

**Sygn. akt: KIO 3385/22**

**Wyrok**

**z dnia 3 stycznia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 roku przez Odwołującego: Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy udziale:

- A) wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- B) wykonawcy TPF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- C) wykonawcy Transprojekt Gdański Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania pn. Odcinek A – Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto, Etap I” 9090/IREZA2/19312/06339/22/P (dalej: „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021, poz. 1129 ze zm.; dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 9 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 238-687904.

W dniu 19 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów w Warszawie (organizację wpisaną przez Prezesa UZP na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej poz.149 nr decyzji UZP/DP/022/1/20/PL) zwany dalej Odwołującym, wobec treści dokumentów zamówienia w postaci Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 439 Pzp 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 poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie przyjęcia w § 21 ust. 9 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU”) skrajnie niskiej łącznej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji oraz wzroście wynagrodzeń implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej z § 21 WU za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 Pzp i uniemożliwiająca osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- I. uwzględnienie Odwołania,
- II. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 21 ust. 9 Warunków Umowy i nadanie mu następującej treści:

*„Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 20% Wynagrodzenia netto. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami Umowy – nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 22 Umowy.”*
- III. przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:
  - 1) opracowania własnego Odwołującego – symulacji obrazującej wpływ zmian wysokości wskaźnika wzrostu lub spadku cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („GUS”) w Biuletynie Statystycznym GUS („Biuletyn GUS”), na stronie internetowej GUS, wyliczonego na podstawie wzrostu lub spadku cen za poprzedni kwartał dokonania ogłaszanego przez Prezesa GUS na podstawie art. 20 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 504 ze zm. – „Ustawa o Emeryturach”), obliczonego w odniesieniu do dnia złożenia oferty w Postępowaniu oraz wskaźnika wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia (w gospodarce narodowej – ogółem) publikowanego przez Prezesa GUS w Biuletynie GUS, na stronie internetowej GUS, wyliczonego na podstawie wzrostu lub spadku przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni kwartał ogłaszanego przez Prezesa GUS na podstawie art. 20 pkt 2 Ustawy o Emeryturach, wyliczonego w odniesieniu do dnia złożenia Oferty w Postępowaniu – w celu wykazania prognozowanego wzrostu kosztów wykonania zamówienia udzielanego w Postępowaniu i faktu, iż przewyższa on łączną maksymalną wartość korekt wynagrodzenia w następstwie waloryzacji, określoną przez Zamawiającego w § 21 ust. 9 WU („Załącznik nr 6 do Odwołania”),
  - 2) opracowania własnego Odwołującego – zestawienia zmian przeciętnego wynagrodzenia publikowanego przez GUS w sektorze usług inżyniera kontraktu w okresie od III kwartału 2008r. do III kwartału roku 2022 – w celu wykazania, że dotychczasowe zmiany średniego wynagrodzenia w tym sektorze znacząco przewyższały przyjęty przez Zamawiającego w § 21 ust. 9 WU procentowy limit

dopuszczalnych zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy w następstwie waloryzacji („Załącznik nr 7 do Odwołania”),

- IV. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą („KIO”).

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W dniu 9 grudnia 2022 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej [www.platformazakupowa.plk-sa.pl](http://www.platformazakupowa.plk-sa.pl) SWZ dla Postępowania. Przedmiotem zamówienia udzielanego w Postępowaniu jest świadczenie usługi („Usługa”) nadzoru nad robotami budowlanymi, wykonywanymi w ramach projektu infrastrukturalnego, realizowanego przez Zamawiającego. W świetle klauzuli § 3 ust. 2 WU, Usługa ma być realizowana co do zasady w maksymalnym terminie 57 miesięcy, w tym przez 42 miesiące w ramach tzw. okresu podstawowego, 12 miesięcy w ramach tzw. okresu wydłużonego realizacji Kontraktu budowlanego oraz przez 3 miesiące w tzw. okresie wykraczającym poza okres wydłużony realizacji Kontraktu budowlanego.

Zamawiający, działając zapewne w wykonaniu obowiązku normatywnego przewidzianego w art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, w § 21 ust. 2 i nast. WU opisał mechanizm dokonywania zmian wysokości wynagrodzenia „(...) dla oddania wzrostów lub spadków kosztów związanych z realizacją zamówienia, zgodnie z ustępami 2 - 10 w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych („CPI”) oraz przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw – budowa inżynierii lądowej i wodnej („R”) publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Prezesem GUS”) w Dziedzinowej Bazie Wiedzy.”

Zamawiający w § 21 ust. 9 WU zawarł przy tym zastrzeżenie, zgodnie z którym „Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% Wynagrodzenia netto. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów (...).”

Odwołujący w ramach niniejszego postępowania odwoławczego nie kwestionuje sposobu ukształtowania przez Zamawiającego samego mechanizmu ustalania wysokości zmiany (waloryzacji) wynagrodzenia, należnego wykonawcy, natomiast stanowczo sprzeciwia się przyjętej w WU (celowo) skrajnie niskiej łącznej wartości zmian wynagrodzenia wykonawcy, dokonanej w następstwie klauzuli waloryzacyjnej zawartej w dokumentach zamówienia.

Tak drastyczne ograniczenie przez Zamawiającego poziomu waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy Usługi, która będzie realizowana przez okres aż 57 miesięcy, stanowi przejaw rażącego wykorzystania przez Zamawiającego jego uprzywilejowanej pozycji, poprzez jedynie iluzoryczne wypełnienie obowiązków ustawowych, przewidzianych w art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, a w rzeczywistości wykreowanie regulacji uniemożliwiających osiągnięcie istoty i celów waloryzacji jako takie musi zostać zakwestionowane w trybie środków ochrony prawnej, przewidzianych w przepisach Pzp.

UZASADNIENIE ZARZUTU NARUSZENIA ART. 439 Pzp UST. 1 I 2 Pzp W ZW. Z ART. 16 PKT 1 I 3 Pzp W ZW. Z ART. 3531 KC W ZW. Z ART. 8 UST. 1 Pzp

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.

Obligatoryjne elementy treści klauzuli waloryzacyjnej z art. 439 Pzp ustawodawca określił przy tym w ustępie 2 przywołanego art. 439.

Jak trafnie wskazuje Urząd Zamówień Publicznych („UZP”) w swojej opinii pn. „Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych”: *„Prześlanki 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 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.”*

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.2. 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.”*

Odnosząc wyżej cytowane stanowiska UZP i PGRP do niniejszej sprawy, godzi się zauważyć, że zastrzeżenie w § 21 ust. 1 WU zaledwie 10% łącznego poziomu zmian wynagrodzenia wykonawcy realizującego Usługę przez okres aż 57 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).

Wykonawca, wskutek wzrostu cen, świadczyć będzie w wyższym zakresie niż mógł, nawet przy zachowaniu najwyższego miernika staranności, przewidzieć to w chwili złożenia oferty ofercie, tj. ponosi większe koszty ze względów niezależnych od niego i w zakresie nieobjętym ryzykiem kontraktowym tak w rozumieniu zasad prawa cywilnego i Pzp, a jego wynagrodzenie utraci walor ekwiwalentności do spełnianego świadczenia. Owa ekwiwalentność, nie będzie mogła zostać przywrócona poprzez zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej z § 21 ust. 2 i nast. WU, gdyż zastrzeżony maksymalny poziom waloryzacji, przy jednoczesnym stosowaniu mnożnika korygującego, nie pozwoli na urealnienie wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie na podwyższenie go do poziomu zdecydowanie nieadekwatnego do faktycznie zaistniałych zmian gospodarczych.

Absolutnie nie można tracić z pola widzenia, że aktualna, bezprecedensowa sytuacja geopolityczna oraz rynkowa skutkuje znacznym wzrostem kosztów wykonywania usług

takich, jak stanowiące przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu, które to koszty obejmują m.in. koszty:

- 1) wynagrodzenia pracowników, współpracowników i podwykonawców,
- 2) zapewnienia miejsc niezbędnych do świadczenia usług, takich jak m.in.:
  - a) powierzchnia biurowa (konieczność zapewnienia biur z zachowaniem wymagania odległości do 5 km od terenu robót, co przy świadczeniu Usługi dla inwestycji obejmującej nadzór nad przebudową linii kolejowej oznacza konieczność zapewnienia kilku biur i transport personelu pomiędzy nimi)
  - b) artykuły biurowe,
  - c) koszty z tytułu przesyłek pocztowych i kurierskich,
  - d) transportu (paliwa, serwis, ubezpieczenia) oraz zakwaterowanie personelu,
  - e) sprzętu, licencji za oprogramowania,
  - f) media, w tym drastycznie wzrastające koszty energii elektrycznej i ciepłej
- 3) kosztach ubezpieczeń, gwarancji bankowych, leasingu, podatków

O nieprzewidywalności dalszego rozwoju sytuacji gospodarczej świadczy również fakt, że wszelkie prognozy Narodowego Banku Polskiego publikowane w przez ostatnie lata stałe i niezmiennie zapewniały zarówno branżę inżynierską jak i opinię publiczną o braku ryzyka wzrostu inflacji, wskazywano nawet na groźbę deflacji. Dodatkowo coroczne założenia polityki pieniężnej publikowane przez Radę Polityki Pieniężnej publikowane w ostatniej dekadzie niezmiennie wskazywały na utrzymywaniu przeciętnego poziomu inflacji w Polsce w celu inflacyjnym który od lat wynosi 2,5% (+/- 1%). Natomiast obecnie mamy do czynienia z najwyższą inflacją od 25 lat. Tytułem przykładu w największym stopniu za wzrost inflacji do poziomu 17,40 % rokrocznie odpowiadają m.in. wzrosty cen odpowiednio: paliw (E95), energii elektrycznej (energii czynnej netto), paliwo gazowe (gaz dla klienta biznesowego netto).

Warto również wskazać, iż sam Narodowy Bank Polski nie był w stanie w sposób precyzyjny określić przyszłej inflacji CPI r/r w kilkuletnim badanym okresie, świadczą o tym m.in. raporty obrazujące projekcje inflacji i wzrostu gospodarczego NBP na podstawie modelu NECMOD . Niestaołość i nieprzewidywalność aktualnej sytuacji gospodarczej jest również skutkiem gwałtownego podnoszenia stóp procentowych (stopy referencyjnej) przez Radę Polityki Pieniężnej. Podnoszenie stóp procentowych dokonywane przez Radę Polityki Pieniężnej ma znaczący wpływ na wyniki finansowe wszystkich przedsiębiorstw, w tym wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Rosnące koszty kredytów i leasingów, utrzymywania oraz obsługi nieruchomości, utrudnienia w pozyskiwaniu finansowania, a także odpisy na wartości aktywów wpływają na koszty realizacji ponoszone przez wykonawców, eliminując jakikolwiek zysk, prowadząc do przejęcia ciężaru



finansowego realizowanego zamówienia przez wykonawców. Wzrost stóp procentowych ściśle skorelowany jest z inflacją, a tym samym, oddziałuje na wykonawców podwójnie. Nie sposób również pominąć obserwowanego znacznego wzrostu kosztów osobowych, związanych z zatrudnianiem personelu, które obrazują Załącznik nr 6 i Załącznik nr 7 do Odwołania.

Wysoka, niespotykana dotychczas galopująca inflacja, potęguje również duży nieprzewidziany wzrost kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem wykwalifikowanych pracowników (tzw. spirala płacowo-inflacyjna), które są najbardziej znaczącym elementem składowym kosztów wykonawców świadczących usługi takie, jak stanowiące przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu. Dla porównania, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw publikowane przez Prezesa GUS w II kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r. wyniósł 4,06%, natomiast średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w II kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. 7,88%, a w ostatnim roku wyniósł 11,84 %. Tą niespotykaną tendencje potwierdza również porównanie dla II kwartału tj. średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r., 4,09%, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. - 8,82%, - w ostatnim roku wyniósł 14,55 %. Powyższe prowadzi do wniosku, że przy utrzymywaniu się wysokiego poziomu inflacji należy oczekiwać również rosnących w podobnym tempie kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników.

Godzi się w tym miejscu przypomnieć, że okres realizacji Usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu wynosić będzie aż 57 miesięcy. Aktualnie całe ryzyko nie dających się przewidzieć, wyżej wskazanych zmian gospodarczych Zamawiający przeniósł na wykonawcę, który nie posiadając zdolności jasnowidzenia nie jest w stanie antycypować rozwoju sytuacji polityczno-gospodarczej w Polsce w okresie kolejnych 57 miesięcy. Dopuszczenie bowiem zaledwie 10% limitu waloryzacji w kontrakcie wieloletnim,

w realiach ponad 17% inflacji, jawi się przy tym jako działanie oderwane od rzeczywistości, absolutnie nie pozwalające na osiągnięcie celów waloryzacji.

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.

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. Klauzula przewidująca limit waloryzacji umownej oscylujący w granicach niewiele ponad 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.

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 bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności.

W omawianym przypadku mamy jednakże do czynienia z klauzulą, która wprost, już na poziomie swoich założeń konstrukcyjnych, sprzeciwia się tym celom. Już tylko z tego powodu klauzula taka powinna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego i 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.

Całokształt wyżej podniesionych okoliczności faktycznych prowadzi do jednoznacznej konkluzji o niegodziwości klauzuli § 21 ust. 9 WU, nie dającej się w żaden sposób uzasadnić w realiach zakładanej przez ustawodawcę zasadniczej równowagi stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również o rażącej niezgodności tejże klauzuli z treścią norm prawnych wywiedzionych 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.

W takim stanie rzecz Odwołanie jest konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi jak w petitum.

W dniu 22 grudnia 2022 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy: IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz w dniu 23 grudnia 2022 roku wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 28 grudnia 2022 r. Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

**Izba ustaliła i zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu (tu ukształtowanie treści postanowień warunków umowy), lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W

analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołania na treść postanowień zawartych w dokumentach zamówienia ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania musi być sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego w ocenie Odwołującego, kwestionowane postanowienia naruszają przepisy Prawa zamówień publicznych oraz uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji kwestionowanych postanowień powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia podmiotom podnoszącym te żądania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. art. 439 Pzp 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 poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, w następstwie przyjęcia w § 21 ust. 9 Tomu II SWZ – Warunki Umowy („WU”) skrajnie niskiej łącznej maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, co przy aktualnie występującym poziomie inflacji oraz wzroście wynagrodzeń implikuje uznanie klauzuli waloryzacyjnej z § 21 WU za niewypełniającą dyspozycji art. 439 ust. 1 i 2 Pzp i uniemożliwiającą osiągnięcie celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z treścią art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres *dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*

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 art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *(...)*
- 3) *proporcjonalny.*

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych *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.*

Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego *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.*

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Tom II Warunki Umowy (WU) w § 21 Zamawiający wprowadził następujące postanowienie:

W ust. 3:

Wynagrodzenie należne Wykonawcy w danym miesiącu podlegać będzie waloryzacji o współczynnik waloryzacyjny (WGn) wyliczony według wzoru:

$$WGN = a + b \frac{CPI_n}{CPI_0} + c \frac{R_n}{2R_0}$$

gdzie:

- „WGN” jest mnożnikiem korygującym, do zastosowania w stosunku do szacunkowej umownej wartości pracy wykonanej w okresie „n”; przy czym okresem tym jest miesiąc, jeśli nie jest inaczej podane w Umowie;
- „a” jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,5 (50%) niepodlegającym korekcie;
- „b” jest stałym współczynnikiem o wartości: 0,3 (30%) niepodlegającym korekcie;
- „c” jest stałym współczynnikiem o wartości 0,20 (20%), niepodlegającym korekcie;
- symbole wskaźnika z indexem dolnym „n” są wskaźnikami kosztu bieżącego okresu (cenami porównawczymi dla okresu „n”), publikowanymi przez Prezesa GUS w Dzielnicowej Bazie Wiedzy obowiązującymi w danym okresie rozliczeniowym;
- symbole wskaźnika z indexem dolnym „0” są wskaźnikami kosztu odniesienia (cenami odniesienia) na Datę Odniesienia, publikowanymi przez Prezesa

W ust. 9:

*Łączna wartość korekt wynikająca z waloryzacji nie przekroczy (+/-) 10% Wynagrodzenia netto. Przez łączną wartość korekt należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek kosztów nie jest objęta postanowieniami Umowy, będzie się uważało, że całkowite wynagrodzenie brutto uwzględnia wzrosty lub spadki kosztów. Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami Umowy – nie podlegają wartości wprowadzone na podstawie § 22 Umowy.*

Odwołujący – jak wskazał w odwołaniu – nie kwestionuje sposobu ukształtowania samego mechanizmu ustalania wysokości zmiany (waloryzacji) wynagrodzenia należnego wykonawcy, lecz sprzeciwia się skrajnie niskiej łącznej wartości zmian wynagrodzenia wykonawcy (nie więcej niż 10 %), dokonanej w następstwie klauzuli waloryzacyjnej zawartej w dokumentach zamówienia, zarzucając przy tym Zamawiającemu naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 353<sup>1</sup> KC. Odwołujący twierdzi, że realna, łączna wartość korekt wynikających z inflacji winna być określona jako nieprzekraczająca (+/-) 20%, odwołując się do współczynnika inflacji (17,4 %) oraz znacznego średniego wzrostu przeciętnego wynagrodzenia (14,55 %).

Z argumentacją Odwołującego trudno się zgodzić. Odwołujący pomija okoliczności wynikające z mechanizmu waloryzacyjnego wyrażonego wzorem wskazanym w § 21 ust. 3 warunków umowy, którego nie zakwestionował w treści odwołania. Otóż, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie:

8. Należy zauważyć, że współczynnik *a*, jest współczynnikiem stałym i nie odnoszonym do konkretnych wskaźników, inaczej mówiąc jest to część wynagrodzenia nie podlegająca waloryzacji i ta część obejmuje 50 % wynagrodzenia (0,5). Dopiero współczynniki *b* (0,3) i *c* (0,2) przemnażane są przez wartości wskaźników kosztów a następnie sumowane ze współczynnikiem *a*.

9. Współczynnik *b* (0,3) przemnażany jest przez wskaźniki dotyczące inflacji, a więc zgodnie z tym wzorem Zamawiający partycypuje w kosztach związanych z inflacją w 30 %. Natomiast współczynnik *c* (0,2) przemnażany jest przez wskaźniki dotyczące zmiany przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego brutto w sektorze przedsiębiorstw – budowa inżynierii lądowej i wodnej, a więc Zamawiający partycypuje w kosztach związanych ze zmianą wynagrodzeń w 20 %.

10. Wobec powyższego, już z samego wzoru wynika, że waloryzacja może obejmować maksymalnie połowę wzrostu wynagrodzenia, przy czym jej proporcjonalna wartość może być niższa, w zależności od wyniku ilorazu wskaźników kosztów.

11. Taki podział ryzyk związanych ze wzrostem kosztów, pomiędzy Zamawiającego a Wykonawcę, został zaakceptowany przez Odwołującego, który nie kwestionuje konstrukcji wzoru waloryzacji.

12. Aktualne brzmienie klauzuli waloryzacyjnej, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w rzeczywistości zabezpiecza strony na wypadek 20 % wzrostu kosztów, bowiem w przypadku 20 % wzrostu kosztów, zgodnie z zaprezentowanym wzorem, koszty te zostaną rozłożone po połowie między Wykonawcę a Zamawiającego, a więc rzeczywisty wzrost wynagrodzenia Wykonawcy wynosiłby maksymalnie 10 % - co jest zgodne z limitem wprowadzonym w § 21 ust. 9 Wzoru Umowy.

13. Trudno więc uznać, zarzut i związany z nim wniosek Odwołującego za zasadny, bowiem zgodnie z przedstawionym w Odwołaniu uzasadnieniem dąży on do zabezpieczenia wykonawców na wypadek 20 % wzrostu kosztów – a taki przypadek reguluje już aktualne brzmienie WU.

Jak słusznie podniósł Zamawiający: Z jednej strony Odwołujący wskazuje, na brak możliwości oszacowania dalszych kosztów i nieprzewidywalność dalszego rozwoju sytuacji gospodarczej, z drugiej zaś przedstawia w symulacji stały wzrost wskaźników. Nie można również pominąć okoliczności, że NBP zakłada, przy założeniu stałych stóp procentowych stały spadek inflacji od 2023 r. Należy mieć świadomość, że prognozy te mogą się nie sprawdzić, jednakże nie powinny być pomijane.

Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający naruszył ww. przepisy. Poza odniesieniem się do aktualnej, niestabilnej sytuacji gospodarczej, zobrazowanej opracowaniami własnymi w zakresie kształtowania się poziomu inflacji w latach 2015-2022 oraz wysokości stóp procentowych za przestrzeni okres 2014 – 2022, a

także kalkulacjami będącymi wynikiem własnych analiz na podstawie zeszłych lat, Odwołujący nie wykazał na czym konkretnie ma polegać naruszenie zarzucanych Zamawiającemu przepisów.

Tymczasem, Zamawiający wypełnił ciążący na nim obowiązek wynikający z treści art. 439 Pzp, w szczególności polegający na określeniu maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, którą określił na poziomie nie większym niż (+/- 10 %).

Warto podkreślić, że art. 439 ust. 1 i 2 Pzp nie nakłada na Zamawiającego wymogu wprowadzenia konkretnej wysokości waloryzacji, a tym samym oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen, czy też odniesienia wysokości waloryzacji do cen rynkowych. To rolą wykonawcy jest skalkulowanie ceny oferty w taki sposób, aby uwzględnić w niej koszty realizacji zamówienia oraz możliwe ryzyka.

Izba podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż ocena adekwatności klauzuli waloryzacyjnej do sytuacji rynkowej leży w kompetencjach Zamawiającego, a Izba nie jest właściwa do oceny stopnia ryzyka zastosowanych przez niego rozwiązań.

W powyższych okolicznościach, w ramach których Odwołujący nie wykazał w czym upatruje naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 353<sup>1</sup> KC, zarzut należy uznać za niezasadny.

Nie można stracić również z pola widzenia, że ochrona interesu stron umowy, to nie tylko ochrona interesów wykonawcy, ale również Zamawiającego, który jest dysponentem środków publicznych. Określenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia chroni Zamawiającego, który funkcjonuje w oparciu o określony budżet, przed nadmiernym i niezaplanowanym, nie ujętym w budżecie wzrostem koniecznego do zapłaty wynagrodzenia. Jednocześnie stwarza wykonawcy gwarancje zmiany wynagrodzenia według określonego mechanizmu, co ma wpływ na prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej, z uwzględnieniem ryzyk związanych ze wzrostem kosztów przewyższających wskazaną maksymalną wartość. Podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał na jakiej podstawie żądana zmiana wartości waloryzacji z 10% na 20% jest bardziej odpowiednia, biorąc pod uwagę interes i równowagę obu stron umowy, niż ta określona przez Zamawiającego. Ponadto, stawiane żądania w zakresie zmiany wartości waloryzacji nie prowadzą do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, lecz do udogadniania warunków realizacji zamówienia, co nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy dowodów, tj.



- Obwieszczenia Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 4 listopada 2021 r. w sprawie kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe w roku 2022 oraz przyjętej do jej ustalenia kwoty prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia,
- Obwieszczenia Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 13 października 2022 r., w sprawie kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe w roku 2022 oraz przyjętej do jej ustalenia kwoty prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia,
- Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.,
- Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.,
- Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.

oraz załączonych do odwołania opracowań własnych wskazać należy, że zawierają one dane historyczne i dane, które są znane dla roku 2023. Zatem uwzględnienie ich w cenie oferty jest realne i należy je ująć w kalkulacji i zakładanym ryzyku. Ponadto nie stanowią one dowodów potwierdzających korelację pomiędzy wpływem zwiększenia minimalnego wynagrodzenia za pracę na wysokość wynagrodzenia pracowników o wynagrodzeniu wyższym, np. specjalistów, inżynierów czy kadry kierowniczej, lecz są jedynie przypuszczeniami Odwołującego. Izba uznała je zatem za nieprzydatne dla sprawy.

Reasumując, Zamawiający był uprawniony do zastosowania limitu zmiany wynagrodzenia w wysokości 10 %. Ponadto limit ten w pełni uwzględnia zmiany kosztów wykonania zamówienia do 20 % (jako, że koszt tych zmian zgodnie z niekwestionowanym przez Odwołującego wzorem waloryzacji, Zamawiający zwraca wykonawcy w maksymalnie 50 procentach) – a uwzględnienie takiej zmiany kosztów, zgodnie z żądaniem Odwołującego pozwala na zachowanie równowagi stron Umowy. W ocenie Izby, kwestionowana klauzula waloryzacyjna została sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu, w sposób pozwalający chronić interesy finansowe wykonawcy, a Zamawiającemu pozwolić na należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....