



Warszawa, 11 marca 2024 r.

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

Zamawiający: **Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu**
ul. Wilczak 51, 61-623 Poznań
NIP 972-09-14-891, REGON 631280809
tel.: +48 61 826 53 92
e-mail: przetargi@wzdw.pl

Odwołujący: **Budimex S.A.**
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowany przez:
r.pr. Magdalenę Maksimiuk
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: magdalena.maksimiuk@budimex.pl
tel.: + 48 512 482 095

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa obwodnicy Rogoźna w ciągu drogi wojewódzkiej nr 241* (oznaczenie postępowania: WZP.271-38/24; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lutego 2024 r. pod nr wydania Dz.U. S: 42/2024, nr publikacji ogłoszenia: 123274-2024.

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 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie w ramach projektu umowy (dalej również jako „Umowa”) klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia



wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ 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 28 lutego 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

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

UZASADNIENIE

Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowany w dalszej części niniejszego Odwołania zarzut dotyczy 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 współżycia 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 współżycia 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 współżycia 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 Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**³

Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej

1. Zamawiający w ramach §8 ust. 4 Umowy określił zasady i procedurę zmiany wynagrodzenia na wypadek wystąpienia sytuacji, gdy w okresie obowiązywania umowy nastąpi zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Zamawiający określił, że:

*„W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5, **o minimum 10%**, Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego,*

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.

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



o którym mowa w § 6 ust. 1 . W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, że zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. Wniosek należy złożyć do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 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. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmem waloryzacyjnym, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość dobrania najskuteczniejszych 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 rzeczywiście 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. **wprowadzenie do klauzuli waloryzacyjnej tzw. „aktywatora” o wartości 10%**.
10. W treści proponowanej klauzuli waloryzacyjnej Zamawiający podał, że strony będą mogły żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie „*W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5, **o minimum 10%** (...)*”.
11. Sens zastosowania tzw. „aktywatora” sprowadza się wyłącznie do ograniczenia zaangażowania (czasowego, ekonomicznego, osobowego) Stron umowy w procedowanie waloryzacji dla pewnych kwot ograniczonych procentowo, jednak w żadnej mierze nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Z uwagi więc z jednej strony na brak obligatoryjności wprowadzania postanowień tego rodzaju (dotyczących aktywatora waloryzacji), z drugiej zaś na nałożony na zamawiających obowiązek wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień, które realnie zagwarantują wdrożenie mechanizmu waloryzacyjnego, często spotykaną praktyką jest nawet całkowita rezygnacja z zastosowania aktywatorów, z dwóch podstawowych względów: a)



aktywatory 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, b) wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zbyt wysokiego progu aktywacji, mógłby nigdy nie znaleźć zastosowania, co nie jest zgodne z założeniami ustawodawcy i respektowaniem prawidłowości wydatkowania środków publicznych.

12. Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego Postępowania, w przypadku, gdy wskaźnik zatrzyma się w referencyjnym okresie, miesiąc do miesiąca np. nawet na wartości 9% lub mniej (co jest niemal pewne) klauzula waloryzacyjna w ogóle nie znajdzie zastosowania, będzie postanowieniem nieefektywnym, albo wręcz martwym, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu ustawy Pzp.
13. Należy także podkreślić, że biorąc pod uwagę opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny dane za lata 2022 r. i 2023 r. dotyczące wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej (będącym jedną ze składowych wskaźnika wzrostu cen środków przywoływanego przez Zamawiającego w ramach §8 ust. 5 Umowy) należałoby stwierdzić, że nawet w okresie najbardziej galopujących cen, poziom zmian cen w stosunku w interwałach półrocznych w ostatnich latach daleki był od postulowanych przez Zamawiającego 10%. Trudno przy tym uznać, aby sytuacja makroekonomiczna zmieniła się na tyle, aby uśrednione wskaźniki cen w Polsce zwiększyły się aż tak bardzo względem danych historycznych, co potwierdza tylko, że waloryzacja w zaproponowanym przez Zamawiającego kształcie tak naprawdę nigdy nie zostanie uruchomiona w ramach przedmiotowej umowy.
14. Poniżej Odwołujący przedstawia dane Głównego Urzędu Statystycznego wraz z wypływającymi z nich wnioskami dotyczącymi przeciętnych wzrostów cen w Polsce w ostatnich latach:

1) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2022 r. (publikacja 18.02.2022 r.):

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

Wyszczególnienie	12 2021		01-12 2021	01 2022	
	11 2021=100	analogiczny okres 2020=100		01 2021=100	12 2021=100
Ogółem	101,0	107,6	104,2	108,3	101,1
Budowa budynków ^a	100,9*	107,7*	104,7	108,7	101,1
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	101,0	107,6	104,2	108,5	101,1
Roboty budowlane specjalistyczne	100,8*	106,3*	103,5	107,5	101,2



(źródło: https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/38/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_styczniu_2022.pdf)

2) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2022 r. (publikacja 20.07.2022 r.):

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w maju i czerwcu 2022 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	05 2022		06 2022		01-06 2022
	04 2022=100	analogiczny okres 2021=100	05 2022=100	12 2021=100	01-06 2021=100
OGÓŁEM	101,3	112,2	113,2	101,4	107,9
Budowa budynków ^a	101,6*	113,2	114,4	101,7	108,9
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	101,3	112,2*	113,2	101,4	107,9
Roboty budowlane specjalistyczne	101,0*	110,9*	111,6	101,1	106,7

(źródło: https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5464/15/43/1/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_czerwcu_2022_r..pdf)

3) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022 r. (publikacja 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 2021=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

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

4) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2023 r. (publikacja 20.02.2023 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

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

5) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2023 r. (publikacja 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	111,9
Budowa budynków ^a	100,7*	110,7	109,8	100,8	103,5	112,2
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	101,0	111,8	111,4	101,0	104,9	112,5
Roboty budowlane specjalistyczne	100,9*	109,7*	109,8	101,0	103,7	110,4

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

6) 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	12 2023=100	01-12 2023=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

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

7) Wnioski z opublikowanych danych dotyczących wskaźników cen produkcji budowlano – montażowej z ostatnich lat:

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. W związku z powyższym Odwołujący wnioskuję o **zmniejszenie „aktywatora” mechanizmu waloryzacyjnego do poziomu 3%**, który z jednej strony uzasadniony jest historycznymi danymi porównawczymi, z drugiej zaś stanowi uczciwy podział ryzyk realizacyjnych pomiędzy stronami. Dodatkowo Odwołujący powołuje się na inne przykładowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których zamawiający decydowali się na określenie tzw. „aktywatora” waloryzacji na podobnym poziomie, tj. 3% i mniejszym (o ile on w ogóle został wprowadzony, bo jak Odwołujący wskazywał wcześniej, nie jest to sytuacja typowa), przykładowo: postępowanie pn. „Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku” , w ramach którego zamawiający przyjął



4% aktywator waloryzacji, postępowanie pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 450 w Kaliszu – etap II (odcinek od ul. Księżnej Jolanty do ul. Antycznej wraz z przebudową wiaduktu kolejowego)”, w ramach którego zamawiający przyjął 3% aktywator waloryzacji, czy też postępowanie pn. „Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów zajezdni tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy”, w ramach którego zamawiający przyjął 1% aktywator waloryzacji.

16. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez Zamawiającego w ramach §8 ust. 4 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.
17. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę 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.
18. 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).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §8 ust. 4 Umowy poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

*„W przypadku zmiany wskaźnika wzrostu lub spadku cen (Ww), o którym mowa w ust. 5, **o minimum 3% ±0%**, Strony Umowy uprawnione są do dokonania zmiany wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 . W przypadku wzrostu cen, Wykonawca jest uprawniony do złożenia Zamawiającemu wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego. We wniosku należy wykazać, że zaistniała zmiana cen ma wpływ na koszt wykonania zamówienia. Wniosek należy złożyć do dnia zakończenia robót, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy. W przypadku spadku cen Zamawiający jest uprawniony do złożenia Wykonawcy pisemnej informacji o zmianie wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 6 ust. 1 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. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.