



Pruszków, dnia 16.01.2023 r.

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

**Zamawiający:**

MIASTO POZNAŃ

pl. Kolegiacki 17, 61-841 Poznań

w imieniu i na rzecz którego działa Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o.

pl. Wiosny Ludów 2,

61-831 Poznań

telefon: (61) 884 20 10, 61 884 20 11,

strona internetowa: [www.pim.poznan.pl](http://www.pim.poznan.pl)

e-mail: [sekretariat@pim.poznan.pl](mailto:sekretariat@pim.poznan.pl)

**Odwołujący:**

**STRABAG Sp. z o.o.**

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000054588

reprezentowany przez:

**radcę prawnego Magdalenę Marciniak**

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10

05-800 Pruszków

E-mail: [magdalena.marciniak@bauholding.com](mailto:magdalena.marciniak@bauholding.com)

Tel.: 788-957-521

**Dotyczy: „BUDOWA SZKOŁY NA STRZESZYNIĘ [POZNAŃ]” postępowanie numer PIM/12/22/ZP69/2019-205**

ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 stycznia 2023 r. nr ogłoszenia 2023/S 003-005308

Strona 1 z 11



## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (pełnomocnictwo wraz z opłatą w załączeniu) 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 „ustawa Pzp”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „kc”). Postanowienia SWZ oraz wzoru umowy naruszają ww. przepisy m.in. w niżej wskazanym zakresie, co narusza dalej powołane przepisy ustawy Pzp i kc oraz uzasadnia żądania wskazane w Odwołaniu.

### **I. Zakres**

1. Zamawiający zaniechał opisu przedmiotu przyszłego zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez nieokreślenie sposobu płatności i pozostawienie dowolności w sposobie rozliczania umowy poprzez przekazanie dopiero po podpisaniu umowy wiążącego TER, który będzie podstawą rozliczenia z Wykonawcą. Zamawiający niekonsekwentnie wymaga w rozdz. XIV poz. 1 SWZ obliczenia ceny oferty i załączenia do oferty Tabeli Etapów Rozliczeniowych (TER), pod czas gdy w § 10 ust 1 umowy określa, że wiążący Strony TER przekaże najpóźniej w kolejnym dniu roboczym po dniu podpisania Umowy. Taki sposób uregulowania przyszłych płatności jest niejasny, nieznanym Wykonawcy w momencie składania oferty i pozostawia dowolność w kształtowaniu wysokości i częstotliwości transz wypłacanego w przyszłości wynagrodzenia wyłącznie po stronie Zamawiającego.
2. Umowa w § 20 zawiera klauzulę waloryzacyjną z zbyt niskim limitem górnym możliwości zmiany wynagrodzenia co czyni ją pozorną i niemożliwą do zastosowania do osiągnięcia zakładanego celu. Klauzula waloryzacyjna z przewidzianym limitem 7% całości zmiany wynagrodzenia nie pozwoli na przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, jest limitem niewystarczającym w realiach rynkowych, jak i limitem jaki nie występuje w innych podobnych postępowaniach.

### **II. Zarzuty**

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. **Naruszenie art. 16 pkt 1,2,3, art. 99 pkt 1, 4 art. 436 pkt 2 ustawy Pzp** poprzez nieokreślenie jasnych, obiektywnych i znanych na moment składania oferty warunków zapłaty wynagrodzenia, pozostawiających dowolność kształtowania przez Zamawiającego sposobów, terminów jak i warunków zapłaty przyszłego wynagrodzenia po podpisaniu umowy przez przekazanie dopiero na tym etapie wiążącego TER.
2. **Naruszenie art. 439 ust. 1 i ust 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie § 20 projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy.

### III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa oraz określenia ich w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Mając na uwadze zasadę, iż gospodarzem postępowania a jednocześnie decydem w sprawie nadawania brzmienia poszczególnym zapisom umowy jest Zamawiający, Odwołujący wskazuje możliwe i rekomendowane przez niego nadanie brzmienia poszczególnym zapisom:

ZARZUT 1:

#### Zamiast:

§ 10

#### ZASADY PŁATNOŚCI

1. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie płacone w transzach stanowiących ustalone części ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawcy. Ilość i wysokość transz określa TER, stanowiący załącznik nr 2 do Umowy. Zamawiający prześle Wykonawcy wiążący Strony TER najpóźniej w kolejnym dniu roboczym po dniu podpisania Umowy.
2. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie wypłacane na podstawie faktur częściowych, zgodnie z TER w miarę postępu realizacji robót budowlanych objętych przedmiotem Umowy, po odbiorze robót budowlanych objętych danym etapem wg TER oraz faktury końcowej wystawionej po dokonaniu skutecznego odbioru końcowego Przedmiotu Umowy.

#### Powinno być:

§ 10

#### ZASADY PŁATNOŚCI

1. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie płacone w transzach stanowiących ustalone części ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawcy. Ilość i wysokość transz określa TER, stanowiący załącznik nr 2 do Umowy. **Wiążący Strony TER stanowi wypełniony i dostarczony wraz z Ofertą przez Wykonawcę formularz zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ**



## § 20

### KLAUZULA WALORYZACJNA

#### Zamiast:

Ustęp 1 pkt.

7) Suma waloryzacji dokonywanych na podstawie zasad niniejszego paragrafu, rozumiana jako zwiększenie albo obniżenie Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, nie może przekroczyć limitu 7% kwoty brutto określonej w § 4 ust. 1 Umowy.

#### Powinno być:

7) Suma waloryzacji dokonywanych na podstawie zasad niniejszego paragrafu, rozumiana jako zwiększenie albo obniżenie Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, nie może przekroczyć limitu 20% kwoty brutto określonej w § 4 ust. 1 Umowy.

## IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy Pzp. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SWZ są niezgodne z Pzp i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), m.in. w sposób pozorny określa mechanizm waloryzacyjny, mimo iż przy obecnych realiach limit jest niewystarczający i pokryje tylko nie wielką część realnej zmiany cen. Zamawiający nie określa też zasad płatności mimo, iż jest to element obligatoryjny wymagany ustawą Pzp. Wszystkie podniesione wyżej zarzuty wpływają na sposób odpowiedzialności Wykonawcy na etapie realizacji Umowy a z uwagi, iż proponowane zapisy naruszają przepisy prawa są nieakceptowalne dla potencjalnego oferenta i wykonawcy przyszłego zamówienia, jakim może być wykonawca Strabag sp. z o.o., to tym samym zachodzi konieczność ich zaskarżenia.

Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż na chwilę obecną nie może złożyć oferty z uwagi na brak możliwości wyceny ryzyka i zakresu, o jakim mowa w części I Odwołania a przypadku wyboru jego oferty w Postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę w sprawie zamówienia publicznego.

## V. Termin i wymogi formalne

- w dniu 4 stycznia 2023 r. Zostało opublikowane w DUUE ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 16 stycznia 2023 r. (poniedziałek, po przypadającym na sobotę terminie wniesienia) Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Strona 4 z 11

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

Tel. +48 22 7144377  
Faks +48 22 7144908

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

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



Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu

- dowody w załączeniu.

## UZASADNIENIE

### UWAGI OGÓLNE

W pierwszej kolejności, pragniemy podkreślić, iż celem Odwołującego 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, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy zainteresowanego należytych 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.

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż **swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona**. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach *określonych treścią art. 353<sup>1</sup> oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.* " (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Strona 5 z 11

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

Tel. +48 22 7144377  
Faks +48 22 7144908

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

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



Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż 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.

#### **Ad.1 ustalenie ilości i wysokości transz zgodnie z TER po podpisaniu umowy**

Zamawiający niekonsekwentnie żąda od wykonawców złożenia Tabeli Etapów Rozliczeniowych (TER) wraz z ofertą po czym zastrzega, że sam przekaże taki dokument jako wiążący dopiero po podpisaniu umowy. TER jest więc istotnym elementem opisu przedmiotu zamówienia i opisem sposobu i warunków płatności za przyszłe zamówienie. Warunki i sposób płatności winny znaleźć się we wzorze umowy przekazanym na etapie postępowania zgodnie z wymogiem art. 436 pkt 2 ustawy Pzp. Wymóg taki zostanie spełniony jeżeli każdy z wykonawców przedłoży uzupełniony TER wraz z ofertą, czego żąda wprost Zamawiający, zgodnie z rozdz. XIV SWZ. Taki TER powinien być wiążący, zważywszy, że będzie podlegał jednakowemu badaniu na etapie weryfikacji ofert. Każdy z wykonawców będzie miał zatem równe szanse i pewność, że po wyborze jego oferty otrzyma wynagrodzenie w transzach uzgodnionych i wyliczonych jeszcze na etapie składania oferty, co pozwoli mu na prawidłowe wyliczenie ceny i ryzyka.

Zastrzeżenie poczynione przez Zamawiającego we wzorze umowy, iż przekaże on wiążący TER po podpisaniu umowy narusza przepisy ustawy Pzp i powoduje, że:

1. Zamawiający ma całkowitą dowolność do zmiany TER złożonego wraz z ofertą na co Wykonawca nie będzie miał wpływu;
2. TER przekazany przez Zamawiającego może być diametralnie różny niż złożony przez Wykonawcę na etapie składania ofert;
3. Wykonawca nie będzie miał możliwości ponownej oceny i wyceny ryzyka, gdyż cena podana w ofercie nie może podlegać zmianie mimo, iż zmianie ulegną warunki bazowe przyjęte to wyceny oferty.
4. Złożenie TER wraz z ofertą przez wykonawców staje się bezprzedmiotowe
5. Naruszeniu ulega zasada przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców i zasada zachowania uczciwej konkurencji, gdyż może dojść do sytuacji, że każdy z wykonawców otrzymałby inny nieznan na moment składania oferty sposób rozliczenia co może powodować, że wybrany wykonawca otrzyma bardziej lub mniej korzystniejszy sposób finansowania według nieznan na ten moment kryteriów.

Taki sposób uregulowani zasad płatności jak zaproponowany w Umowie narusza normę art. 436 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wskazują praktycy warunki zapłaty wynagrodzenia stanowią kolejne obligatoryjne postanowienie każdej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dotyczyć to będzie zapewne takich aspektów jak możliwość zapłaty wynagrodzenia w częściach, określenia formy wynagrodzenia (ryczałt, kosztorysowe, prowizja, wynagrodzenie stałe, inne) i terminu zapłaty, informacje dotyczące walut obcych, w jakich mogą być prowadzone rozliczenia między zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamawiający przewiduje rozliczenia w walutach obcych. „Klauzula ta dotyczyć będzie w szczególności ustalenia czy płatność za wykonanie zamówienia

ma charakter jednorazowy czy zamawiający będzie płacił wynagrodzenie w częściach, oraz czy udziela zaliczek na poczet wykonania zamówienia (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 436.). Nieokreślenie takich zasad już na etapie Postępowania, zgodnie z przekazany wzorem Umowy i pozostawienie dowolności kształtowania takich zasad jednostronnie przez Zamawiającego po podpisaniu Umowy stanowi naruszenie art. 436 pkt 2 ustawy Pzp.

**Ad. 2 limit waloryzacji został ustalony w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp, waloryzacja jest pozorna i oderwana od realiów, w jakich funkcjonuje.**

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 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. Trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego (obecnie w wyniku zmiany ustawy waloryzuje się już znacznie krótsze a 6 miesięczne umowy), niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

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 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 niezmiernie 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. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

1. jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
2. jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
3. sprzyja sprawniej realizacji inwestycji;

4. winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń.

Zgodnie z art. 439 ust 2. 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.*

Zgodnie z zapisami § 20 ust 1 podpunktu 3): *waloryzacja będzie odbywała się przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji, obliczonego według następującego wzoru:*

$$W=CBM/100$$

gdzie CBM – oznacza **wskaźnik ceny produkcji budowlano-montażowej ogółem obowiązujący w miesiącu wystawienia faktury, opublikowanej przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na stronie GUS, jako wskaźnik**) zmiany w stosunku do daty złożenia ofert.

Jednocześnie zgodnie z § 20 ust 1 pkt 4) *W sytuacji wzrostu cen w budownictwie, waloryzacja wynagrodzenia, poprzez jego podwyższenie, następować będzie gdy zmiana wynagrodzenia Wykonawcy z zastosowaniem ww. wskaźnika waloryzacji oznaczać będzie zwiększenie o trzy lub więcej procent kwoty wynagrodzenia podlegającej waloryzacji a suma waloryzacji dokonywanych na podstawie zasad paragrafu, rozumiana jako zwiększenie albo obniżenie Wynagrodzenia należnego Wykonawcy, nie może przekroczyć limitu 7% kwoty brutto określonej w § 4 ust. 1 Umowy.*

Zgodnie z § 2 ust 1 wzoru Umowy termin realizacji całego zadania wynosi 720 dni to jest około 24 miesięcy.

Wskazany górny limit 7% waloryzacji jest rażąco zaniżony w stosunku do obecnych realiów rynkowych i przenosi w sposób nieuprawniony na Wykonawcę ryzyko wystąpienia wzrostów cen ponad ten poziom.

Celem wykazania powyższego przeprowadzono symulacje z uwzględnieniem dostępnych danych w zakresie zmian Wskaźnika w ubiegłym roku 2022 (poprzedzającym złożenie oferty)



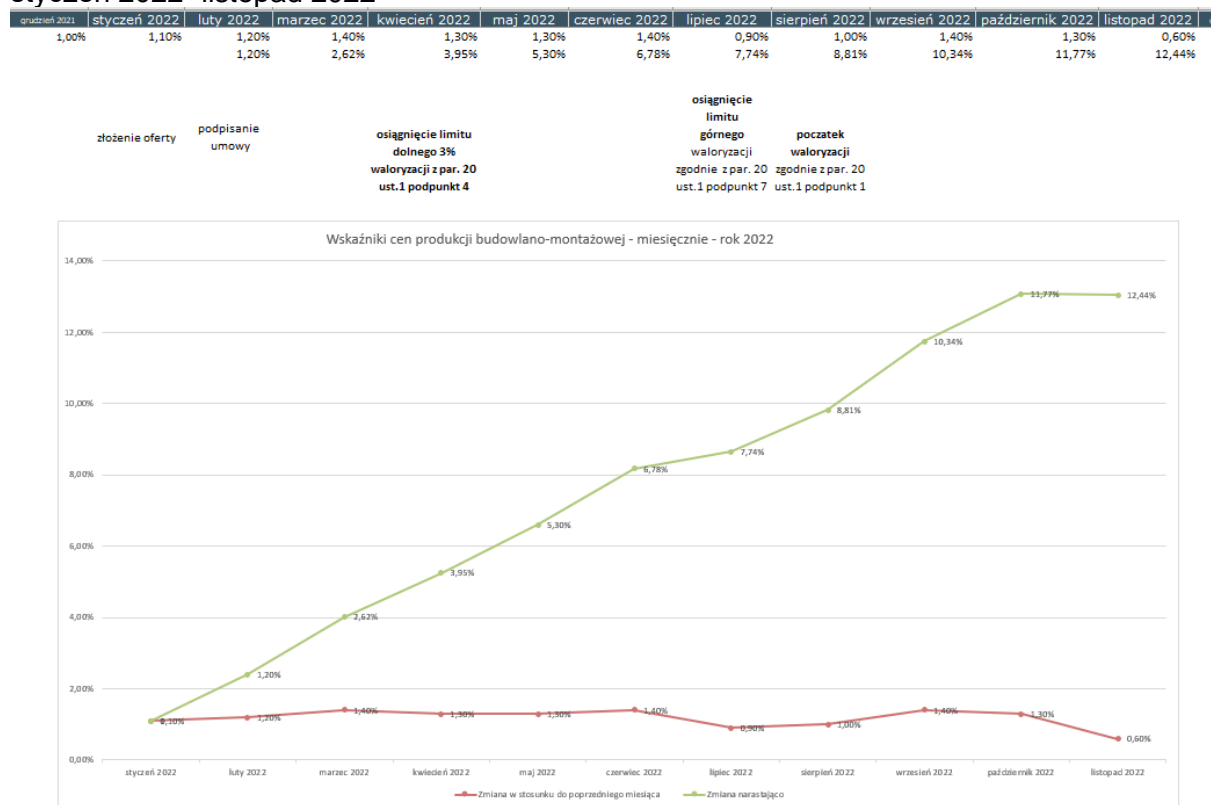
przy założeniu, że otwarcie ofert nastąpiło w styczniu 2022, a do podpisania umowy doszło już w lutym.

Wyniki symulacji przedstawiono na wykresie 1 poniżej, na którym kolorem czerwonym zilustrowano zmianę wskaźnika w stosunku miesiąc do miesiąca, a kolorem zielonym jego wartość narastająco (gdzie miesiąc styczeń =0).

Zgodnie z tym:

- osiągnięcie dolnego limitu waloryzacji 3% nastąpiłoby w miesiącu kwietniu (3,95%), a więc w drugim miesiącu po podpisaniu umowy i 3 miesiącu po złożeniu oferty,
- osiągnięcie limitu górnego waloryzacji 7% nastąpiłoby w miesiącu lipcu 2022 (7,74%) to jest w **5 miesiącu** od podpisania umowy, a więc miesiąc przed terminem z którym zgodnie z zapisami ustępu 1 podpunkt 1) waloryzacja miałaby się dopiero rozpocząć.

Wykres 1. Zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej ogółem w okresie styczeń 2022- listopad 2022



Przeprowadzona symulacja wskazuje, iż gdyby podpisanie umowy miało miejsce lutym ubiegłego roku:



-waloryzacji nie podlegały by roboty wykonane w okresie kwiecień – sierpień pomimo, iż wystąpiłoby w tym okresie przekroczenie wskaźnika o 3% , gdyż nie spełniony byłby warunek upływu 6 miesięcy od podpisania umowy z § 20 ust 1 pkt 1 projektowanych zapisów Umowy,  
- waloryzacja nastąpiła by jednorazowo, wynosiła 4% i objęła roboty pozostające do wykonania po 6 miesiącu od podpisania Umowy,

Wykonawca ponosiłby wszelkie dalsze koszty nieprzewidywalnych wzrostów cen, a więc wszystkie zmiany wskaźnika za okres kolejnych 1,5 roku realizacji, gdzie tylko według ostatnich dostępnych danych za miesiąc listopad 2022 wzrost wskaźnika w okresie luty – listopad 2022 wynosił narastająco **12,44%**, a w ujęciu rocznym, w stosunku do listopada 2021 zmiana wskaźnika wynosiła **14,7% (!!!)**.

Powyższe oznacza, że zaproponowany mechanizm waloryzacji pokryłby zaledwie ok. 1/4 faktycznego wzrostu cen zarejestrowanego w ciągu 12 miesięcy-gdzie przewidywany czas realizacji całego zadania przewidywany jest na 24 miesiące.

Powyższe jednoznacznie pokazuje, że limit maksymalnej zmiany wynagrodzenia jest zbyt niski i spowoduje, że waloryzacja będzie na tyle minimalna, co symboliczna.

Biorąc pod uwagę obecnie wskazywane limity maksymalne zmiany wynagrodzenia to wynoszone między 10 a 20 %. Ministerstwo Infrastruktury mając na uwadze świadomość rosnących cen, na podstawie przeprowadzonych w Ministerstwie analiz i w wyniku ustaleń z branżą wykonawczą, podwyższyło jakiś czas temu limit waloryzacji dla kontraktów zawartych z GDDKiA do 10% wartości kontraktu (wcześniej było to maksymalnie 5%). Zdaniem Ministerstwa „*wyższy limit waloryzacji pozwoli na ustabilizowanie rynku budowlanego i pozytywnie wpłynie na tempo realizacji kontraktów, a także zniweluje zagrożenie dla ciągłości prac budowlanych*” (źródło: <https://www.gov.pl/web/infrastruktura/dodatkowe-27-mld-zl-na-drogi-krajowe>).

W jednym z ostatnich zaś wyroków KIO tj. wyrok z dnia 25 października 2022 r sygn. akt: KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22 Izba uznała, że przy obecnie panującej inflacji znaczących wzrostach cen ustalenie limitu maksymalnego zmian wynagrodzenia na 10 % może się okazać niewystraszające i nakazała podnieść limit do 20% wynagrodzenia:

*„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”*

Znamienne również jest to, że ustalany limit górny możliwości zmian wynagrodzenia nie powinien być ustalany wyłącznie w odniesieniu do planów finansowych czy obecnych możliwości Zamawiającego. Ryzyko zmian waloryzacyjnych jest nie tylko ryzykiem wykonawcy ale poprzez



wprowadzenie jako elementu obligatoryjnego do umów, jest też ryzykiem Zamawiającego wobec czego ustalanie limitów na zbyt niskich i odstających od panujących warunków i poziomu wzrostu cen jest naruszeniem przepisu art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp.

Na marginesie zaznaczamy, że ustalanie zbyt niskiego limitu górnego możliwości zmiany wynagrodzenia nie może być konwalidowane możliwościami finansowymi przy tez planami finansowymi Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25.05.2022 r., KIO 1151/22: „*wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu.* (vide: wyrok KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2355/21)”. W momencie kiedy limit wpisuje się w plan finansowy Zamawiającego ale jednocześnie wypacza sens klauzuli bo jest zbyt niski w realiach rynkowych to tym stanowi naruszenie przepisu art. 439 ust 2 pkt 4 Pzp. Jeżeli przy obecnej tendencji zmiany cen i materiałów limit taki zostanie osiągnięty po ok 7 miesiącach realizacji umowy podczas gdy umowa została zawarta na okres 24 miesiący to przerzucenie większościowego ryzyka zmiany cen na wykonawcę nie spełnia celu, jaki istnieje w związku z wprowadzeniem mechanizmów obligatoryjnej waloryzacji umów.

**Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.**

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego