust. 5, 6 i 7 wzoru umowy

5. Zamawiający zastrzega sobie prawo odrzucenia, w terminie 10 dni roboczych, zawiadomienia Wykonawcy o dokonanie odbioru robót i odbioru końcowego, jeżeli *uzna stwierdzi*, że roboty *w sposób istotny* nie zostały wykonane i/lub zakończone *istotnie* niezgodnie z zawartą umową i nie dostarczono kompletu dokumentów zgodnie z zapisami § 17 ust. 4. *W przypadku stwierdzenia jedynie nieistotnych wad, drobnej zaległej pracy lub też nie istotnych braków dokumentów wskazanych w § 17 ust. 4 Zamawiający powoła komisję odbiorową i przystąpi do odbioru w terminie wskazanym w § 17 ust. 6*

6. Zamawiający powoła komisję odbiorową i przystąpi do odbioru robót w terminie do 15 dni roboczych od daty wpływu zawiadomienia, o którym mowa w § 17 ust. 1 umowy. *Komisja odbiorowa zakończy czynności odbioru w terminie 10 dni roboczych od przystąpienia do odbioru.*

7. W przypadku stwierdzenia w toku czynności odbiorowych, że roboty *nie* zostały ukończone *w sposób istotnie niezgodny* zgodnie z opisem wskazanym w przedmiocie umowy i uniemożliwiają właściwą eksploatację obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, Zamawiający zastrzega sobie prawo przerwania czynności odbiorowych. *Stwierdzenie jedynie wad nieistotnych nie daje podstawy do przerwania czynności odbiorowych.*

BRAK LIMITU OGRANICZENIA ZAKRESU ZAMÓWIENIA

2. Wprowadzenia zmian w § 19 ust. 8-10 wzoru umowy poprzez wskazanie minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, które pozostanie w zakresie wykonawcy. W ocenie Odwołującego maksymalna wartość robót, co do których Zamawiający będzie mógł podjąć decyzję o rezygnacji z ich wykonania nie powinna przekroczyć 5% wynagrodzenia netto. Tak określona wartość pozwoli na spełnienie wymagań określonych w art. 433 pkt 4) ustawy PZP.

Proponowane brzemienne § 19 ust. 8, 9 i 10 wzoru umowy

8. Zamawiający przewiduje możliwość rezygnacji z wykonywania części (elementów) przedmiotu umowy ujętych w dokumentacji projektowej w sytuacji, gdy *uzna*, że wykonanie tych części *nie* będzie możliwe z przyczyn niezależnych od stron umowy lub *nie* będzie uzasadnione z przyczyn o charakterze technicznym, projektowym lub o innym o podobnym charakterze (roboty zaniechane) *przy czym jednorazowo lub łącznie Zamawiający nie zrezygnuje z części przedmiotu umowy o wartości większej niż 5% wynagrodzenia umownego brutto*. Rezygnację z wykonywania tych części należy rozumieć jako odstąpienie Zamawiającego od części przedmiotu umowy. Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na odstąpienie od części umowy w takiej sytuacji.

9. W przypadku rezygnacji Zamawiającego z wykonywania części robót (roboty zaniechane), Zamawiający przedłoży Wykonawcy stosowne oświadczenie a Strony sporządzą protokół konieczności, który będzie podstawą do sporządzenia aneksu *przy czym jednorazowo lub łącznie Zamawiający nie zrezygnuje z części przedmiotu umowy o wartości większej niż 5% wynagrodzenia umownego brutto*

10. Wartość robót zaniechanych, które nie będą wykonywane wskutek odstąpienia Zamawiającego od części przedmiotu umowy, będzie ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego na etapie dokumentacyjnym *przy czym*

jednorazowo lub łącznie Zamawiający nie zrezygnuje z części przedmiotu umowy o wartości większej niż 5% wynagrodzenia umownego brutto.

11. W celu uniknięcia wątpliwości limit 5% wynagrodzenia umownego brutto dotyczy łącznie rezygnacji z wykonania części elementów(ust. 8) jak i robót zaniechanych (ust. 9 i 10).

BRAK SPRECYZOWANIA TERMINÓW ZAGROŻONYCH KARAMI UMOWNYMI

3. Wprowadzenie w § 22 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) wzoru umowy zapisów, które jednoznacznie, już na etapie składania ofert, pozwolą na ustalenie, które z terminów realizacji robót są zagrożone karami umownymi. W szczególności powinno zostać wyeliminowane powiązanie kar umownych ze wszystkimi terminami wskazanymi w harmonogramie rzeczowo-finansowym. W tym zakresie możliwe jest powiązanie kar z terminami wskazanymi w § 2 ust. 4 wzoru umowy lub jednoznaczne ustalenie innych zakresów przedmiotu umowy, których nieterminowa realizacja jest kluczowa dla Zamawiającego i tym samym uzasadnia ustalenie karu umownej za brak terminowej realizacji.

Proponowane brzemienne § 22 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b)

2. za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy lub jego części określonej ~~terminem wykonania w harmonogramie rzeczowo-finansowym w § 2 ust. 4:~~

a) ~~w zakresie terminów wskazanych w § 2 ust. 4 lit. a) i b) dotyczące opracowania dokumentacji projektowej lub jej części z uzyskaniem zawiadomienia od właściwego urzędu o braku sprzeciwu w sprawie realizacji robót lub pozwolenia na budowę w wysokości 1.000,00 zł brutto (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki,~~

b) ~~w zakresie terminów wskazanych w § 2 ust. 4 lit. c) - f) dotyczące robót budowlanych w wysokości 2.000,00 zł (słownie: dwa tysiące złotych) za każdy dzień zwłoki;~~

POZORNA WALORYZACJA

4. Odwołujący wnosi o wprowadzenia zmian w § 25 ust. 9-22 Wzoru umowy poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy, limit waloryzacji oraz sposób liczenia i czasookresy waloryzacyjne

Proponowane brzemienne § 25 ust. 9-22 Wzoru umowy

Dla przejrzystości zapisu Odwołujący przywołuje całość postanowień dotyczących waloryzacji.

9. ~~Zamawiający przewiduje, dla umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia - początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień **złożenia oferty** zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o minimum 10 %.~~
10. ~~W przypadku zmiany, o której mowa w § 25 ust. 9 wynagrodzenie Wykonawcy może ulec zmianie nie częściej niż **co 6 miesięcy** jeden raz w roku kalendarzowym, w oparciu o opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w~~

Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu - **Informacje sygnałne** pod poz. 15 <https://stat.gov.pl/>. <https://stat.gov.pl/sygnałne/informacje-sygnałne/>, ~~roczny~~ **miesięczny** wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano – montażowej **ogółem** w układzie **miesiąc poprzedni = 100**. Wskaźnik waloryzacji powstaje poprzez przemnożenie wskaźników miesięcznych dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych: w przypadku pierwszej waloryzacji - począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca w którym została dokonana waloryzacja; w przypadku każdej kolejnej waloryzacji - począwszy od miesiąca ostatniej waloryzacji wynagrodzenia, do miesiąca w którym została dokonana waloryzacja. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.

11. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć w ciągu 14 dni od dnia podpisania umowy szczegółowy wykaz materiałów i usług (pracy sprzętu) mających zasadniczy wpływ na wartość zamówienia, który po zatwierdzeniu **podpisaniu** przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do waloryzacji zgodnie z załączonym wzorem (załącznik nr 11).
12. Zamawiający uwzględni wniosek o waloryzację, który będzie się odnosił do materiałów ujętych w zatwierdzonym przez Zamawiającego wykazie, o którym mowa § 25 ust. 11 oraz którego wartość zmiany będzie nie mniejsza niż 10-% **5%** dla poszczegółnej pozycji ujętej w wykazie.
13. W przypadku zmian, o których mowa w § 25 ust. 1 pkt. 2 - 4 oraz ust. 9, wykonawca zobowiązany jest dołączyć do wniosku dokumenty, z których będzie wynikać, w jakim zakresie zmiany te mają wpływ na koszty wykonania Umowy, w szczególności:
 - 1) pisemne zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników, wraz z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi - w przypadku zmiany, o której mowa w § 25 ust. 1 pkt. 2;
 - 2) pisemne zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników, wraz z kwotami składek uiszczanych do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych/Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w części finansowanej przez wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi wraz z drukami ZUS RCA lub ZUS DRA oraz dowodami opłacenia należnych składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników – w przypadku zmiany, o której mowa w § 25 ust. 1 pkt. 3;
 - 3) pisemne zestawienie wynagrodzeń (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników, wraz z kwotami składek uiszczanych do pracowniczych planów kapitałowych w części finansowanej przez wykonawcę, z określeniem zakresu (części etatu), w jakim wykonują oni prace bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu umowy oraz części wynagrodzenia odpowiadającej temu zakresowi oraz dowodami opłacenia należnych składek na pracownicze plany kapitałowe (zarówno przed jak i po zmianie) pracowników - w przypadku zmiany, o której mowa w § 25 ust. 1 pkt. 4.
 - 4) pisemne zestawienie szczegółowej kalkulacji kosztów według stanu sprzed danej zmiany cen materiałów i kosztów oraz szczegółową kalkulację kosztów według stanu po zmianie oraz wskazanie kwoty, o jaką wynagrodzenie powinno ulec zmianie. Wielkość waloryzacji dla poszczegółnych pozycji będzie wyliczona wg zasady, że zmianie cen (waloryzacji) podlegać będą tylko i wyłącznie poszczególne składniki

- cenotwórcze - materiał, sprzęt (ujęte w wykazie materiałów i usług mających zasadniczy wpływ na wartość zamówienia § 25 ust. 11), przy zachowaniu pozostałych wartości przywołanych w kosztorysie ofertowym. Ostateczną wielkość waloryzacji ustala się poprzez sumowanie zwaloryzowanych pozycji - zgodnie z załącznikiem nr 7.
14. Jeżeli dokumenty, o których mowa § 25 ust. 13 nie zostaną złożone wraz z wnioskiem to Wykonawca jest obowiązany do przedłożenia żądanych dokumentów w terminie 14 dni od dnia pisemnego wezwania przez Zamawiającego pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpoznania.
 15. Zamawiający nie przewiduje możliwości waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie umowy w pierwszych 6 miesiącach od daty zawarcia umowy **z zastrzeżeniem ust. 18 poniżej** oraz później niż ~~6 miesięcy przed terminem wykonania robót budowlanych~~ **30 dni po podpisaniu protokołu odbioru końcowego.**
 16. W ramach waloryzacji wynagrodzenia Strony ustalają maksymalną granicę z tytułu wszystkich zmian do ~~5~~ **15** % wartości umownej netto określonej w § 3 ust. 1 umowy.
 17. Wykonawcy nie przysługuje uprawnienie do żądania waloryzacji wynagrodzenia z innych przyczyn niż wymienione w § 25 ust. 1 i 9.
 18. Zgodnie z art. 439 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia oferty. W takim przypadku pierwsza waloryzacja może odbyć się nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia otwarcia ofert.
 19. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zwaloryzowania wynagrodzenia umownego w przypadku zaistnienia przyczyn określonych w § 25 ust. 1 oraz ust. 9. Waloryzacja wynagrodzenia w przypadku obniżenia cen, nastąpi zgodnie ze wskaźnikiem wskazanym w § 25 ust. 10 **oraz przy zastosowaniu zasad opisanych w niniejszym paragrafie.**
 20. Na wniosek Zamawiającego w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionej w § 25 ust. 19, Wykonawca w terminie 14 dni zobowiązany jest do przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów, o której mowa w § 25 ust. 13 pkt. 4 oraz do wskazania kwoty, o jaką wynagrodzenie powinno ulec zmianie.
 21. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w § 25 ust. 16.
 22. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z § 25 ust. 9, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy.

Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Postanowienia wzoru umowy wskazane powyżej o zapisy przewidujące waloryzację wynagrodzenia są niezgodne z ustawą Pzp jak i zasadą swobody umów w rozumieniu kodeksu cywilnego. Zamawiający wykorzystuje swoją uprzywilejowaną pozycję w kształtowaniu zapisów umowy w sposób niezgodny z pzp oraz kc. Zamawiający narzuca mechanizm waloryzacji, który nigdy nie pozwoli wykonawcy osiągnąć ekwiwalentności świadczeń i nigdy nie pozwoli wystąpić o zwrot kosztów spowodowanych zmianą cen i materiałów. Mechanizm waloryzacyjny, mimo iż formalnie istnieje i wypełnia przesłanki przepisu art. 439

ustawy Pzp to faktycznie poprzez swoje założenia i sposób liczenia uniemożliwia realną i faktyczną rekompensatę wzrostu cen co czyni go mechanizmem pozornym.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany warunków zamówienia, gdyż chciałby mieć możliwość złożenia ważnej i prawidłowo skalkulowanej oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym.

I. Termin i wymogi formalne

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2025 r. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 7 marca 2025 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 kopie 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. 3531 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. 3531 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.

ODBIÓR BEZUSTERKOWY

6. Zamawiający w § 17 ust. 5-7 wzoru umowy nie wskazał wprost, że tylko wady istotne spowodują odmowę dokonania odbioru. Zamawiający nie wskazał również że w przypadku wystąpienia drobnych braków w dokumentacji wskazanej w § 17 ust. 4 wzoru umowy, nie będzie to stanowiło przeszkody w dokonaniu odbioru. Zamawiający nie określił również czasu trwania czynności odbioru końcowego.
7. Zgodnie z treścią przepisu art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora (w tym wypadku Zamawiającego), w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach, w związku z których wystąpieniem inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru czy też poprzez odmowę zapłaty faktury końcowej (wystawienia Świadczenia Płatności Końcowej) inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a

do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

8. Istotną kwestią pozostaje również ustalenie czasu trwania procedury odbiorowej, gdyż jest to istotny element dla oceny terminowości wykonania umowy przez Wykonawcę, na co wskazuje § 17 ust. 11 wzoru umowy, zgodnie z którym *„Za wywiązanie się Wykonawcy z realizacji przedmiotu umowy w terminie uznaje się podpisanie protokołu odbioru końcowego przez Wykonawcę i inspektorów nadzoru (...)”*. Przy takiej treści tego zapisu umowy istotnym jest ustalenie czasu trwania czynności odbiorowych.
9. 1W Procedurze Odbiorowej Zamawiający określił terminy, kiedy przystąpi do odbioru po otrzymaniu zgłoszenia gotowości do odbioru – kiedy Zamawiający powoła komisję odbiorową i przystąpi do odbioru. Niemniej jednak Zamawiający nie określił terminu, w jakim zakończy czynności odbiorowe. Pozostawienie tej kwestii niesprecyzowanej powoduje, że nie wiadomo jak długo będą trwały czynności odbiorowe. Zamawiający powinien dokonać takich czynności sprawnie i bez zbędnej zwłoki. Zamawiający powinien zapewnić odpowiednią ilość własnego personelu w celu przeprowadzenia odbioru. Wykonawca z drugiej strony również powinien zapewnić odpowiednią ilość personelu na czas trwania czynności odbiorowych. Z tego też względu w celu zapewnienia odpowiedniej współpracy stron w Procedurze Odbiorowej powinien zostać określony czas trwania czynności odbiorowych.
10. Powyższe oznacza, że treść wzoru umowy zaproponowana przez Zamawiającego jest niejednoznaczna i narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego nawet jeżeli wady czy też niezgodności mają charakter nieistotny (występują nieistotne braki dokumentacji, występują drobne zaległe prace, lub też występują istotne braki w dokumentacji). Odwołujący zaproponował kierunek zmian w części II Odwołania.

BRAK LIMITU OGRANICZENIA ZAKRESU ZAMÓWIENIA

11. W § 19 ust. 8 - 10 wzoru umowy zastrzegł na swoją rzecz uprawnienie do podjęcia decyzji o rezygnacji z wykonania części (elementów) przedmiotu, które określa jako „roboty zaniechane”. Odwołujący nie kwestionuje tego uprawnienia jednak Zamawiający nie wskazał przy tym minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, które pozostanie w zakresie wykonawcy.
12. Zgodnie z art. 433 pkt 4) ustawy PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W związku z tym § 19 ust. 8-10 wzoru umowy uznać należy za postanowienie niedopuszczalne, ponieważ Zamawiający nie wskazał minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.
13. Mając powyższe na uwadze podniesiony zarzut jawi się jako uzasadniony, a wskazane postanowienie umowy powinno ulec zmianie tak aby dostosować je do wymagań określonych w art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

BRAK SPRECYZOWANIA TERMINÓW ZAGROŻONYCH KARAMI UMOWNYMI

Odwołujący nie neguje prawa Zamawiającego do kształtowania zapisów umowy w tym do ustalenia obowiązków wykonawcy, których nieprawidłowa czy też nieterminowa realizacja zostanie zagrożona sankcją w postaci kar umownych. Intencją kar umownych jest zapewnienie aby umowa została wykonana w sposób prawidłowy jak również aby w przypadku nieprawidłowego wykonania ewentualna szkoda została w łatwy sposób zrekompensowana poprzez zapłatę kary umownej.

Uwzględniając dyscyplinująco-kompensacyjny charakter kar umownych zastrzeżenie kary umownej powinno dotyczyć istotnych obowiązków umownych a nie wszystkich obowiązków umownych lub obowiązków o mniejszym znaczeniu. Strony zawierając umowę powinny być w stanie ustalić czy też zidentyfikować, które z obowiązków umownych są zagrożone karami umownymi i w jakiej wysokości.

We wzorze umowy Zamawiający przewidział kary umowne za uchybienie terminom umownym. Terminowa realizacja umowy jest jednym z podstawowych obowiązków wykonawcy i odwołujący nie kwestionuje zasadności zastrzeżenia kary umownej w tym zakresie. W ocenie Odwołującego nieprawidłowym jest jednak zastrzeganie kary z tytułu naruszenia wszystkich/szczegółowych terminów umownych, a które są podane w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Zastrzeżenie kar umownych powinno być ograniczone do terminu końcowego oraz kluczowych terminów/etapów realizacji zamówienia. Zastrzeżenie kar umownych za każdy termin wskazany w harmonogramie rzeczowo-finansowym może prowadzić do nieuzasadnionej sankcji względem wykonawcy i bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego, gdyż może dojść do sytuacji, że nie niektóre terminy z harmonogramu nie zostaną dotrzymane a pomimo tego kluczowe etapy jako całość zamówienia zostaną zrealizowane w terminie. Sytuacja taka prowadzi do naruszenia zasady proporcjonalności oraz wykracza poza swobodę umów.

Dodatkowo wskazać należy, że na etapie składania ofert wykonawcy nie są w stanie ustalić, które i jakie terminy zostaną zagrożone karami umownymi, gdyż w chwili składania ofert harmonogram rzeczowo-finansowy nie istnieje. Jako załącznik do wzoru umowy do SWZ został udostępniony zał. Nr 4 „harmonogram roboty budowlane” ale jest to tylko wzór jak należy stworzyć harmonogram bez określenia zakresów robót i terminów. Oznacza to, że składając ofertę wykonawca nie jest w stanie zidentyfikować, które terminy dla zamawiającego są istotne i tym samym, które zakresy zostaną zagrożone karami umownymi.

W konsekwencji zasadnym jest powiązanie kar umownych z terminami określonymi w § 2 ust. 4 wzoru umowy. Skoro Zamawiający jest w stanie sprecyzować, które zakresy zamówienia są na tyle istotne aby wprost w umowie wskazać terminy ich realizacji to jest to przesłanka uzasadniająca twierdzenie, że są to właśnie te zakresy o istotnym znaczeniu i które tym samym mogą zagrożone karami umownymi.

Pozorność mechanizmów waloryzacji, nieprzystającej do warunków rynkowych z uwagi uwarunkowanie waloryzacji wysokim poziomem zmiany wskaźnika.

Uwagi ogólne

Zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy PZP, a zaproponowana waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.

Ponadto niektóre z postanowień opisujących zasady waloryzacji zostały opisane nieprecyzyjnie i w niejasny sposób, co utrudnia, bądź uniemożliwia właściwą kalkulację oferty.

Zamawiający w §25 ust. 9 do 22 Wzoru Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy Pzp, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia nie spełni celu wskazanego w Ustawie. Na dzień złożenia ofert nie będzie bowiem wiadomo, jaki wysokie ryzyko wzrostu cen powinni przyjąć Oferenci, Zamawiający z kolei otrzyma oferty, w których Oferenci mogą przyjąć różny stopień ryzyka związanego ze wzrostem cen, a skutkiem powyższego może być nieporównywalność ofert.

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. 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. Oczywiście 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 postrzegana 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.”

Należy podkreślić trafność stanowiska KIO, wskazującego korzyść dla zamawiającego w sytuacji, gdy do ceny ofertowej nie jest doliczane, w stopniu Zamawiającemu nieznanym, 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. Takie procedowanie jest najkorzystniejsze z punktu widzenia racjonalności wydatkowania środków publicznych.

Odpowiednio sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

- jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
- jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
- sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
- winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń;
- niweluje ryzyko zamawiającego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul rebus sic stantibus.

Ustawodawca w ustawie Pzp określił istotne postanowienie, które powinny zostać określone w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

- w art. 439 ust. 1 – obowiązek ustanowienia takich zasad dla umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy;
- w art. 439 ust. 2 pkt 1; ust. 4 – poziom zmiany cen materiałów i kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia, przy czym Ustawodawca określił, że poziom ten (zarówno wzrost jak i obniżkę) ustalany jest względem ceny lub kosztu zawartych w ofercie;
- w art. 439 ust. 2 pkt 1; ust. 3 – początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, przy czym Ustawodawca określił, że 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);
- w art. 439 ust. 2 pkt 2 – sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- w art. 439 ust. 2 pkt 3 – sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia;
- w art. 439 ust. 2 pkt 3 – określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia;

- w art. 439 ust. 2 pkt 4 – maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia,
- w art. 439 ust. 5 – zobowiązanie wykonawcy do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia przysługującego wykonawcom.

Zamawiający w proponowanym w Wzorze umowy zamieścił następujące zasady zmiany wynagrodzenia Wykonawcy:

- w § 25 ust. 9 – jako początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia dzień zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o minimum 10%;
- w §25 ust. 9; ust. 12 – minimalny poziom uprawniający wykonawcę do złożenia wniosku o waloryzację - zmiany cen materiałów i kosztów/wzrostu wynagrodzenia o minimum 10%, wartość zmiany poszczególnych pozycji wykazu nie mniejsza niż 10%;
- w § 25 ust. 10 – zmiany wynagrodzenia nie częściej niż jeden raz w roku kalendarzowym;
- w § 25 ust. 10 – zmiany wynagrodzenia oparciu o opublikowany przez Prezesa GUS, roczny wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano - montażowej publikowanej na stronie Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/> ;
- w § 25 ust. 11 – podstawę do ustalenia zmiany wynagrodzenia stanowić będzie szczegółowy wykaz materiałów i usług (pracy sprzętu), sporządzony zgodnie ze wzorem, który stanowi Załącznik nr 11, który po zatwierdzeniu przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do waloryzacji;
- w §25 ust. 13 pkt 4) – ustalenie, że wielkość waloryzacji ustala się poprzez sumowanie zwaloryzowanych poszczególnych pozycji wykazu;
- w §25 ust. 15 – brak możliwości waloryzacji wynagrodzenia za wykonanie umowy w pierwszych 6 miesiącach od daty zawarcia umowy oraz później niż 6 miesięcy przed terminem wykonania robót budowlanych;
- w §25 ust. 16 – maksymalną granicę z tytułu wszystkich zmian w ramach waloryzacji (obejmujących zmiany w przypadkach zmiany: stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia) do 5% wartości umownej netto umowy;
- w §25 ust. 18 –w przypadku, gdy umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia oferty. W takim przypadku pierwsza waloryzacja może odbyć się nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia otwarcia ofert;
- w §25 ust. 19, ust. 20 – uprawnienie Zamawiającego do zwaloryzowania wynagrodzenia w przypadku obniżenia cen zgodnie ze wskaźnikiem wskazanym w §25 ust. 10, a także żądania od wykonawcy do przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów oraz do wskazania kwoty, o jaką wynagrodzenie powinno ulec zmianie w takim przypadku.

Istotą art. 439 Pzp jest zapewnienie ekwiwalentności wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Co istotne, jest to przepis bezwzględnie obowiązujący. Oznacza to, że nie tylko nie może być on zmieniany postanowieniami umownymi, ale też postanowienia umowne nie mogą być formułowane w sposób prowadzący do ominięcia skutków tego przepisu.

W zależności od przedmiotu zamówienia, branży czy rynku wpływ na koszty realizacji zamówienia stanowią różne czynniki cenotwórcze lub koszty, dlatego sporządzenie klauzul ustawowych o ogólnym, uniwersalnym charakterze nie było i nie jest możliwe. To na zamawiającym jako autorze postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, spoczywa obowiązek dokonania analizy swoich potrzeb i wymagań, przedmiotu zamówienia, terminu i warunków jego realizacji, a w konsekwencji wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej w kształcie odpowiadającym charakterowi i specyfice danego przedsięwzięcia.

W omawianym postępowaniu, zdaniem Odwołującego, klauzule waloryzacyjne zostały stworzone w sposób niezgodny z intencją ustawy Pzp, mającą na celu przywrócenie ekwiwalentności świadczenia, a w sposób, który maksymalnie ma przerzucić ryzyko wzrostu cen i innych kosztów realizacji na wykonawcę zamówienia.

Postanowienia przerzucające ryzyko wzrostu cen i innych kosztów realizacji na wykonawcę zamówienia

Określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy

Zgodnie z rozdziałem V SWZ termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy ustala się od minimalnie 27 miesięcy do maksymalnie 33 miesięcy od daty podpisania umowy (termin zawarty w opisanym przedziale deklaruje wykonawca w ofercie). Zamawiający ogranicza terminowo możliwość złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia przez wykonawcę – pierwszy wniosek może być złożony nie wcześniej niż po pierwszych 6 miesiącach od zawarcia umowy (złożenia oferty, gdy zawarcie umowy nastąpiło później niż 180 dni od złożenia oferty) i nie później niż 6 miesięcy przed terminem wykonania robót budowlanych). Należy tutaj zwrócić uwagę, że termin wykonania robót budowlanych nie jest terminem tożsamym z terminem realizacji. Zgodnie z z§2 ust. 4 Wzoru umowy, po terminie zakończenia wszystkich robót budowlanych – opisanych w pkt d), następuje jeszcze postępowanie formalne w związku z uzyskaniem decyzji umożliwiającej użytkowanie obiektu (pkt e)) oraz przekazanie obiektu administratorowi (pkt f)). Odwołujący szacuje, że czynności opisane w pkt e) i f) mogą trwać ok. 3 miesiące.

Biorąc pod uwagę powyższe, w przypadku minimalnego okresu realizacji zamówienia – 27 miesięcy, po odjęciu 3 miesięcy na czynności odbiorowe, 6 miesięcy od podpisania umowy i 6 miesięcy do zakończenia wszystkich robót budowlanych otrzymujemy okres 12 miesięcy ($27 - 3 - 6 = 12$ miesięcy), w którym wykonawca może złożyć wniosek o waloryzację, co oznacza, że biorąc pod uwagę § 25 ust. 10 Wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jeden raz w roku kalendarzowym, oznacza jedynie jednokrotną, lub co najwyżej dwukrotną możliwość złożenia wniosku o waloryzację. Analogicznie – dla 33 miesięcy realizacji umowy okres na złożenie wniosku wynosi 18 miesięcy, co jedynie w przypadku zawarcia umowy w miesiącach od lutego do lipca umożliwi co najwyżej trzykrotną możliwość złożenia wniosku, w pozostałych przypadkach będzie to możliwość co najwyżej dwukrotnej możliwości złożenia wniosku.

Powyższe, czyli możliwość jedno- do trzykrotnej możliwości złożenia wniosku o waloryzację, w obliczu kontraktu trwającego od 27 do 33 miesięcy, należy zestawić z treścią Art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, w której Ustawodawca przewidział, że już 6-miesięczny okres trwania umowy obliguje zamawiających do zawarcia w umowie klauzul waloryzacyjnych, co należy interpretować jako

uznanie, że warunki wykonywania umowy, na skutek zmian cen materiałów i innych kosztów realizacji mogą zmienić się tak dalece, że mogą zachwiać równowagą ekonomiczną umowy.

Podkreślić należy, że znajdujemy się obecnie w warunkach dużej niepewności co do kierunków i wielkości zmian cen materiałów i innych kosztów realizacji. Jak wskazano w ostatnio opublikowanym Raporcie o inflacji z listopada 2024r. (<https://nbp.pl/polityka-pieniezna/dokumenty-rpp/raporty-o-inflacji/>), który jest dokumentem przedstawiającym ocenę Rady Polityki Pieniężnej dotyczącą przebiegu procesów makroekonomicznych wpływających na inflację, wskazano, że zarysowany w opracowaniu scenariusz makroekonomiczny obarczony jest niepewnością, szczegółowo omawiając czynniki mające wpływ na tę niepewność. Jako te czynniki wskazywane są: podwyższone ryzyko geopolityczne związane z rosyjską agresją na Ukrainę, konflikt na Bliskim Wschodzie oraz napięcia w stosunkach handlowych, zmiany legislacyjne w RP, utrzymanie bądź uwolnienie cen nośników energii dla gospodarstw domowych. Jako, że Raport publikowany był w listopadzie ubiegłego roku, nie odnosił się jeszcze do zjawisk, które obecnie obserwujemy, jak duże wahania wartości waluty, możliwa wojna cłowa, które to czynniki, łącznie z czynnikami wymienionymi w Raporcie mogą spowodować równie nieprzewidywalne i duże wzrosty, jakie notowane były po wybuchu pandemii oraz po wybuchu wojny w Ukrainie.

Zastosowany przez Zamawiającego mechanizm, polegający na znacznym ograniczeniu terminowym możliwości złożenia o zmianę wynagrodzenia przez wykonawcę, nie ma żadnego uzasadnienia i abstrahuje od okresu 6-miesięcznego, który zgodnie z ustawą Pzp obliguje Zamawiającego do zawarcia w umowie klauzul umożliwiających zmianę wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen i kosztów realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskuje o zmianę treści art. 10, art. 15 w § 25 Wzoru Umowy.

Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia

Zgodnie z art. 439 ust. 2 Pzp umowa ma określać poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia. Dalej, zgodnie z art. 439 ust. 3 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.

Powyższe zapisy ustawy odwołują się do konieczności ustalenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, czyli okresu porównawczego. Zwykle stosowane w umowach są: dzień złożenia oferty, lub dzień zawarcia umowy, przy czym ustawodawca zastrzegł w ustawie, że jeżeli od dnia złożenia oferty (gdy wykonawca w postępowaniu o zamówienie publiczne nie ma już możliwości zmiany ceny oferty) do dnia podpisania umowy upłynęło 180 dni, to dniem tym będzie dzień złożenia oferty, dodatkowo wskazując okresy ustalenia terminu początkowego.

Ustalenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia jest kluczowe dla ustalenia zmiany cen materiałów lub kosztów wykonania zamówienia, a to z kolei jest warunkiem dokonania waloryzacji.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił w ust. 9 terminem początkowym - dzień zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o minimum 10 %, następnie w ust. 18 Zamawiający określił, że początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia oferty (w przypadku,

gdy zawarcie umowy następuje po upływie 180 dni od złożenia oferty), z kolei w §25 ust. 10 ustala, że waloryzacja odbędzie się na podstawie rocznego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (czyli porównując ceny do cen sprzed roku jako termin początkowy ustala odpowiedni miesiąc roku poprzedniego). Stosowanie wskaźnika pokazującego zmiany cen w stosunku do analogicznego miesiąca poprzedniego roku przestaje służyć swojemu celowi tj. określeniu zmiany cen i kosztów związanych z realizacją zamówienia, ponieważ nie odnotowuje zmiany tych cen i kosztów w stosunku do terminu początkowego (np. złożenia oferty), a jedynie „cofa się” o rok wcześniej. Tym samym nie jest badany, zgodnie z założeniem Ustawy Pzp, wpływ zmian cen materiałów lub kosztów na koszty realizacji zamówienia, a jedynie zmiana cen w okresie ostatniego roku przed złożeniem wniosku o waloryzację. Podobnie, zmiana wynagrodzenia nie będzie się odbywała w stosunku do okresu, w którym wykonawca zaoferował swoją cenę, a jedynie będzie rekompensowała wzrost cen w ciągu ostatniego roku.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny i zgodny z Pzp początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, wobec czego niemożliwe w trakcie realizacji będzie ustalenie wpływu na wynagrodzenie występujących na rynku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Co więcej, Zamawiający ustalił, że zmiany wynagrodzenia będą dokonywane każdorazowo w okresie rocznym, a taki sposób ustanowienia zasad skutkuje brakiem dokonania waloryzacji zgodnej z założeniami Ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o zmianę treści ust. 9, ust. 10, ust. 18, w § 25 Wzoru Umowy.

Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia

Określając zasady i sposób zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, Zamawiający w § 25 ust. 9 ustanowił, że waloryzacja będzie możliwa „*w przypadku zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, zamieszczonych w wykazie o minimum 10%*”. Należy zwrócić uwagę na wewnętrzną sprzeczność tego zapisu, która najpierw odnosi się do wzrostu wynagrodzenia, a następnie do wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, stąd nie wiadomo, który element będzie końcowo badany w związku z koniecznością osiągnięcia opisanego minimum.

Z kolei w ust. 12 § 25 Zamawiający określił, że uwzględni „wniosek o waloryzację, który będzie się odnosił do materiałów ujętych w zatwierdzonym przez Zamawiającego wykazie, o którym mowa § 25 ust. 11 oraz którego wartość zmiany będzie nie mniejsza niż 10 % dla poszczególnej pozycji ujętej w wykazie”. Z zapisu tego wynikałoby, że badaniem Zamawiający planował objąć poszczególne pozycje ujęte w wykazie.

Wobec powyższego, w celu usunięcia wątpliwości, Odwołujący wnioskuję o usunięcie sprzecznego zapisu z ust. 9 w §25 i pozostawienie zapisu w brzmieniu zaproponowanym w ust. 12 z poniższym zastrzeżeniem.

W ust. 12 § 25 Zamawiający wskazał, że warunkiem dokonania waloryzacji jest zmiana poszczególnej pozycji ujętej w wykazie o min. 10%. Odwołujący zwraca uwagę na wysoki poziom tego wskaźnika, który został określony przez Zamawiającego w sposób, który ma ograniczać, lub w ogóle uniemożliwiać uzyskanie waloryzacji. Zwrócić bowiem uwagę należy na fakt, że określenie wskaźnika na tym poziomie nie tylko oznacza, że wzrost cen kluczowych materiałów do wysokości 10% wykonawca będzie musiał uwzględnić w swoim ryzyku (a więc

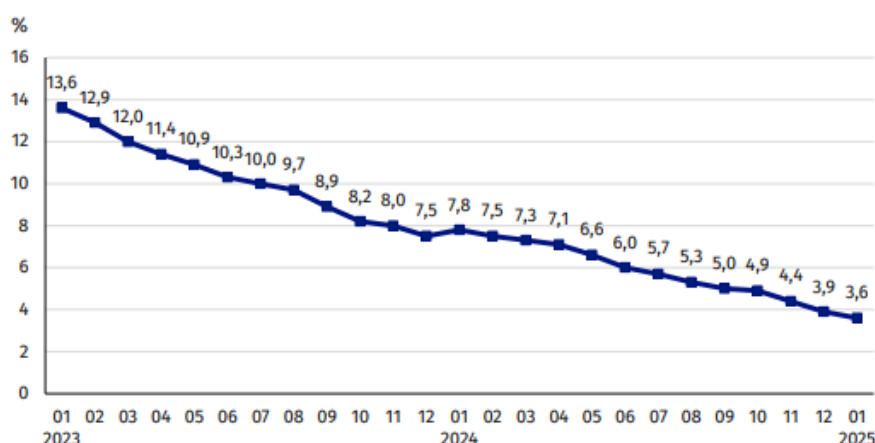
najprawdopodobniej doliczy je do oferty), ale również osiągnięcie wskazanego limitu determinuje uzyskanie waloryzacji w stosunku do innych składników cenotwórczych zamówienia: pracy sprzętu i usług.

Odwołujący wskazuje, że przerzucanie na wykonawców ryzyka zmiany cen i kosztów realizacji umowy spowoduje doliczenie odpowiednich rezerw do oferty wykonawców. Wobec powyższego już na wstępie Zamawiający otrzyma podwyższoną ofertę (uwzględniającą ryzyko wzrostu cen do limitu określonego przez Zamawiającego), niezależnie od tego, czy takie wzrosty cen i kosztów będą w przyszłości miały miejsce. W związku z powyższym, często spotykaną praktyką jest całkowita rezygnacja ze stosowania postanowień określających poziom zmiany cen uprawniający wykonawcę do wnioskowania o waloryzację. Poziomy takie nie zostały uwzględnione jako elementy proponowanych klauzul waloryzacyjnych w ramach przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych publikacji z listopada 2022 r. pt.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa”, nie są też standardowo uwzględniane jako elementy klauzuli w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz PKP PLK.

Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z dnia 04.04.2024 r., sygn. akt KIO 850/24 uznała za niewspółmierny aktywator waloryzacji ustalony przez Zamawiającego na poziomie 7% przy odnoszeniu się do wskaźników produkcji budowlano -montażowej. Jak wskazała Izba w ww. wyroku: „*Ustanowienie tego progu na poziomie minimum 7%, biorąc pod uwagę dane statystyczne publikowane przez Główny Urząd Statystyczny daje jednak podstawę do wniosku, że warunek dający podstawę do „uruchomienia” klauzuli waloryzacyjnej nie zaistnieje. Dane powołane przez Odwołującego jasno wskazują, że tempo wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia maleje, zatem dość prawdopodobnym jest, że w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wzrost ten nie przekroczy poziomu 7%.*”.

Biorąc pod uwagę ostatnio publikowane przez GUS wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej, w poniższej tabeli ukazujące zmiany cen w przeciągu roku, warunek przekroczenia cen materiałów o 10% z dużym prawdopodobieństwem nie zostanie spełniony.

Wykres 2. Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2023 - 2025 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego



W styczniu 2025 r. ceny produkcji budowlano-montażowej były wyższe w skali roku o 3,6%

Źródło: GUS - Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2025 r.
<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-styczniu-2025-roku,15,74.html>

Załącznik - Pełna treść komunikatu GUS

Czyni to mechanizm waloryzacji pozornym, czyli sprzeciwiający się ustawie, która przewiduje zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że właściwym poziomem uruchamiającym możliwość zmiany wynagrodzenia byłby poziom 5%.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o zmianę treści ust. 9, ust. 12 w § 25 Wzoru Umowy.

Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający

Istotą przywoływanej przez Odwołującego regulacji art. 439 Pzp, było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców.

W odniesieniu do powyższego, jak zauważyła Izba w orzeczeniach z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 440/22 oraz w wyroku z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21, z dnia 28 listopada 2023r. sygn. akt KIO 3389/23, celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Chodzi o takie ustalenie zasad zwiększenia wynagrodzenia, aby na skutek tego, że realizacja umowy jest rozciągnięta w czasie, w możliwie jak największym stopniu zrekompensować wykonawcy zmniejszającą się wartość pieniądza, wskutek dokonywania odroczonego w czasie płatności.

Zamawiający przewidział w § 25 ust. 16 Wzoru Umowy, że łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający na skutek waloryzacji wynagrodzenia (w tym obejmujących zmiany w przypadkach zmiany: stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia) to kwota stanowiąca 5% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie wykonawcy. Zastrzeżenie maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w wysokości 5% wysokości wynagrodzenia netto na skutek wszystkich powyżej wymienionych zmian wpływających na koszty realizacji zamówienia, jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy.

Powszechnie wiadome jest, że w ostatnim okresie mamy do czynienia ze wzrostem cen materiałów, usług, jak też wynagrodzeń, co wynika z danych publikowanych na stronach Głównego Urzędu Statystycznego. Wobec powyższego szczególnie istotne jest, w jaki sposób zamawiający przewidują w umowach sposoby zwiększania wynagrodzenia i, czy dają one

gwarancję zrekompensowania wykonawcy wzrostu kosztów, jakie musi ponosić w związku z realizacją kontraktu.

Zauważyć należy, że w sytuacji, której dotyczą zapisy Art. 439 Pzp, tj. sytuacji nieprzewidywalnych zmian cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia, brak jest obiektywnej możliwości przedstawienia pewnego dowodu, z którego można by wywieść, jak wysokie będą zmiany cen w okresie realizacji całego kontraktu i tym samym, na jakim poziomie winien być ustalony limit waloryzacji wynagrodzenia. Trudność wynika przede wszystkim z faktu, iż waloryzacja ma niwelować ryzyka stron na wypadek zaistnienia w przyszłości zmian siły nabywczej pieniądza, a zatem okoliczności przyszłych i niepewnych. Mogą one jedynie być prognozowane w oparciu o dotychczasowe doświadczenia i analizy. Sytuacja taka nie może jednak prowadzić do wyłączenia możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej na skutek braku dostępności dowodów w tradycyjnym rozumieniu, a zatem pewnych i kategorycznych.

W tym stanie rzeczy, możliwe jest oparcie się jedynie na danych historycznych, z drugiej strony – na prognozach dotyczących sytuacji przyszłej oraz ich ocenie w świetle aktualnej sytuacji.

Z przedstawionych w załączniku do niniejszego odwołania – „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2025 r.” – danych GUS można prześledzić, jak zmieniały się ceny produkcji budowlano-montażowej w okresie ostatnich dwóch lat. Wykres nr 2 publikacji wskazuje, że roczne zmiany cen produkcji budowlano-montażowej swoje apogeum miały na początku badanego okresu, tj. w styczniu 2023r., gdzie zmiana cen w stosunku do stycznia 2022r. osiągnęła 13,6%. Wskaźnik ten stopniowo malał, osiągając w grudniu 2024r. w stosunku do grudnia 2023r. wartość 3,9%. Obecnie wykres ten przedstawia tendencję malejącą, należy jednakże podkreślić, że tendencja ta oznacza malejącą wartość wzrostu cen, przy dalej utrzymującym się ich wzroście. Kumulatywna zmiana cen, w okresie od stycznia 2023r. do stycznia 2025r., czyli w okresie krótszym, niż planowana realizacja przedmiotowego zamówienia, wyniosła 11,4%.

Jak wskazano w ostatnio opublikowanym Raporcie o inflacji z listopada 2024r. (<https://nbp.pl/polityka-pieniezna/dokumenty-rpp/raporty-o-inflacji/>), który jest dokumentem przedstawiającym ocenę Rady Polityki Pieniężnej dotyczącą przebiegu procesów makroekonomicznych wpływających na inflację, według danych umieszczonych w Dziale „Projekcja inflacji i PKB”, inflacja CPI przedstawiać się będzie następująco:

	2024	2025	2026
Inflacja CPI r/r (%)	3,7	5,6	2,7

Biorąc pod uwagę powyższe projekcje NBP, należy zauważyć, że według powyższych danych przewidywana inflacja w okresie 2-letnim - 2025 i 2026 roku wyniesie 8,45%, czyli więcej niż określona przez Zamawiającego maksymalna wartość waloryzacji dla całego okresu realizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że określony przez Zamawiającego sposób zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany poziomu cen materiałów lub kosztów powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie służy celowi zapewnienia Stronom umowy ekwiwalentności świadczenia w sytuacji zmian cen materiałów i kosztów do realizacji zamówienia, a w konsekwencji nie zapewnia zmiany wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Wskazując na obowiązujące w budownictwie infrastrukturalnym tendencje rynkowe, Odwołujący podkreśla, że największy Zamawiający publiczny w kraju – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, realizująca dużą ilość zamówień publicznych w oparciu o przygotowane, z uwzględnieniem konsultacji branżowych, wzory umów, w grudniu 2023r. podwyższyła maksymalny limit waloryzacji wynagrodzenia do 15% wynagrodzenia (ZKK – Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej). Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedkłada odpowiedź Ministra Infrastruktury na Interpelację nr 769 przedłożoną Marszałkowi Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej. W przedłożonej odpowiedzi wynika, że aktualne zasady waloryzacji, obowiązujące we wzorach umów od grudnia 2023r. zmieniają limit waloryzacji na +/- 15% wartości wynagrodzenia netto (ZKK), przy jednoczesnym oparciu waloryzacji o koszyk waloryzacyjny oraz obowiązek waloryzacji wynagrodzenia podwykonawcom. W najbliższym czasie GDDKiA planuje przedłożenie wykonawcom posiadającym umowy określające waloryzację na innych warunkach, przedłożenie aneksów na tożsamyh warunkach.

Załącznik – Odpowiedź Ministra Infrastruktury na interpelację poselską

Biorąc pod uwagę powyższe, jak i okres realizacji, Zamawiający powinien uwzględnić możliwość nieoczekiwanego wzrostu cen i przewidzieć możliwość zwiększenia wynagrodzenia umownego w wysokości co najmniej do 15% wysokości wynagrodzenia netto, o co wnioskuje Odwołujący.

W jednym z ostatnich odwołań składanych przez Odwołującego doszło do zmiany górnego limitu waloryzacji z poziomu 5 % na 20 %. Izba w wyroku z dnia 9 maja 2024 roku sygn. akt KIO 1324/24 zwiększyła wspomniany limit do 20%, co tym bardziej uzasadnia zwiększenie limitu na żądany w niniejszym Postępowaniu.

Podobnie, Izba w wyroku z dnia 29 lutego 2024 roku sygn. akt KIO 408/24 nakazała Zamawiającemu modyfikację Umowy „z uwzględnieniem okoliczności, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego w wyniku zastosowania waloryzacji nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego. W wyroku wskazano, że przewidziany przez Zamawiającego maksymalny limit waloryzacji na poziomie zaledwie 5% wynagrodzenia umownego (a więc analogiczny jak proponowany obecnie przez zamawiającego) jest nieadekwatny i podkreśliła, że: „Izba wzięła pod uwagę, że materiały złożone przez Odwołującego wykazują, że progi stosowane przez różnych zamawiających przy budowie obiektów budowlanych przedmiotowo zbliżonych do budowanego przez Zamawiającego uwzględniają znacznie niższy poziom dopuszczający zmianę wynagrodzenia, uwzględniając rzeczywiste prognozy wynikające z przyjętego sposobu przeprowadzania waloryzacji, czy to przy zastosowaniu wskaźników GUS, czy odpowiednich publikatorów, jak w przypadku Zamawiającego - Sekocenbud. Ze złożonych przez Odwołującego materiałów wynika również, że wskazany przez Zamawiającego próg 5% jest niespotykany w umowach o zamówienia publiczne przy realizacji inwestycji zbliżonych przedmiotowo. Jak wynika ze złożonego zestawienia próg ten kształtuje się od 6% nawet do 50%. Zamawiający ustalając tak niski próg próbuje całością ryzyka kontraktowego obciążyć jedną stronę umowy, podczas gdy, nawet w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, konieczne jest dążenie do osiągnięcia równowagi stron stosunku umownego. Izba uważa, że zaproponowany przez Odwołującego sposób zmian wzoru umowy jest wystarczający do urealnienia zasad waloryzacji w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też nakazano Zamawiającemu zmianę zapisów z uwzględnieniem, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego. Izba nakazała również zmianę zapisów umowy, z których wynika, że zmiana wynagrodzenia nastąpi procentowo o wartość procentową ustaloną według podanych reguł, gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 5%. W obliczu znacznych wahań

wskaźników makroekonomicznych, w tym inflacji urealnienie wysokości dopuszczającej możliwość waloryzacji jest konieczne.”.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o zmianę treści ust. 16 w § 25 Wzoru Umowy.

Niejasne i nieprecyzyjne zapisy uniemożliwiające lub znacznie utrudniające obliczenie przyszłej waloryzacji

Wskaźnik zmiany ceny materiałów lub kosztów

Zamawiający kształtując klauzule waloryzacyjne postanowił zrobić to w oparciu o roczny wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej publikowanej na stronie Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/>

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że nie zgłasza żadnych zastrzeżeń do wyboru przez Zamawiającego wskaźnika tj. wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej, natomiast zwraca uwagę na nieprecyzyjne jego określenie, co pozostawia oferentów w niepewności, w jaki sposób ustalane będą wysokości waloryzacji. Na wstępie zaznaczyć trzeba, że podany we Wzorze Umowy link do wskaźnika odwołuje się ogólnie do strony internetowej Urzędu Statystycznego. Z kolei, sięgając do Informacji sygnałnych, publikowanych na stronie GUS, wybierając zakładkę roczne – zauważyć należy, że w wyszczególnionych tam pozycjach nie ma przedmiotowego wskaźnika.

<https://stat.gov.pl/sygnaalne/informacje-sygnaalne/4.2025,kategoria.html>

Wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej odnaleźć można np. w Informacjach sygnałnych miesięcznych, gdzie wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej, znajdujące się pod poz. 15, publikowane są miesięcznie. Należy jednak zauważyć, że wskaźnik ten ma wyszczególnienia: ogółem, budowa budynków, budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej, roboty budowlane specjalistyczne, stąd w celu jasnego i jednoznacznego wskazania metody waloryzacji należy uściślić wskaźnik, według którego dokonywana będzie waloryzacja.

Ponadto dane dotyczące zmian cen produkcji budowlano-montażowej, zbierane i ogłaszane są miesięcznie, a sposób ich publikacji pozwala na określenie wskaźnika zmian cen, które nastąpiły w stosunku do: miesiąca poprzedniego, analogicznego okresu roku poprzedniego.

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2024 r. i styczniu 2025 r.

Wyszczególnienie	12 2024		01-12 2024	01 2025	
	11 2024=100	analogiczny okres 2023 = 100		01 2024=100	12 2024=100
Ogółem	100,1	103,9	106,0*	103,6	100,0
Budowa budynków ²	100,1	103,8	105,5	103,5	100,0
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ²	100,1	104,2	106,5	103,7	100,0
Roboty budowlane specjalistyczne	100,1*	104,1*	105,7	103,7	100,2

Źródło: GUS - Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2025 r.
<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-styczniu-2025-roku,15,74.html>

Pełna treść komunikatu GUS stanowi Załącznik do Odwołania.

Zwrócić w tym miejscu uwagę należy, że aby otrzymać wskaźnik roczny, należy przemnożyć przez siebie kolejne miesięczne wskaźniki, przy czym dla miesiąca, w stosunku do którego badane są zmiany cen, należy przyjąć wskaźnik 100,0 (100%). Biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 439 ust. 4 Pzp zmianę cen materiałów i kosztów należy przyjmować względem ceny lub kosztu zawartych w ofercie a zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 zmianę wynagrodzenia należy badać w stosunku do początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, lub dnia otwarcia ofert, odwołanie do wskaźnika zmiany cen w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku jest nieadekwatne. W publikacjach GUS ogłaszane są zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, co więcej wskaźniki te są podstawą do ustalenia przez GUS wskaźnika rocznego, a będą precyzyjniejszym miernikiem, wskazującym dokładnie zmiany cen w badany okresie. Podobnie, aby pozostawać w zgodności z celem ustawy badanie zmiany cen i kosztów wykonania umowy powinno odbywać się kumulatywnie w całym okresie realizacji. Wyrwykowe badanie, jak zmieniały się ceny w ostatnim roku nie daje bowiem odpowiedzi na pytanie, jak zmienił się koszt realizacji zamówienia i czy skutkiem tych zmian powinna być zmiana wynagrodzenia wykonawcy. W tym celu niezbędne jest określenie terminu początkowego – do którego odnosić się będzie ustalenie poziomu zmian cen oraz wskaźnik, który precyzyjnie wskaże te zmiany. W celu określenia poziomu zmiany wynagrodzenia bardziej adekwatny jest wskaźnik zmian cen w stosunku do miesiąca poprzedniego, ponieważ pozwala na dokładne, kumulatywne określenie jak zmiany cen w badanym okresie wyglądały i czy powinny być podstawą do zmiany wynagrodzenia, poprzez zastosowanie iloczynu wskaźników miesięcznych w badanym okresie. Również w przypadku kolejnych wniosków waloryzacyjnych, gdy wynagrodzenie wykonawcy zostanie już zmienione, w powyższy sposób można precyzyjnie określić, jaka zmiana cen i kosztów produkcji budowlano-montażowej zaszła w badanym okresie.

Należy zauważyć, że taki sposób określania wskaźnika, zawarto w opracowaniu Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowane w listopadzie 2022r.:

<https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa>

W proponowanych postanowieniach umownych na zasadzie jednego wskaźnika waloryzacji zaproponowano tam następujące zapisy:

Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja2 publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziedzinowej Bazie Wiedzy pod linkiem: http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.

Wskaźnik waloryzacji $W_w(n)$ przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n -ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n -ty) wg poniższego wzoru:

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

gdzie:

„ $W_w(n)$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n -tego miesiąca;

„ a ” - stały współczynnik o wartości [•] 3obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).

„ W_0 ” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100

„ W_1 ” – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ W_2 ”, „ W_3 ”, ... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

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

W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o zmianę treści ust. 10 w § 25 Wzoru Umowy.

Wykaz materiałów i usług

Obliczenie waloryzacji wynagrodzenia oparte będzie na wykazie materiałów i usług (pracy sprzętu) mających zasadniczy wpływ na wartość zamówienia, który to wykaz stanowi załącznik nr 11, przy czym zauważyć należy, że załączony wzór nie zawiera żadnych pozycji. Zgodnie z §25 ust. 11 Wzoru Umowy Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu wykaz materiałów i usług (pracy sprzętu) mających zasadniczy wpływ na wartość zamówienia, który po zatwierdzeniu przez Zamawiającego będzie stanowił podstawę do waloryzacji. Wobec powyższego zachodzi uzasadniona obawa, że w ramach zatwierdzania wykazu Zamawiający może dążyć do wykreślenia z wykazu przedstawionego przez wykonawcę pozycji stanowiących podstawę waloryzacji, co będzie miało realne przełożenie na wysokość możliwej do uzyskania waloryzacji, w stosunku do tego co oferent założył przy konstruowaniu oferty. Dlatego też Odwołujący pozostaje na stanowisku, że przedstawiany przez wykonawcę wykaz powinien być jedynie sygnowany przez Zamawiającego w celu zatwierdzenia zasad stanowiących podstawę do ustalenia waloryzacji wynagrodzenia.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o zmianę treści ust. 10 w § 25 Wzoru Umowy.

Nieprecyzyjne określenie zasad obniżenia wynagrodzenia

W ust. 19 §25 Wzoru Umowy Zamawiający określił zdawkowo możliwość zmniejszenia wynagrodzenia wykonawcy, ograniczając się do stwierdzenia, że powyższe nastąpi w przypadku zaistnienia przyczyn określonych w §25 ust. 9 i nastąpi zgodnie ze wskaźnikiem wskazanym w §25 ust. 10. Nie zostały natomiast określone kolejne parametry takiej zmiany, w tym wymienione w art. 439 Ustawy, w tym sposób zmiany wynagrodzenia, określenie okresów, w których może następować zmiana, maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, czy ustanawiających podobnych zasad, jak w przypadku podwyższenia wynagrodzenia opisanych w ust.

W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o zmianę treści ust. 19 w § 25 Wzoru Umowy.

Mając na uwadze powyższe, przyjęty przez Zamawiającego we wzorze umowy sposób waloryzacji wynagrodzenia nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter w znacznej części pozorny i przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen i kosztów wykonania zamówienia, które obecnie jest nieprzewidywalne.

Wobec powyższego wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Krzysztof Misiewicz
radca prawny

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) odpis z KRS;
- 3) dowód uiszczenia opłaty od odwołania;
- 4) dowód wysłania odpisu odwołania do Zamawiającego
- 5) GUS - Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2025 r.
- 6) Odpowiedź Ministra Infrastruktury na interpelację poselską