



Warszawa, dnia 19 lipca 2024 r.

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

Zamawiający:

Gmina Miasto Szczecin

pl. Armii Krajowej 1, 70-456 Szczecin
NIP: 8510309410

w imieniu i na rzecz której działa pełnomocnik:
**Szczecińskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.
z siedzibą w Szczecinie**

ul. Mieszka I 33, 71-011 Szczecin
NIP: 851-323-53-04, REGON: 382696215
tel. +48 91 817-33-85
e-mail: zamowienia@sim.szczecin.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowany przez:
r.pr. Martynę Nyszk
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: martyna.nyszk@budimex.pl
oferty@budimex.pl
tel.: + 48 512 397 064

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *"Poprawa warunków obsługi obszarów przemysłowych Gminy Miasto Szczecin poprzez wypełnienie luk w infrastrukturze drogowej dzielnicy Północ"*, numer referencyjny postępowania: SIM/ZP/P/05/2024 (dalej jako **„Postępowanie”**).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2024 r. pod numerem: Dz.U. S: 132/2024 408203-2024.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako **„Odwołujący”**) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako **„ustawa Pzp”**), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej



na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:

1) art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58, art. 5 i art. 353¹ KC poprzez wprowadzenie do wzorów umowy, tj. Załącznik nr 4a Wzór umowy – część I, Załącznik nr 4b Wzór umowy – część II 1 Etap realizacyjny, Załącznik nr 4c Wzór umowy – część II 2 Etap realizacyjny (dalej również łącznie jako „Umowa”) postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, które są nieproporcjonalne, niedostosowane do realiów rynkowych, sformułowane w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, i tym samym utrudniają lub wręcz uniemożliwiają dokonanie odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia, a jednocześnie stanowią obejście przepisów ustawy o obowiązku waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 1**)

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści dokumentacji Postępowania, w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.



UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane zarzuty dotyczą treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.**¹ Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.² W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (art. 353¹ KC).
2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współzycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez

¹ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

² Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.



Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.³

II. Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej (zarzut nr 1)

1. Zamawiający wprowadził do Umowy (Załącznik nr 4a Wzór umowy – część I, Załącznik nr 4b Wzór umowy – część II 1 Etap realizacyjny, Załącznik nr 4c Wzór umowy – część II 2 Etap realizacyjny) postanowienia dotyczące limitu wartości waloryzacji wynagrodzenia o następującej treści:

Załącznik nr 4a Wzór umowy – część I

§18a. „*Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 5% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §9 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.***”

Załącznik nr 4b Wzór umowy – część II 1 Etap realizacyjny

§18a „*Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 5% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §9 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.***”

Załącznik nr 4c Wzór umowy – część II 2 Etap realizacyjny

§ 32a. ust. 8 „*Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 5% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §5 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.***”

2. W tym miejscu Odwołujący podkreśla, że ustawodawca zobowiązał Zamawiającego na podstawie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp do uwzględnienia w umowie o roboty budowlane zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Należy także podkreślić, że wykonawca na podstawie art. 439 ust. 5 ustawy Pzp jest zobowiązany odpowiednio zwaloryzować wynagrodzenie podwykonawcy.
3. Odwołujący nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmem waloryzacyjnym, to swoboda

³ KIO w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.



Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana jest bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość doboru najlepszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). **Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.**

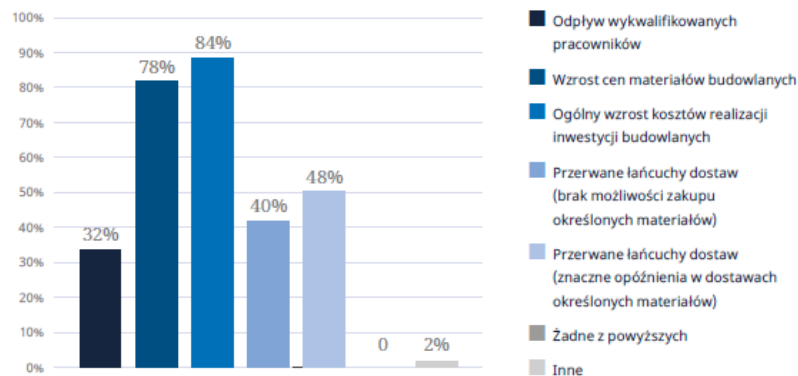
4. Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: *„W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych”*.
5. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne Zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji. Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego powinna ustalić czy określony przez Zamawiającego sposób waloryzowania wynagrodzenia pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.
6. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywistością wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.
7. Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.



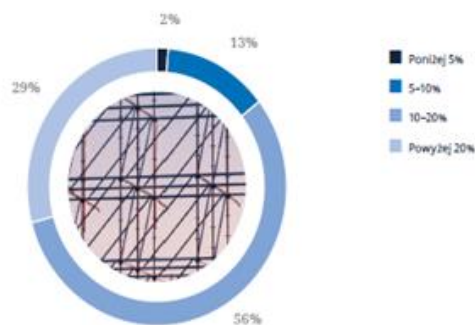
8. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.
9. Przekładając powyższą argumentację na grunt skarżonego postanowienia, Odwołujący akcentuje uchybienie dotyczące jego treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania klauzuli waloryzacyjnej realnego charakteru, tj. zastosowanie limitu waloryzacji na poziomie jedynie **5%. pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.**
10. W przedmiocie dynamicznych zmian na rynku budowlanym obszernie wypowiedzieli się w ostatnim czasie autorzy raportu branżowego pt. „Wybuch wojny w Ukrainie a wzrost kosztów realizacji inwestycji budowlanych w Polsce” opracowanym wspólnie przez Partnera Technicznego (CCM) oraz Partnera Prawnego (DLA Piper)⁴. Raport uwzględnia wszystkie najważniejsze dane dotyczące zmian cen kluczowych surowców i materiałów wykorzystywanych w budownictwie za okres 24 lutego 2022 r. – 24 lutego 2023 r. Wydanie raportu poprzedzone zostało badaniem rynku, które objęło m.in. wszystkie firmy zrzeszone w Polskim Związku Pracodawców Budownictwa, ogólnopolskiej organizacji firm infrastrukturalnych i budowlanych. Odpowiedzi respondentów wskazują wprost na istotny wzrost kosztów ponoszonych przez wykonawców w branży budowlanej, ale i na wiele dodatkowych czynników wpływających na ogólne pogorszenie sytuacji.

⁴ Dostęp do Raportu: <https://ccmanagement.pl/raport-ccm-i-dla-piper-wybuch-wojny-w-ukrainie-a-wzrost-kosztow-realizacji-inwestycji-budowlanych-w-polsce/>

1. W jaki sposób wybuch wojny w Ukrainie wpłynął na realizowane przez Państwa kontrakty budowlane, począwszy od momentu eskalacji zbrojnego konfliktu w Ukrainie (24.02.2022 r.)? (prosimy wybrać kilka)



2. O ile procent wzrosły koszty realizowanych przez Państwa kontraktów budowlanych, począwszy od momentu eskalacji zbrojnego konfliktu w Ukrainie? (prosimy wybrać jedno)



11. Jak wskazują dalej autorzy raportu, „W pierwszych tygodniach od wybuchu wojny w lutym 2022 roku ceny ropy naftowej i asfaltów drogowych wzrosły o około 30 proc. W tym czasie cena paliwa ON wrosła o ponad 40 proc., natomiast cena węgla (ARA i RB) była niemal dwukrotnie wyższa niż przed inwazją Rosji na Ukrainę. Choć ceny wszystkich analizowanych gatunków ropy naftowej wróciły do poziomu sprzed wojny już na przełomie lipca i sierpnia 2022 roku, nie odnotowano równie szybkich spadków cen materiałów ropopochodnych, w tym asfaltów drogowych oraz paliw. Ceny asfaltów wróciły do poziomu notowanego przed 24 lutego dopiero w grudniu 2022 roku. Z kolei ceny paliw, stanowiących istotny koszt robót budowlanych, nadal utrzymują się na poziomie co najmniej 20 proc. wyższym niż przed rokiem”.

12. Odwołując w tym miejscu wskazuje, że postanowienia dotyczące mechanizmu waloryzacyjnego powinny odnosić się do kluczowych materiałów czy kosztów związanych z daną inwestycją i nie mogą być oderwane od zakresu i skali realizacji oraz celu wprowadzanego mechanizmu, bazującego przede wszystkim na adekwatności i realności.



13. Jak, podkreśla się w tym aspekcie w doktrynie: *Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, **jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahanom**) (...). Również zmiany cen materiałów **muszą dotyczyć tych, które znajdują zastosowanie do wykonania zamówienia**, przy czym wydaje się, że pojęcie materiałów należy rozumieć szeroko. **W przypadku umowy na roboty budowlane będą to m.in. wszelkie materiały budowlane, instalacyjne, elektryczne, ale też surowce czy nawet urządzenia do wbudowania (...)** [tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022].*

14. Poniżej Odwołujący przedstawia dane Głównego Urzędu Statystycznego wraz z wpływającymi z nich wnioskami dotyczącymi przeciętnych wzrostów cen w Polsce w poprzednim roku kalendarzowym (tj. grudzień 2022 r. do grudzień 2023 r.):

1) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022 r. (pub. 23.01.2023 r.):

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w listopadzie i grudniu 2022 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	11 2022		12 2022		01-12 2022
	10 2022=100	analogiczny okres 2021=100	11 2022=100	12 2022=100	01-12 2021=100
OGÓŁEM	100,6	114,7	114,3	100,5	112,6
Budowa budynków ^a	100,5*	115,7*	115,4	100,5	113,5
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,6*	114,9*	114,3	100,5	112,8
Roboty budowlane specjalistyczne	100,8*	113,0*	113,1	100,8	111,2

„W grudniu 2022 r. w stosunku do listopada 2022 r. zanotowano wzrost cen robót budowlanych specjalistycznych o 0,8%, budowy budynków oraz budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - po 0,5%. W porównaniu z grudniem 2021 r. podniesiono ceny budowy budynków o 15,4%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 14,3%, jak również robót budowlanych specjalistycznych – o 13,1%. (...) **14,3% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu z grudniem 2021 r.**”



(źródło:

https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/49/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_grudniu_2022_r.pdf

2) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2023 r.:

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022r. i styczniu 2023r.

Wyszczególnienie	12 2022		01-12 2022	01 2023	
	11 2022=100	analogiczny okres 2021=100		01 2022=100	12 2022=100
Ogółem	100,6*	114,4*	112,7	113,1	100,0
Budowa budynków ^{a)}	100,6*	115,5*	113,5	114,2	100,1
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^{a)}	100,6*	114,4*	112,8	113,2	100,1
Roboty budowlane specjalistyczne	100,7*	113,0*	111,2	111,5	99,9

^{a)} Nazwa skrócona według PKD 2007

* Dane zmienione w stosunku do wcześniej opublikowanych.

*„W styczniu 2023 r. w stosunku do grudnia 2022 r. zanotowano niewielki wzrost cen budowy budynków oraz budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - po 0,1%. Zaobserwowano natomiast spadek cen robót budowlanych specjalistycznych o 0,1%. W porównaniu ze styczniem 2022 r. podniesiono ceny budowy budynków o 14,2%, budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej - o 13,2%, jak również robót budowlanych specjalistycznych – o 11,5%. (...) **13,1% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu ze styczniem 2022 r.**”*

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-styczniu-2023-roku,15,50.html>)

3) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2023 r. (pub. 20.07.2023 r.):



Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w maju i czerwcu 2023 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	05 2023		06 2023		01-06 2023
	04 2023=100	analogiczny okres 2022=100	05 2023=100	12 2022=100	01-06 2022=100
OGÓŁEM	100,9	110,9	110,4	101,0	104,1
Budowa budynków ^{a)}	100,7*	110,7	109,8	100,8	103,5
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^{a)}	101,0	111,8	111,4	101,0	104,9
Roboty budowlane specjalistyczne	100,9*	109,7*	109,8	101,0	103,7

^{a)} Nazwa skrócona według PKD 2007

* Dane zmienione w stosunku do wcześniej opublikowanych.

*„W czerwcu 2023 r. w stosunku do maja 2023 r. zanotowano wzrost cen budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej oraz robót budowlanych specjalistycznych po 1,0%, a także budowy budynków - o 0,8%. W porównaniu z czerwcem 2022 r. podniesiono ceny budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 11,4%), budowy budynków oraz robót budowlanych specjalistycznych (po 9,8%). (...) **10,4% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu z czerwcem 2022 r. poprzedniego roku**”*

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-czerwcu-2023-roku,15,55.html>)

- 4) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. (publikacja 19.01.2024 r.):



Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w listopadzie i grudniu 2023 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	11 2023		12 2023		01-12 2023
	10 2023=100	analogiczny okres 2022=100	11 2023=100	100,3	01-12 2022=100
OGÓŁEM	100,5	108,0	107,5	100,3	110,2
Budowa budynków ^{a)}	100,4	107,0*	106,4	100,3	110,0
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^{a)}	100,5	109,3*	108,8	100,4	111,2
Roboty budowlane specjalistyczne	100,5	107,4	106,8	100,3	109,2

^{a)} Nazwa skrócona według PKD 2007

* Dane zmienione w stosunku do wcześniej opublikowanych.

*„W grudniu 2023 r. w stosunku do listopada 2023 r. zanotowano wzrost cen budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej o 0,4%, a robót budowlanych specjalistycznych i budowy budynków o 0,3%. W porównaniu z grudniem 2022 r. podniesiono ceny budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej (o 8,8%), robót budowlanych specjalistycznych (o 6,8%) oraz budowy budynków (o 6,4%) (...) **7,5% wzrost cen producentów w budownictwie w porównaniu z grudniem 2022 r.**”*

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-grudniu-2023-roku,15,61.html>)

- 5) Wnioski z opublikowanych danych dotyczących wskaźników cen produkcji budowlano – montażowej:



Okresy	Wskaźnik produkcji budowlano - montażowej	Wzrost wskaźników w okresach półrocznych
gru-23	110,2	9,26%
sty-23	100	
cze-23	111,9	10,63%
sty-23	100	
gru-22	112,6	10,21%
sty-22	101,1	
cze-22	110,8	8,75%
sty-22	101,1	

15. Powyższe dane odzwierciedlają wzrosty na przestrzeni tylko dwóch lat (24 miesięcy), natomiast planowany termin realizacji kontraktu jest dłuższy (część I – 26 miesięcy, część II – 30 miesięcy) więc wzrosty te tym bardziej mogą przekraczać proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji. Ustalony więc przez **Zamawiającego limit waloryzacji na poziomie zaledwie 5% wartości pierwotnej Umowy jest zupełnie nieadekwatny i nieproporcjonalny do inwestycji jaką zamierza zrealizować w niniejszym Postępowaniu. Nadto, jak wynika z powyższych danych, tak niski limit możliwej waloryzacji wynagrodzenia jest oderwany od realiów rynkowych.**
16. Oparcie mechanizmu waloryzacyjnego na założeniach poczynionych przez Zamawiającego sprawia, że rzeczony mechanizm waloryzacyjny jest *de facto* pozorny, stojący w konsekwencji w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy Pzp. **Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych**, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie.
17. Wskazując na obowiązujące w budownictwie infrastrukturalnym tendencje rynkowe, Odwołujący podkreśla, że **największy publiczny Zamawiający w kraju, tj. GDDKiA przewiduje obecnie limit waloryzacji na poziomie 15%**. Taka tendencja obserwowana jest zresztą również u innych publicznych zamawiających zlecających zamówienia typu infrastrukturalnego, czyli ponad trzykrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu waloryzacji (nie więcej niż 5%).
18. Co więcej, podkreślenia wymaga, że nawet wskazany 15% limit waloryzacji, stanowiący obecnie pewną „normę” rynkową jest wartością minimalną, co obrazują obecne postulaty branży budowlanej, która domaga się podwyższenia limitu waloryzacji nawet do 20%, co – zgodnie z wiedzą Odwołującego – stanowi obecnie przedmiot rozmów i ustaleń z przedstawicielami strony zamawiającej (vide np. <https://www.muratorplus.pl/biznes/wiesci-z->



[rynku/zbyt-niska-waloryzacja-w- budownictwiezagraza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-zmian-rzad-milczy-aa-pUan-79yk-wAJ9.html](#)). Odwołujący zwraca uwagę, że w ciągu ostatnich kilku miesięcy na rynku głośnym echem odbiły się deklaracje rządu dotyczące dodatkowych środków na waloryzację w budownictwie infrastrukturalnym i podjęcie przez wielu wykonawców branży budowlanej negocjacji m.in. z GDDKiA dotyczących podwyższenia limitu waloryzacji z obowiązujących 10% do 15% i 20%. W wielu przypadkach zostały już podpisane aneksy do umów zwiększające limit waloryzacji właśnie do 15%⁵.

19. Krajowa Izba Odwoławcza kilkakrotnie rozstrzygała odwołania na korzyść Budimex w zakresie dotyczącym postanowień waloryzacji, w tym limitów waloryzacji zastrzeżonych na zbyt niskim, nierynkowym poziomie. Budimex wskazuje, że stanowisko Odwołującego (przywołane także powyżej), iż „*idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, które powinna ustalić czy określony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny (poziom wahania cen) pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego*” podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków wydanych na korzyść Budimex (wyrok z dnia 29 lutego 2024 r. (sygn. akt KIO 408/24), gdzie Izba w ramach postępowania o dużo mniej skomplikowanym przedmiocie zamówienia niż niniejsze Postępowanie, orzekła na korzyść Budimex nakazując Zamawiającemu modyfikację Umowy „*z uwzględnieniem okoliczności, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego w wyniku zastosowania waloryzacji nie może być wyższa niż **15% całkowitego wynagrodzenia umownego***”. Krajowa Izba Odwoławcza w powyższym wyroku uznała m.in., że przewidziany przez Zamawiającego maksymalny limit waloryzacji na poziomie zaledwie 5% wynagrodzenia umownego nie został określony prawidłowo i podkreśliła, że:

Jednakże sam sposób ustalenia zasad nie może mieć jedynie charakteru formalnego, zaś ustalenie poszczególnych limitów procentowych umożliwiających skorzystanie z waloryzacji powinno nastąpić proporcjonalnie i adekwatnie do przedmiotu zamówienia, czasu obowiązywania umowy i uwzględniać zasady równowagi ekonomicznej stron umowy. Klauzula waloryzacyjna, o której mowa w art. 439 ustawy Pzp, powinna być nie tylko formalnie zgodna z przepisami, ale także materialnie spójna z naczelnymi zasadami zamówień publicznych, w tym zasadą proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji.

⁵ <https://www.rynekinfrastruktury.pl/wiadomosci/polityka-i-prawo/rzad-zwieksza-finansowanie-drog-sa-srodki-na-waloryzacje-88361.html>



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.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie waloryzacyjnych postanowień umownych w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty, a jednocześnie ustalone zasady nie naruszały istotnych interesów drugiej strony umowy. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu w przypadku ustalenia zasad waloryzacji wynagrodzenia doszło do tego rodzaju naruszeń, a Zamawiający przekroczył przysługujące

25

mu uprawnienia, czyniąc ze swego prawa użytku, który można uznać za spreczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

(wyciąg z wyroku KIO 408/24 – niepublikowany).

20. W konsekwencji, proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji, czyni przewidziany mechanizm waloryzacyjny nieefektywnym. Takie działanie nie zasługuje na



aprobata również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, **wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową**. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

21. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez Zamawiającego w ramach Umowy. Odwołujący wskazuje raz jeszcze, że postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, **lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia** (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022), co w przedmiotowym przypadku – z uwagi na uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia – nie zostało przez Zamawiającego zagwarantowane.
22. Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu (por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści Umowy poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

- 1) Załącznik nr 4a Wzór umowy – część I

§18a. „*Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 15% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §9 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.***”

- 2) Załącznik nr 4b Wzór umowy – część II 1 Etap realizacyjny

§18a „*Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 15% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §9 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.***”

- 3) Załącznik nr 4c Wzór umowy – część II 2 Etap realizacyjny



§32a. ust. 8 „Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 15% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §5 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy**

Alternatywnie poprzez nadanie Umowie następującego brzmienia:

1) Załącznik nr 4a Wzór umowy – część I

§18a. „Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 10% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §9 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.**”

2) Załącznik nr 4b Wzór umowy – część II 1 Etap realizacyjny

§18a „Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 10% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §9 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy.**”

3) Załącznik nr 4c Wzór umowy – część II 2 Etap realizacyjny

§32a. ust. 8 „Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie stosowania niniejszych postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie **wnosi 10% pierwotnego wynagrodzenia wykonawcy** o którym mowa w §5 ust. 1 Umowy **obowiązującego w dniu zawarcia Umowy**

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
3. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.