

Warszawa, 31 lipca 2023 r.

O/MPW/BM/45/23

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

**Zamawiający:**  
**Wielkopolskie Muzeum Niepodległości**  
ul. Woźna 12 61-777 Poznań  
tel.: +48 (61) 851 72 89  
NIP 778-11-28-909, REGON: 000277902  
<https://www.wmn.poznan.pl/>  
e-mail: [budowa@wmn.poznan.pl](mailto:budowa@wmn.poznan.pl)  
adres strony internetowej:  
<https://www.wmn.poznan.pl/przetargi/>  
<https://ezamowienia.gov.pl/>

*Osoby do kontaktów: Stefan Ogorzałek, Robert Skupień*

**Odwołujący:**  
**Warbud S.A.**  
ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa  
KRS: 0000010823  
tel. 22 567 60 00, faks: 22 567 60 01  
e-mail: [warbud@warbud.pl](mailto:warbud@warbud.pl); [przetargi@warbud.pl](mailto:przetargi@warbud.pl)  
*reprezentowany przez pracownika :*  
*Panią Aleksandrę Biedermann*

## ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”), w imieniu wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej zwanego „Odwołującym” lub „Warbud”, wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego – Wielkopolskie Muzeum Niepodległości z siedzibą w Poznaniu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919” Numer referencyjny: FA.261-4/2023, dalej: „**Postępowanie**”.
- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 lipca 2023r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 137-437133.

### III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. **art. 455 ust. 1 i 2 w zw. z art. 439 Pzp, art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp, art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez określenie **maksymalnej wartości wszystkich zmian wynagrodzenia** (obejmującego również zmianę wynikającą z waloryzacji) na zbyt niskim poziomie, tj. w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia wzrostu wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacjach wskazanych ustawą, co w konsekwencji powoduje jego pozorność i nie zapewnia równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy z uwagi na nierównomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców oraz prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy poprzez narażenie go na nadmierne straty wynikające z realizacji zamówienia za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów wykonania zamówienia - **§34 ust. 7 Wzoru Umowy**.
2. **art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez określenie zakresu **maksymalnej wartości waloryzacji** wynagrodzenia - na zbyt niskim poziomie, tj. w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy z uwagi na nierównomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców oraz prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy poprzez narażenie go na nadmierne straty wynikające z realizacji zamówienia za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów wykonania zamówienia - **§34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy**.

### IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

**1. w zakresie §34 ust. 7 Wzoru Umowy:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Wzoru Umowy, SWZ i pozostałych dokumentów zamówienia **poprzez wykreślenie §34 ust. 7 z Wzoru Umowy**.

**2. w zakresie §34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy:**

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Wzoru Umowy i SWZ poprzez zmianę wskazanego tam limitu waloryzacji z 5% na 15%.

### V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 lipca 2023r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W tym samym dniu na stronie Zamawiającego zostały opublikowane pozostałe dokumenty zamówienia. Dzień 29 lipca 2023r. przypadał w sobotę. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 31 lipca 2023r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie.

2. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

## VI. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu złożenie oferty z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

## UZASADNIENIE

- I. Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana pn.: „Budowa Muzeum Powstania Wielkopolskiego 1918-1919”.
- II. **Uzasadnienie dot. §34 ust. 7 Wzoru Umowy – górny limit zmiany wynagrodzenia.**
  1. Zamawiający, we Wzorze Umowy – Załącznik nr 1 do SWZ, wprowadził limit maksymalnej wartości wszystkich zmian wynagrodzenia na poziomie 10%:

§34 ust. 7 Wzoru Umowy: „Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian Wynagrodzenia to 10% wynagrodzenia łącznego Wykonawcy wskazanego w § 8 ust. 2 Umowy - w tym zmian, o których mowa w § 33 ust. 3 Umowy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości Wynagrodzenia.”

Przy czym Zamawiający wskazał również:

§34 ust. 1 pkt 8): „Zmiana Wynagrodzenia Wykonawcy dokonana na podstawie § 33 ust. 3 Umowy, pozostaje bez wpływu na możliwość dokonania waloryzacji zgodnie z regulacjami niniejszego paragrafu, z tym jednakże zastrzeżeniem, że wzrost Wynagrodzenia Wykonawcy na skutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, będzie wliczany do (tj. będzie umniejszał) limitu zmiany Wynagrodzenia, o którym mowa w § 34 ust. 7 Umowy.”
  2. Powyższe postanowienia oznaczają, iż 10% limit zawarty w §34 ust. 7 Wzoru Umowy, to jest górny limit wszelkich zmian wynagrodzenia wprowadzony obok limitu na zmiany wynikające z §34 Waloryzacja, który, zgodnie z §34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy ustawiony został na poziomie 5% wynagrodzenia brutto:

*„Suma waloryzacji dokonywanych na podstawie zasad niniejszego paragrafu, rozumiana jako zwiększenie albo obniżenie Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, nie może przekroczyć limitu 5% kwoty brutto określonej w § 8 ust. 2 Umowy.”*

3. Tym samym, w przypadku ziszczenia się przesłanek dotyczących możliwości zastosowania waloryzacji wynagrodzenia, co przy obecnym poziomie inflacji jest bardzo prawdopodobne, na pozostałe zmiany umowy pozostanie limit jedynie 5%.
4. Jest to limit bardzo niski i niespotykany zarówno na w umowach o zamówienie publiczne, jak również na rynku prywatnym. Podkreślenia wymaga, iż jest to limit dla wszelkich zmian wynagrodzenia, w tym wynikających z art. 455 Pzp.
5. Art. 455 ust. 1 pkt 3) i 4) Pzp przewiduje limity zmian wynagrodzenia na poziomie 50 % wartości umowy, przy zachowaniu opisanych w tym przepisie przesłanek. Poza tym w art. 455 ust. 2 Pzp Ustawodawca wprowadził swobodę zmian (których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne) aż do 15% wartości umowy bez dodatkowych warunków czy przesłanek, za wyjątkiem zakazu zmiany, która prowadziłaby do zmiany ogólnego charakteru umowy.  
*„Dopuszczalne są również zmiany umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, których łączna wartość jest mniejsza niż progi unijne oraz jest niższa niż 10% wartości pierwotnej umowy, w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, albo 15%, w przypadku zamówień na roboty budowlane, a zmiany te nie powodują zmiany ogólnego charakteru umowy.”*
6. Limity ustawowe są limitami na znacznie wyższym poziomie niż ten, który został określony przez Zamawiającego we Wzorze Umowy.
7. Podkreślenia przy tym wymaga, iż wskazany przez Zamawiającego limit obejmuje również przypadki określone w art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp. Przepis ten nie zawiera jednak górnego ograniczenia wzrostu wynagrodzenia w przypadku zaistnienia przesłanek w nim określonych.

*„b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:*

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 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, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.”

8. Skoro zatem inny przepis tj. art. 439 ust. 2 pkt 4) Pzp, który został wprowadzony do ustawy Pzp na takiej samej zasadzie i w tym samym celu co art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp, wprost przyznaje Zamawiającemu możliwość określenia górnego limitu zmiany wynagrodzenia („maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania

postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.”) a przepis art. 436 pkt 4) Pzp takiej możliwości nie przewiduje, to wskazanie przez Zamawiającego takiego limitu we Wzorze Umowy jest, w ocenie odwołującego, naruszeniem zasad zmian umowy określanych zgodnie z Pzp.

9. Mając na uwadze powyższe, §34 ust. 7 Wzoru Umowy narusza art. 455 ust. 1 i 2 w zw. z art. 439 Pzp, art. 436 pkt 4) lit. b) Pzp, art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 3531 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, poprzez nałożenie, niewynikającego z przepisów ustawy, górnego limitu wzrostu wynagrodzenia na bardzo niskim – 10% poziomie.
10. Odwołujący wnosi zatem **o wykreślenie postanowienia §34 ust. 7 Wzoru Umowy w całości.**

### III. Uzasadnienie dot. §34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy – waloryzacja.

1. Zgodnie z „§34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy, Zamawiający ustalił maksymalny limit waloryzacji na poziomie 5% wartości umowy:  
*„Suma waloryzacji dokonywanych na podstawie zasad niniejszego paragrafu, rozumiana jako zwiększenie albo obniżenie Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, nie może przekroczyć limitu 5% kwoty brutto określonej w § 8 ust. 2 Umowy.”*
2. **Poziom 5% jest poziomem rażąco niskim w aktualnej sytuacji gospodarczej** i powoduje, iż klauzula waloryzacyjna nabiera charakteru pozornego.
3. Regulacja normatywna art. 439 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiających obowiązek zamieszczenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy (niezależnie od przedmiotu tej umowy) postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
4. Obligatoryjne elementy treści klauzuli waloryzacyjnej z art. 439 PZP ustawodawca określił przy tym w ustępie 2, zgodnie z którym w umowie określa się:
  - 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
  - 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
    - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
    - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
  - 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.
5. Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny.
6. Z kolei zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego wskazuje, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
7. W ocenie Odwołującego narzucenie przez Zamawiającego w §34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy limitu waloryzacji na przyjętym poziomie powoduje, że wprowadzony mechanizm jedynie pozornie spełnia wymagania i założenia zawarte w ustawie Pzp. Przedmiotowe postanowienia umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 Pzp. Istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Tym samym odwołując się do językowego rozumienia pojęcia "waloryzacja" uznać należy, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmiennym poziomie - zgodnie z powszechnym, językowym rozumieniem słowa "waloryzacja". Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację rozumie: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych ustalonych w danej jednostce monetarnej na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza.
8. Jak trafnie wskazuje Urząd Zamówień Publicznych („UZP”) w opinii pn. „Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych”<sup>1</sup> : *„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. (...) Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów*

<sup>1</sup> <https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia>



*produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.”*

9. UZP, dokonując *de facto* wykładni autentycznej normy wyrażonej w art. 439 Pzp, akcentuje zatem doniosłość tej regulacji jako mechanizmu przywracającego równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, wykreowanego zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w następstwie wyżej wskazanych, aktualnie obserwowanych zjawisk zewnętrznych.
10. Analogiczny sposób postrzegania klauzul waloryzacyjnych, kształtowanych w oparciu o przepis art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, prezentuje również Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej („PGRP”) w opracowaniu pn. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)” („Opinia”) opublikowanym na stronie internetowej PGRP w dniu 2 sierpnia 2022 r.<sup>2</sup>. Zdefiniowała bowiem pojęcie „waloryzacja wynagrodzenia” jako „urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na tego rodzaju wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy – stanowi instrument, dzięki któremu następuje usunięcie skutków tego zdarzenia”. PGRP akcentuje przy tym, że „Niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy.”
11. Odnosząc wyżej cytowane stanowiska UZP i PGRP do niniejszej sprawy, zastrzeżenie w §34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy możliwości zaledwie 5% limitu zmian wynagrodzenia wykonawcy realizującego zamówienie przez okres 30 miesięcy, w sytuacji zmian gospodarczych o niespotykanej dotychczas dynamice, przekładającej się na ogólny wzrost kosztów cen towarów i usług, jawi się jako działanie, które z pewnością powoduje poważne zachwianie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, jaka zostanie zawarta w Postępowaniu, na niekorzyść wykonawcy (abstrahując od tego, czyja oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza).
12. Na skutek wzrostu cen, wartość świadczenia Wykonawcy w istocie zwiększy się, wobec czego świadczenie Zamawiającego powinno wzrosnąć w analogiczny sposób. Wzrost wartości świadczenia Wykonawcy wynika z faktu ponoszenia większych kosztów realizacji zamówienia ze względów niezależnych od niego i w zakresie nieobjętym ryzykiem kontraktowym tak w rozumieniu zasad prawa cywilnego, jak i PZP, a jego wynagrodzenie utraci walor ekwiwalentności w stosunku do spełnianego świadczenia. Owa ekwiwalentność nie będzie mogła zostać przywrócona w poprzez zastosowanie klauzul waloryzacyjnych, gdyż zastrzeżony maksymalny poziom waloryzacji, nie pozwoli na urealnienie wynagrodzenia wykonawcy, a

<sup>2</sup> <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekomendacje>

jedynie na podwyższenie go do poziomu zdecydowanie nieadekwatnego do faktycznie zaistniałych zmian gospodarczych.

13. Nie można tracić z pola widzenia, że aktualna, bezprecedensowa sytuacja geopolityczna oraz rynkowa skutkuje znacznym wzrostem kosztów robót budowlanych i usług takich, jak stanowiące przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu, które to koszty obejmują m.in. koszty:
  - 1) wynagrodzenia pracowników, współpracowników i podwykonawców,
  - 2) kosztów materiałów budowlanych,
  - 3) kosztach ubezpieczeń, gwarancji bankowych, leasingu, podatków.
14. Wyżej podniesione okoliczności mają charakter faktów notoryjnych i jako takie zasadniczo nie wymagają dowodu, niemniej jednak Odwołujący wskazuje na główne czynniki przyczyniające się do zaistniałej sytuacji:
  - a. Aktualnie zaobserwowany ostatnio spadek dynamiki wzrostu inflacji nie podważa faktu, że obecnie mamy do czynienia z najwyższą inflacją od 25 lat, co fundamentalnie zmienia warunki prowadzenia działalności gospodarczej.
  - b. Nie sposób również pominąć obserwowanego znacznego wzrostu kosztów osobowych, związanych z zatrudnianiem personelu. Wysoka, niespotykana dotychczas galopująca inflacja, potęguje również duży nieprzewidziany wzrost kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem wykwalifikowanych pracowników (tzw. spirala płacowo-inflacyjna), które są znaczącym elementem składowym kosztów wykonawców.
15. Prawdliwość powyższej konstatacji Odwołującego znajduje potwierdzenie w treści wyroku KIO z dnia 3 listopada 2022 r. (sygn. akt: KIO 3004/22), w którym, odnosząc się do wyższego niż w tym postępowaniu maksymalnego limitu waloryzacji, wskazano, iż „(...) Zdaniem Odwołującego przewidziana w Umowie łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto, określonego w ust. § 16 ust. 1 pkt 1 Umowy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, tj. 10%, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron Umowy, nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający natomiast twierdzi, że nie jest możliwe z jego strony podwyższenie w wyniku waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy o więcej niż przewidziane w Umowie, jak też, nie ma uzasadnienia, aby w całości to Zamawiającego obciążało ryzyko związane z inflacją. Zamawiający nie wykazał jednak, dlaczego nie może określić wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy ponad 10%. W ocenie Izby zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% i rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, mając na uwadze, że okres obowiązywania Umowy wynosi 72 miesiące, dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść Wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. W art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp zostało wskazane, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z



*przepisu tego wynika zatem, że do Zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie. Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron.”.*

16. Za adekwatnością nawet 20% limitu waloryzacji opowiedziała się KIO również w wyroku z dnia 25 października 2022 r. (połączone sprawy KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22), w którym wskazała: *„W ocenie Izby, zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% i rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, mając na uwadze, że okres obowiązywania Umowy wynosi 72 miesiące, dla zachowania zgodności z zasadami współzycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść Wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. (...) Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron”.*
17. Orzecznictwo KIO zaprezentowane w powyższych rozstrzygnięciach przychyli się do uzasadnionych żądań Wykonawców i nakazuje urealnienie konstrukcji klauzul waloryzacyjnych. W swoich orzeczeniach, Izba uwzględnia zmieniające się warunki prowadzenia działalności gospodarczej i znaczące ryzyka przed którymi stają Wykonawcy, które określone są zwłaszcza przez opisany wyżej wzrost cen, w szczególności materiałów budowlanych, energii elektrycznej, paliw, a także wzrost kosztów uzyskania finansowania bankowego, jak również wzrost kosztów zatrudnienia pracowników. W tych okolicznościach zasadne jest oczekiwanie uwzględnienia przedmiotowego zarzutu również w niniejszej sprawie.
18. Poza sporem pozostaje, iż to Zamawiający, w ramach prawnych określonych postanowieniami art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, kształtuje treść klauzuli waloryzacyjnej. O ile przepis art. 439 ust. 1 i 2 Pzp ma charakter normy *ius cogens* w odniesieniu do obowiązku wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej, to w odniesieniu do nadania danej klauzuli waloryzacyjnej oznaczonej treści Zamawiający korzysta z wolności kontraktowej (art. 353<sup>1</sup> KC). W tym zakresie jednak swoboda Zamawiającego nie jest nieograniczona. Klauzula waloryzacyjna powołana do życia na potrzeby umowy w sprawie zamówienia publicznego (na etapie SWZ – projektowane postanowienia umowy) powinna uzyskać treść, która umożliwi zrealizowanie celów, dla których polski system prawny został uzupełniony o normę prawną wyrażoną w postanowieniach przepisu art. 439 ust. 1 i 2 PZP. KIO zaś jest organem, w ramach kompetencji którego pozostaje ocena wypełnienia ustawowego obowiązku Zamawiającego w tym zakresie, a przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający mógłby określać ten próg na poziomie 1%, bez możliwości kwestionowania takiego postanowienia w procedurze odwoławczej przed KIO. Należy pamiętać, iż mechanizm waloryzacyjny ma niwelować przede wszystkim skutki sytuacji nie do przewidzenia, a co za tym idzie nie można oczekiwać od Odwołującego, że będzie w stanie udowodnić, jaki będzie poziom inflacji lub deflacji w przyszłości jako uzasadnienie swojego żądania – istotą jest podział takiego ryzyka pomiędzy Wykonawcę i Zamawiającego w sytuacji, gdy dojdzie do jego zmaterializowania się. Nie mają także znaczenia (dla zasadności wprowadzenia tego mechanizmu waloryzacyjnego)

działania podejmowane przez NBP – gdyż, jeżeli dojdą do skutku, to mechanizm nie będzie musiał być zastosowany. Natomiast, jeśli pozostaną bez skutku, to mechanizm ten powinien mieć możliwość realnego oddziaływania na sytuację Wykonawcy.

19. Oceniając klauzulę waloryzacyjną będącą przedmiotem Odwołania nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż sformułowanie jej w aktualnej postaci jest jedynie wypełnieniem przez Zamawiającego formalnego obowiązku wyrażonego w art. 439 ust. 1 i 2 Pzp. Wartości wskaźników określonych przez Zamawiającego nie spełniają funkcji podziału ryzyk pomiędzy strony a przeliczają je w większym stopniu na wykonawcę. Także klauzula przewidująca limit waloryzacji umownej oscylujący w granicach połowy prognozowanej inflacji w swej istocie jest czynnością zmierzającą do obejścia prawa. Już bowiem w swoich założeniach kontraktowych klauzula taka nie będzie mogła stanowić faktycznej rekompensaty wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu.
20. Tego rodzaju działaniom pozornym sprzeciwia się orzecznictwo KIO, które nakazuje kreowanie klauzul waloryzacyjnych tworzących mechanizm uwzględniający zmiany cen na rynku. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO 1192/22) *„Celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy”*.
21. Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te powinny zapewnić elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności.
22. W omawianym przypadku mamy jednakże do czynienia z klauzulą, która wprost sprzeciwia się tym celom. Już tylko z tego powodu klauzula taka powinna zostać zastąpiona przez klauzulę, która będzie wpisywać się w ratio legis powołania do życia w przepisach o zamówieniach publicznych postanowień art. 439 ust. 1 i 2 PZP.
23. Limit zawarty w §34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy ukształtowany został w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, przez co nie realizuje celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych. Z tych względów treść §34 ust. 1 pkt 7) Wzoru Umowy narusza art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.



Mając na uwadze powyższe odwołanie jest zasadne i konieczne i wnoszę o jego uwzględnienie.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania,
2. Odpis z KRS Warbud S.A.,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu (tylko dla KIO).