



Warszawa, 13 listopada 2023 r.

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

Zamawiający:

**Przedsiębiorstwo Wodociągów
i Kanalizacji sp. z o.o.**

NIP: 739 040 33 23

ul. Oficerska 16A, 10-218 Olsztyn

e-mail: laganowska@pwik.olsztyn.pl

tel.: 503 541 447

Odwołujący:

Budimex S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

KRS: 0000001764

reprezentowana przez:

r.pr. Magdalenę Maksimiuk

adres do doręczeń:

BUDIMEX S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

e-mail: magdalena.maksimiuk@budimex.pl

tel.: 512 482 095

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Modernizacja systemu napowietrzania ścieków w reaktorach biologicznych na Oczyszczalni ścieków Łyna w Olsztynie*”, numer referencyjny: PZP.262.30.2023.RIR (dalej jako „**Postępowanie**”).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2023 r. pod nr 00672136-2023, numer wydania Dz.U. S: 212/2023.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:

- 1) art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC** poprzez uzależnienie, w ramach projektowanych postanowień Umowy, rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi od bezusterkowego wykonania Przedmiotu umowy, również w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, nawet jeśli wady lub usterki mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane,



będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 1**);

- 2) **art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (**zarzut nr 2**);
- 3) **art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 455 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC, w zw. z art. 58 KC i w zw. z art. 5 KC** poprzez ustalenie możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku zaistnienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, jednakże bez możliwości zmiany wynagrodzenia, co stanowi wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków umowy i całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia przyczyn, które są niezależne od wykonawcy i niemożliwe do przewidzenia na etapie składania oferty, co stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej i rażącego uprzywilejowania w treści projektowanych postanowień Umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący ponadto nadużycie prawa (**zarzut nr 3**).

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

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

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania w dniu 3 listopada 2023 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy



termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, został zachowany.

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

UZASADNIENIE

Uwagi ogólne

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

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

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



pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**³

I. zastrzeżenie bezusterkowego wykonania przedmiotu umowy i uzależnienie od niego rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi – zarzut nr 1

1. W ocenie Odwołującego, poprzez uzależnienie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi od bezusterkowego wykonania Przedmiotu umowy, również w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, nawet jeśli wady lub usterki mają charakter nieistotny, Zamawiający wprowadził *de facto* tzw. bezusterkowy odbiór przedmiotu zamówienia.
2. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, w §8 ust. 2 podał, że:

*„Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się z dniem podpisania protokołu odbioru końcowego lub od dnia protokolarnego stwierdzenia **usunięcia usterek** stwierdzonych w toku odbioru końcowego i w tym dniu Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu niezbędny dokument gwarancyjny.”*

3. Z powyższego postanowienia wprost wynika, że Zamawiający uznaje, że dopiero usunięcie usterek (i tak naprawdę protokolarne potwierdzenie bezusterkowego wykonania) ma znaczenie w kontekście rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi. Chociaż w ramach innych postanowień umowy Zamawiający nie przewidział wprost bezusterkowego odbioru warunkującego rozliczenie inwestycji, to jednak na podstawie §8 ust. 2 projektowanych postanowień umowy zasadna jest konstatacja dotycząca braku konsekwencji po stronie Zamawiającego, a także dotycząca dowolności w traktowaniu kwestii odpowiedzialności za realizację przedmiotu zamówienia. **Na podstawie analizy przywołanego postanowienia umowy należy uznać, że wykonawcy powinni liczyć się z tym, że dopiero brak jakichkolwiek usterek (a więc wad nieistotnych, nie wpływających na możliwość korzystania z przedmiotu zamówienia) sprawi, że rozpocznie swój bieg okres gwarancji i rękojmi – tego typu postanowienie należy zrównać z pojęciem bezusterkowego odbioru robót.** W praktyce takie postanowienie (co wynika z doświadczenia Odwołującego) może doprowadzić do wyjątkowego i celowego przedłużania procedury odbiorowej, co generować będzie istotne koszty po stronie wykonawcy, które są trudne do oszacowania na tym etapie procedury przetargowej.
4. Z powyższych postanowień wynika, iż wystąpienie jakichkolwiek wad o charakterze nieistotnym może być podstawą do opóźnienia rozpoczęcia biegu wskazanych terminów, co sprawia, że czynność Zamawiającego należy *de facto* zrównać z wprowadzeniem

³ Tak KIO przykładowo w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.
www.budimex.pl



bezusterkowego wykonania przedmiotu umowy, analogicznego z bezusterkowym odbiorem – jednoznacznie sankcjonowanego i wyłączzonego w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Powyższe generuje sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo potencjalnego istnienia choćby nieznaczących jedynie uchybień w robotach realizowanych przez wykonawcę, może on następnie ponosić wysokie koszty w oczekiwaniu na rozpoczęcie biegu terminu na zwrot zabezpieczenia oraz na rozpoczęcie biegu okresu gwarancji. Czyni to w konsekwencji projektowane przez Zamawiającego postanowienia dotyczące czynności odbiorowych i wynikających z nich konsekwencji wprost nieprawidłowymi, co już samo w sobie stanowi uchybienie przepisom ustawy Pzp.
6. **Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyła się od ciężącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.** Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, **w szczególności przy odbiorach końcowych**, jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad – w szczególności wad nieistotnych (usterek), a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, czy – jak w tym przypadku – w celu wydłużenia okresu oczekiwania na rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i ręką - próbując wymusić usunięcie rzekomych wad (także nieistotnych) stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.
7. W orzecznictwie tymczasem jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane **o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe.** Decydujące znaczenie ma charakter wad. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót (które w przypadku niniejszego postępowania należy rozpatrywać analogicznie z bezusterkowym wykonaniem przedmiotu umowy), co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:**
- **Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06**
„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.”



- **Wyrok SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:**

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**

„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12:**

„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.”

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19):**

„Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejście obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem.”



Zamawiający winien w takim przypadku dokonać obioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).

8. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych dominuje pogląd, że ustanawianie przez Zamawiającego w umowie postanowień prowadzących w istocie do doprowadzenia do odbioru bezusterkowego, uznać należy bezwzględnie za naruszenie podstawowych obowiązków inwestora, a także podstawowych zasad systemu zamówień publicznych. Okoliczności te mogą stanowić uzasadnioną podstawę do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do analogicznych wniosków i skorelowanych z nimi konsekwencji należy dojść w ramach analizy postanowień niniejszego postępowania, w którym co prawda Zamawiający nie uzależnia uregulowania wynagrodzenia (w konsekwencji dokonania końcowego odbioru robót) od naprawienia wszystkich wad nieistotnych (usterek), ale niezależnie od tego i w sposób niekonsekwentny wprowadza bezusterkowość w wykonaniu przedmiotu zamówienia, co prowadzi do analogicznego skutku. Nawet jeśli przedmiot zamówienia będzie co do zasady odebrany, to jednak wykonawca nie będzie mógł skorzystać ze swoich uprawnień wynikających z dokonania przez Zamawiającego odbioru robót.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ (projektowanych postanowień umowy) w następujący sposób:

- **§8 ust. 2:**

*„Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się z dniem podpisania protokołu odbioru końcowego lub od dnia protokolarnego stwierdzenia **usunięcia usterek wad istotnych** stwierdzonych w toku odbioru końcowego i w tym dniu Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu niezbędny dokument gwarancyjny.”*



II. Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej – zarzut nr 2

1. Zamawiający w ramach §9 projektowanych postanowień umowy dotyczącej waloryzacji wynagrodzenia, wprowadził klauzulę o następującej treści:

1. „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust.5 Umowy – gdy została ona zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy i po upływie roku wykonywania umowy w następujących przypadkach:

(...)

1.5. **zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia; Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na 15 %** w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o 15 %.

2. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust 1 pkt 1.1 niniejszego paragrafu Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po wejściu w życie przepisów zmieniających stawkę podatku od towarów i usług. **Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie Umowy.**

3. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt 1.2 niniejszego paragrafu Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po wejściu w życie przepisów zmieniających wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. **Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie Umowy, w szczególności Wykonawca zobowiązuje się wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia, a wpływem zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę na kalkulację wynagrodzenia.** Wniosek powinien obejmować jedynie dodatkowe faktyczne koszty realizacji Umowy, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku z podwyższeniem wysokości płacy minimalnej. Zamawiający oświadcza, iż nie będzie akceptował kosztów wynikających z podwyższenia wynagrodzeń pracownikom Wykonawcy, które nie są konieczne w celu ich dostosowania do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, w szczególności koszty podwyższenia wynagrodzenia w kwocie przewyższającej wysokość płacy minimalnej.

4. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt 1.3 lub 1.4 niniejszego paragrafu Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne bądź zmianie zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych. **Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy, w szczególności Wykonawca zobowiązuje się wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia a wpływem zmiany zasad, o których mowa w ust.1 pkt 1.3 lub 1.4 niniejszego paragrafu na kalkulację wynagrodzenia.**



5. Wniosek może obejmować jedynie dodatkowe koszty realizacji Umowy, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą zasad, o których mowa w ust. 1 pkt 1.3 lub 1.4 niniejszego paragrafu.
6. **W sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 15% Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.**
7. **W sytuacji spadku ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej 15% Zamawiający jest uprawniony złożyć Wykonawcy pisemną informację o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Informacja powinna zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.**
8. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy określonego w rozliczeniu częściowym ulegnie waloryzacji o zmianę wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ustalanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski”. W przypadku gdyby wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS.
9. Wniosek o którym mowa w ust 5 i 6 można nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia); możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż raz w roku .
10. Zmiana Umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia z przyczyn określonych w ust. 1 pkt 1.1-1.4 obejmować będzie wyłącznie płatności za prace, których w dniu zmiany odpowiednio stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę i składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeszcze nie wykonano.
11. Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu na zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany Umowy przez Zamawiającego.
12. **Maksymalna wartość poszczególnej zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 1.5 to 5% wynagrodzenia za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku, a łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia to 2% wynagrodzenia umownego za wykonanie całego przedmiotu umowy.**
13. Przez maksymalną wartość korekt, o której mowa w ust. 12 należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji.
14. Wartość zmiany wynagrodzenia o której mowa w ust. 1 pkt 1.5 określa się na podstawie wzoru:
 $WZ = (W \times F) / 100$, przy czym:
- W - wynagrodzenie netto za zakres Przedmiotu Umowy, za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku,
- F – średnia arytmetyczna czterech następujących po sobie wartości zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Przedmiotu umowy wynikających z komunikatów Prezesa GUS;



15. *Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 12.*
16. *Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 pkt 1.5, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy."*
2. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmem waloryzacyjnym, w tym co do maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia na skutek wdrożenia klauzul waloryzacyjnych, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość dobrania najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). **Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.** Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: *„W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, **prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych**”.*
3. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne **Zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji.** Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający **podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości,** która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego ustalić czy określony przez Zamawiającego limit waloryzowanych kwot pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.
4. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią **konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne,** który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej **urealnia poziom wynagrodzenia**

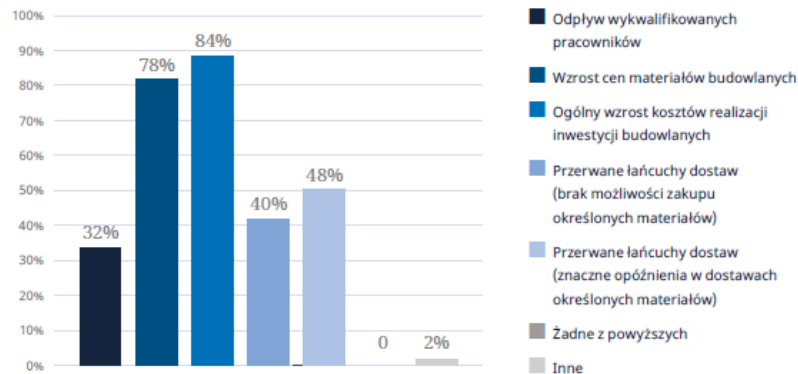


wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.

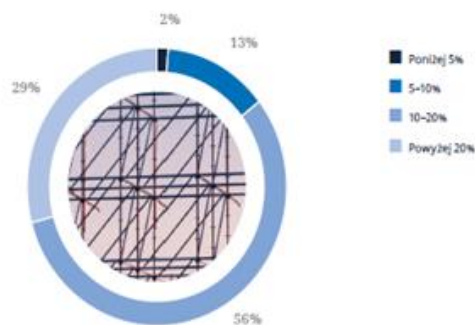
5. Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.
6. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny, chociaż nie jest to już okoliczność nowa, tylko trwająca od wielu miesięcy, nie tylko w dalszym ciągu nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym **bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej**, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.
7. W przedmiocie dynamicznych zmian na rynku budowlanym obszernie wypowiedzieli się w ostatnim czasie autorzy raportu branżowego pt. „Wybuch wojny w Ukrainie a wzrost kosztów realizacji inwestycji budowlanych w Polsce” opracowanym wspólnie przez Partnera Technicznego (CCM) oraz Partnera Prawnego (DLA Piper)⁴. Raport uwzględnia wszystkie najważniejsze dane dotyczące zmian cen kluczowych surowców i materiałów wykorzystywanych w budownictwie za okres 24 lutego 2022 r. – 24 lutego 2023 r. Wydanie raportu poprzedzone zostało badaniem rynku, które objęło m.in. wszystkie firmy zrzeszone w Polskim Związku Pracodawców Budownictwa, ogólnopolskiej organizacji firm infrastrukturalnych i budowlanych. Odpowiedzi respondentów wskazują wprost na istotny wzrost kosztów ponoszonych przez wykonawców w branży budowlanej, ale i na wiele dodatkowych czynników wpływających na ogólne pogorszenie sytuacji.

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

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



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



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

1) wprowadzenie do klauzuli waloryzacyjnej limitu waloryzacji na poziomie zaledwie 2%

9. Przekładając wszystkie powyższe uwagi na grunt skarżonego postanowienia, Odwołujący akcentuje następujące uchybienia dotyczące zastosowanego przez Zamawiającego limitu zmian

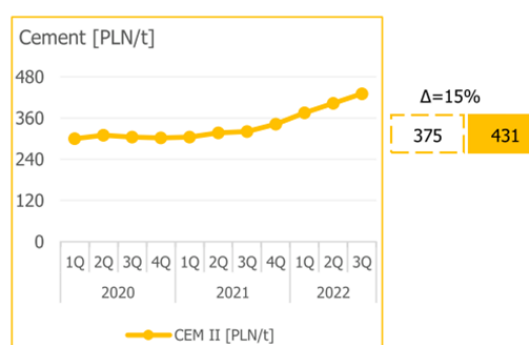
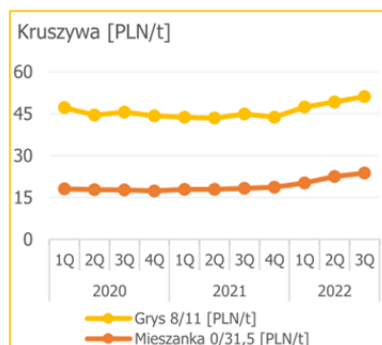
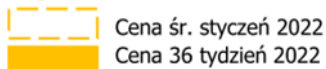
budimex

wynagrodzenia na podstawie klauzuli waloryzacyjnej określonego na poziomie zaledwie 2% wynagrodzenia umownego.

10. Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że postanowienia dotyczące mechanizmu waloryzacyjnego powinny odnosić się **do kluczowych materiałów czy kosztów związanych z daną inwestycją** i nie mogą być oderwane od zakresu i skali realizacji oraz celu wprowadzanego mechanizmu, bazującego przede wszystkim na adekwatności i realności.
11. Jak podkreśla się w tym aspekcie w doktrynie: *Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, **jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom**) (...). Również zmiany cen materiałów **muszą dotyczyć tych, które znajdują zastosowanie do wykonania zamówienia**, przy czym wydaje się, że pojęcie materiałów należy rozumieć szeroko. **W przypadku umowy na roboty budowlane będą to m.in. wszelkie materiały budowlane, instalacyjne, elektryczne, ale też surowce czy nawet urządzenia do wbudowania (...)** [tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022].*
12. W tym aspekcie Odwołujący zwraca uwagę chociażby na następujące materiały i czynniki kosztotwórcze mające istotne znaczenie dla realizacji podobnych inwestycji, **które podlegają znacznym wahaniom cenowym, i które to wahania winny być niwelowane właśnie poprzez wdrożenie klauzul waloryzacyjnych:**

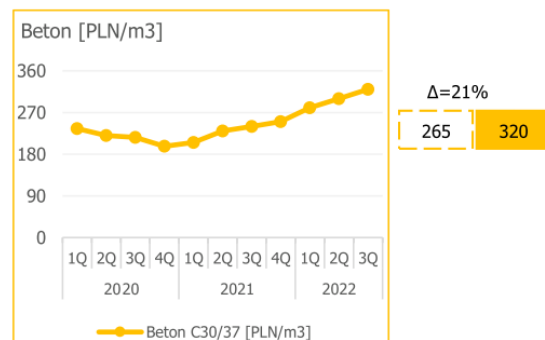
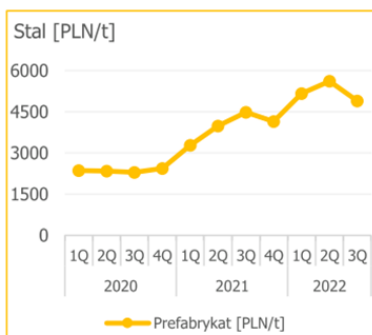
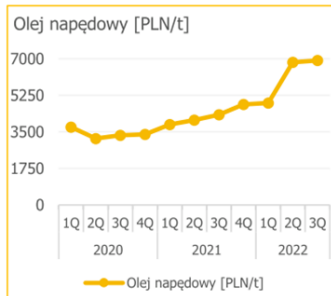
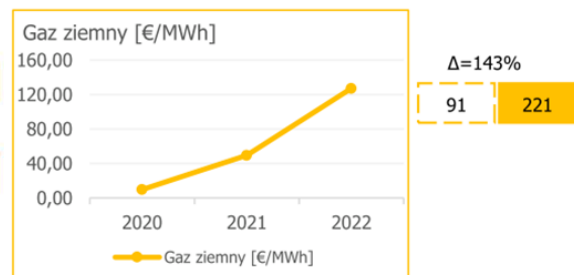
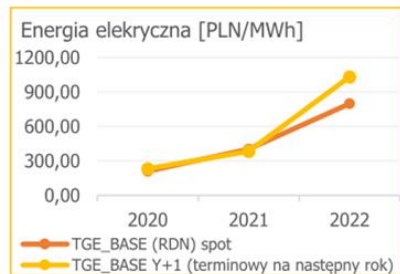
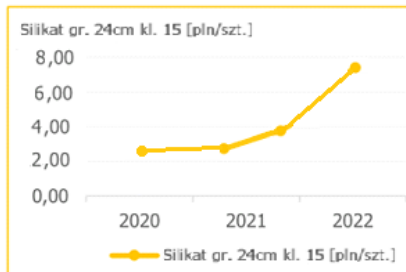
Zestawienie 1: Zestawienie cen przykładowych materiałów i czynników kosztotwórczych wpływających na realizację podobnych inwestycji wraz ze wskazaniem poziomu wzrostu cen [opracowanie własne Odwołującego sporządzone przez Biuro Zakupów, Jakości i Ochrony Środowiska Budimex S.A.]

Legenda



budimex

Budimex SA, NIP 526 10 03 187, REGON 010732630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego NR KRS 0000001764
Bank PEKAO SA rachunek nr 02 1240 1037 1111 0010 0480 4344, Fortis Bank Polska SA rachunek nr 41 1600 1127 0003 0121 9975 5001, kapitał zakładowy 127.650.490 zł wpłacony w całości



13. Odwołujący podkreśla, że według źródeł publikujących uśrednione notowania wzrostów cen jak np. Sekocenbud, **wzrosty cen za ostatni rok w budownictwie wyniosły około 18,7%, czyli ponad dziewięciokrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu**



waloryzacji. Powyższe dane odzwierciedlają tylko wzrosty na przestrzeni jednego zamkniętego roku kalendarzowego, natomiast planowany termin realizacji kontraktu jest dłuższy (36 miesięcy od daty zawarcia umowy), więc wzrosty te tym bardziej mogą wielokrotnie przekraczać proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji. Ustalony więc przez **Zamawiającego limit waloryzacji jest oderwany od realiów rynkowych, na co wskazują również dane przekazane w ramach cytowanego wcześniej Raportu dotyczącego wpływu wojny w Ukrainie na wzrost kosztów realizacji inwestycji budowlanych w Polsce.**

14. Oparcie mechanizmu waloryzacyjnego na założeniach poczynionych przez Zamawiającego sprawia, że rzeczony mechanizm waloryzacyjny jest *de facto* pozorny, stojący w konsekwencji w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy Pzp. **Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych**, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie.
15. Wskazując na obowiązujące w budownictwie infrastrukturalnym tendencje rynkowe, Odwołujący podkreśla, że **największy publiczny Zamawiający w kraju, tj. GDDKiA przewiduje obecnie konsekwentnie we wszystkich realizowanych przez siebie kontraktach limit waloryzacji na poziomie 10%.** Jak wskazane zostało na oficjalnej stronie internetowej GDDKiA: „Obecnie w umowach GDDKiA stosowany jest 10-procentowy limit waloryzacyjny. Obejmuje on umowy zawierane na wszystkich etapach prac nad inwestycją drogową, tj. od opracowania dokumentacji przygotowawczej, poprzez projekt, aż po roboty budowlane i nadzór nad realizacją kontraktu. Taki limit waloryzacyjny obejmuje też długookresowe prace związane z utrzymaniem istniejących dróg”. Taka tendencja obserwowana jest zresztą również u innych publicznych zamawiających zlecających zamówienia typu infrastrukturalnego.
16. Mało tego, podkreślenia wymaga, że wskazany 10% limit waloryzacji, stanowiący obecnie pewną „normę” rynkową jest wartością absolutnie minimalną, co obrazują obecne postulaty branży budowlanej, która domaga się podwyższenia limitu waloryzacji nawet do 20%, co – zgodnie z wiedzą Odwołującego – stanowi obecnie przedmiot rozmów i ustaleń z przedstawicielami strony zamawiającej (vide np. <https://www.muratorplus.pl/biznes/wiesci-z-rynku/zbyt-niska-waloryzacja-w-budownictwiezagraza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-zmian-rzad-milczy-aa-pUan-79yk-wAJ9.html>).
17. **W konsekwencji, proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji, czyni przewidziany mechanizm waloryzacyjny nie tylko nieefektywnym, ale wręcz zupełnie martwym.** Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, **wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową.** W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.



18. Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że **prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonego narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu** (por. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

2) wprowadzenie do klauzuli waloryzacyjnej tzw. „aktywatora” o wartości 15%

19. W treści proponowanej klauzuli waloryzacyjnej Zamawiający podał, że strony będą mogły żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie, gdy wskaźnik zmiany, o którym mowa w cytowanym postanowieniu zmieni się o poziom przekraczający **+/- 15%** – jeżeli ceny produkcji budowlano-montażowej ogółem, pozycja „budowa budynków” w okresie od miesiąca zawarcia Umowy, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpiło po 180 dniach od upływu terminu składania ofert, od miesiąca złożenia oferty do miesiąca zakończenia robót, za które należne jest to wynagrodzenie. Sens zastosowania tego tzw. „aktywatora” sprowadza się wyłącznie do ograniczenia zaangażowania (czasowego, ekonomicznego, osobowego) Stron umowy w procedowanie waloryzacji dla pewnych kwot ograniczonych procentowo, jednak w żadnej mierze nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Jak się jednak okazuje, najczęstsza praktyka zamawiających zakłada całkowitą rezygnację z zastosowania aktywatorów, z dwóch podstawowych względów:

- a) aktywatory nie zostały uwzględnione jako elementy proponowanych klauzul waloryzacyjnych w ramach przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych publikacji z listopada 2022 r. pt.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa”⁵, nie są też standardowo uwzględniane jako elementy klauzuli w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz PKP PLK, wybranych jako referencyjne w omawianym dokumencie;
- b) wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zaproponowanego przez Zamawiającego modelu, może nigdy nie znaleźć zastosowania.

20. W przypadku, gdy wskaźnik, o którym mowa w §9 ust. 1 pkt 1.5 umowy zatrzyma się w referencyjnym okresie, miesiąc do miesiąca, np. na wartości 14,9% lub mniej (co jest bardzo prawdopodobne, niemal pewne) klauzula waloryzacyjna w ogóle nie znajdzie zastosowania, będzie postanowieniem nieefektywnym, ale wręcz martwym, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu ustawy Pzp.

21. W ocenie Odwołującego, wprowadzenie takiego dodatkowego warunku w postaci aktywatora prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy może w ogóle nie podlegać waloryzacji – w całości, lub w określonej części. **W realiach prowadzenia inwestycji budowlanych poprzez wprowadzenie takich dodatkowych obostrzeń związanych ze skorzystaniem z mechanizmu waloryzacji, Zamawiający nie dąży więc do urealnienia tego mechanizmu**

⁵ Plik z wytycznymi dostępny pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa>



i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz do jego unicestwienia.

Wykonawcy przystępując do niniejszego postępowania pozostają więc w niepewności czy mechanizm waloryzacyjny w ogóle będzie mógł mieć zastosowanie, co stoi w sprzeczności z założeniem ustawodawcy wyartykułowanym poprzez treść art. 439 ustawy Pzp. Doprowadzenie do ustalenia aktywatora na tym poziomie w istocie prowadzi do całkowitej niemal eliminacji mechanizmu waloryzacyjnego, wbrew przepisom ustawy Pzp.

3) uzależnienie zastosowania mechanizmu waloryzacji od wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego oraz dokładnego wyliczenia kwoty wynagrodzenia

22. W odniesieniu do postanowień zawartych w §9 Odwołujący akcentuje kluczowe uchybienie dotyczące jego treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania realnego charakteru klauzuli waloryzacyjnej, a odnoszące się do obowiązku wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego oraz dokładnego wyliczenia kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie Umowy.
23. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający w treści cytowanej klauzuli waloryzacyjnej formułuje zobowiązanie, które w istocie jest otwartym, niedookreślonym zbiorem, skrajnie subiektywnym i dopuszczającym możliwość dokonania całkowicie dowolnej oceny przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał bowiem, że wykonawca zobowiązany jest wykazać – przedkładając w tym celu odpowiednie dowody – że do zmiany rzeczywiście doszło. Zamawiający nie precyzuje jednak ani nie wyjaśnia, co w jego ocenie stanowi „wyczerpujące uzasadnienie” oraz co znaczy „dokładne wyliczenie” i do jakich wniosków analiza takich elementów może Zamawiającego doprowadzić.
24. W szczególności Odwołujący zwraca uwagę na bezsporność stwierdzenia, że Zamawiający w ramach sformułowanej przez siebie klauzuli waloryzacyjnej zamieścił szereg zasad ograniczających dowolność skorzystania z mechanizmu. Należą do nich:
- zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją umowy (odpowiednio ich wzrost jak i obniżenie), względem kosztu przyjętego w celu ustalenia wynagrodzenia zawartego w ofercie,
 - pierwsza waloryzacja będzie dokonana po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym waloryzacja może być dokonana nie częściej niż raz na 12 miesięcy,
 - zmiana wynagrodzenia nastąpi wyłącznie wtedy, gdy wartość wskaźnika GUS w zakresie cen produkcji budowlano-montażowej będzie wskazywała na wzrost lub spadek cen o co najmniej 15 %,
 - waloryzacja będzie się odbywała przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji obliczonego według wzoru,
 - łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia to 2% wynagrodzenia wykonawcy.

25. Z powyższego katalogu „blokad” waloryzacji, najistotniejsze znaczenie praktyczne mają wysokość wskaźnika GUS w zakresie cen produkcji budowlano-montażowej (tzw. „aktywator”), ustalony obecnie na poziomie aż 15%, sposób obliczenia wskaźnika waloryzacji (podany **wzór**) oraz



maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia określona na poziomie tylko 2%. W ocenie Odwołującego, wszystkie powyższe okoliczności stanowią o uwzględnieniu w ramach mechanizmu waloryzacyjnego dostatecznej i wystarczającej liczby elementów weryfikowanych w ramach procedury badania dopuszczalności zastosowania waloryzacji. Zastosowanie dodatkowej blokady w postaci konieczności wykazania (za pomocą wyczerpującego uzasadnienia i dowodów) przełożenia na wzrost kosztów realizacji umowy prowadzi do wniosku, że **Zamawiający nie dąży więc do urealnienia mechanizmu waloryzacyjnego i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz do jego unicestwienia**. Wykonawcy przystępując do niniejszego postępowania pozostają więc w niepewności czy mechanizm waloryzacyjny w ogóle będzie mógł mieć zastosowanie, co stoi w sprzeczności z założeniem ustawodawcy wyartykułowanym poprzez treść art. 439 ustawy Pzp. Ta niepewność jest tym większa, że skoro Zamawiający zdecydował się na odwołanie do wskaźnika GUS w zakresie cen produkcji budowlano – montażowej (stanowiącego uśredniony współczynnik), nie zaś do odnoszenia się do wskaźników dotyczących konkretnych grup materiałów, to trudno każdorazowo przekładać wysokość tego wskaźnika na wzrost cen poszczególnych produktów. Zamawiający w żadnej mierze sposobu tych wyliczeń i wykazywania „przełożenia” wskaźnika GUS na zasadność waloryzacji dotyczącą poszczególnych produktów, przy tym nie zdefiniował.

26. Niezależnie od powyższego, przypomnienia wymaga, że mechanizm waloryzacyjny stosowany jest w celu urealnienia wynagrodzenia, co odnosi się, z zależności od konkretnych okoliczności, zarówno do podwyższenia jak i obniżenia wynagrodzenia wykonawcy. Tymczasem Zamawiający, w treści §9 Umowy przewiduje obowiązek wykazania rzeczywistego wpływu zmiany cen materiałów wyłącznie przez wykonawcę, nie uwzględniając w tym kontekście swoich własnych zobowiązań. Zobowiązanie wykonawcy zostało zatem sformułowane również w sposób niesymetryczny.

4) ustalenie 5% maksymalnej wartości poszczególnej zmiany wynagrodzenia za niezrealizowany i nieodebrany zakres przedmiotu umowy

27. Odwołujący zwraca uwagę, że w treści §9 ust. 12 projektowanych postanowień umowy Zamawiający przewidział, że „*Maksymalna wartość poszczególnej zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 1.5 to **5% wynagrodzenia za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku***”. W ocenie Odwołującego ustalenie tego procentowego poziomu od niezrealizowanego i nieodebranego jeszcze przedmiotu umowy (przed złożeniem wniosku o dokonanie waloryzacji) jest nielogiczne i niezrozumiałe. Skoro dany zakres przedmiotu umowy nie został jeszcze zrealizowany przez wykonawcę, a zatem wykonawca nie poniósł kosztów, to w jaki sposób ma szczegółowo wykazać wzrost poniesionych kosztów i uzasadnić wniosek o waloryzację wynagrodzenia, jak tego oczekuje Zamawiający? W ocenie Odwołującego takie postanowienie całkowicie wypacza sens mechanizmu waloryzacyjnego czyniąc go absolutnie fikcyjnym.

Niezależnie od powyższych uwag Odwołujący zwraca również uwagę na dwa istotne niedopatrzenia w konstruowaniu mechanizmu waloryzacyjnego obciążającego Zamawiającego, a mianowicie:



- brak określenia w ramach klauzuli waloryzacyjnej terminu początkowego, który umożliwiłby ustalenie „punktu odniesienia” dla oceny wzrostu kosztów; zgodnie z art. 439 ust. 3 ustawy Pzp moment ten powinien być określony konkretną datą i co do zasady – zgodnie z brzmieniem przepisu, powinna to być data otwarcia ofert;
- brak określenia w ramach klauzuli waloryzacyjnej, jakie okresy będą porównywane w zakresie wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w § ust. 8 projektowanych postanowień umowy (czy chodzi o wskaźnik miesięczny, kwartalny czy roczny), w związku z czym wykonawcy nie są w stanie ustalić realności wprowadzonego mechanizmu waloryzacyjnego.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ (projektowanych postanowień umowy) w następujący sposób (proponowane zmiany zostały podkreślone i pogrubione):

- §9 projektowanych postanowień umowy:

1. „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia określonego w § 3 ust.5 Umowy – gdy została ona zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy i po upływie roku wykonywania umowy w następujących przypadkach:

(...)

1.5. zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia; Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany wynagrodzenia ustala się na ~~15~~ **3**% w stosunku do poziomu cen tych samych materiałów lub kosztów z dnia składania ofert. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia ustala się na dzień zaistnienia przesłanki w postaci wzrostu wynagrodzenia ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o ~~15~~ **3**%.

2. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust 1 pkt 1.1 niniejszego paragrafu Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po wejściu w życie przepisów zmieniających stawkę podatku od towarów i usług. ~~Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie Umowy.~~

3. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt 1.2 niniejszego paragrafu Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po wejściu w życie przepisów zmieniających wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę. ~~Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia należnego Wykonawcy po zmianie Umowy, w szczególności Wykonawca zobowiązuje się wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia, a wpływem zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę na kalkulację wynagrodzenia. Wniosek powinien obejmować jedynie dodatkowe faktyczne koszty realizacji Umowy, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku z podwyższeniem wysokości płacy minimalnej. Zamawiający oświadcza, iż nie będzie akceptował kosztów wynikających z podwyższenia wynagrodzeń pracownikom~~



- ~~Wykonawcy, które nie są konieczne w celu ich dostosowania do wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, w szczególności koszty podwyższenia wynagrodzenia w kwocie przewyższającej wysokość płacy minimalnej.~~
4. W sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 1 pkt 1.3 lub 1.4 niniejszego paragrafu Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne bądź zmianie zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych. ~~Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy, w szczególności Wykonawca zobowiązuje się wykazać związek pomiędzy wnioskowaną kwotą podwyższenia wynagrodzenia a wpływem zmiany zasad, o których mowa w ust. 1 pkt 1.3 lub 1.4 niniejszego paragrafu na kalkulację wynagrodzenia.~~
 5. Wniosek może obejmować jedynie dodatkowe koszty realizacji Umowy, które Wykonawca obowiązkowo ponosi w związku ze zmianą zasad, o których mowa w ust. 1 pkt 1.3 lub 1.4 niniejszego paragrafu.
 6. W sytuacji wzrostu ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej ~~15~~ **3%** Wykonawca jest uprawniony złożyć Zamawiającemu pisemny wniosek o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. ~~Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.~~
 7. W sytuacji spadku ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia powyżej ~~15~~ **3%** Zamawiający jest uprawniony złożyć Wykonawcy pisemną informację o zmianę Umowy w zakresie płatności wynikających z faktur wystawionych po zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Informacja powinna zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie Umowy.
 8. Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy określonego w rozliczeniu częściowym ulegnie waloryzacji o zmianę wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ustalanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski”. W przypadku gdyby wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS.
 9. Wniosek o którym mowa w ust 5 i 6 można nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia); możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż raz w roku.
 10. Zmiana Umowy w zakresie zmiany wynagrodzenia z przyczyn określonych w ust. 1 pkt 1.1-1.4 obejmować będzie wyłącznie płatności za prace, których w dniu zmiany odpowiednio stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę i składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeszcze nie wykonano.
 11. Obowiązek wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu na zmianę wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, należy do Wykonawcy pod rygorem odmowy dokonania zmiany Umowy przez Zamawiającego.
 12. ~~Maksymalna wartość poszczególnej zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 pkt 1.5 to 5% wynagrodzenia za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku, a łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania~~



*postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia to **2 10%** wynagrodzenia umownego za wykonanie całego przedmiotu umowy.*

13. Przez maksymalną wartość korekt, o której mowa w ust. 12 należy rozumieć wartość wzrostu lub spadku wynagrodzenia Wykonawcy wynikającą z waloryzacji.

*14. Wartość zmiany wynagrodzenia o której mowa w ust. 1 pkt 1.5 określa się na podstawie wzoru:
 $WZ = (W \times F)/100$, przy czym:*

W - wynagrodzenie netto za zakres Przedmiotu Umowy, za zakres Przedmiotu umowy niezrealizowany jeszcze przez Wykonawcę i nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku,

F – średnia arytmetyczna czterech następujących po sobie wartości zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Przedmiotu umowy wynikających z komunikatów Prezesa GUS;

15. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 12.

16. Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1 pkt 1.5, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy."

Ponadto, Odwołujący wnosi o określenie następujących elementów:

- **terminu początkowego, który umożliwiłby ustalenie „punktu odniesienia” dla oceny wzrostu kosztów zgodnie z art. 439 ust. 3 ustawy;**
- **jakie okresy będą porównywane w zakresie wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w § ust. 8 projektowanych postanowień umowy (czy chodzi o wskaźnik miesięczny, kwartalny czy roczny).**

III. Zarzut dotyczący możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy w przypadku zaistnienia okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, jednakże bez możliwości zmiany wynagrodzenia (zarzut nr 3)

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, w §14 ust. 1 pkt 1.1. podał, że:

„Zgodnie z art. 454 Prawa Zamówień Publicznych niedopuszczalna jest pod rygorem nieważności zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, za wyjątkiem przypadków dotyczących:

1. Terminu realizacji przedmiotu umowy, który może ulec zmianie w przypadku:

- 1.1. *jeżeli przyczyny, z powodu których będzie zagrożone dotrzymanie terminu zakończenia robót będą następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności będą następstwem nieterminowego przekazania Terenu budowy, konieczności zmian dokumentacji projektowej w zakresie, w jakim ww. okoliczności miały lub będą mogły mieć wpływ na dotrzymanie terminu zakończenia robót;"*

2. W ramach cytowanych projektowanych postanowień umowy Zamawiający w sposób bardzo ogólny i wybiórczy potraktował kwestię dopuszczenia możliwości podwyższenia lub obniżenia wynagrodzenia ograniczając ją wyłącznie do przypadku określonego w ust. 3 §14, w którym



wskazano, że niedopuszczalna jest pod rygorem nieważności zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, za wyjątkiem „Zmiany wynagrodzenia wynikającego z konieczności ograniczenia lub rozszerzenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia oraz w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT.”

3. Poprzez ograniczenie możliwości podwyższenia lub obniżenia wynagrodzenia, Zamawiający za pomocą przewidzianej w cytowanym postanowieniu konstrukcji usiłuje w sposób nieuprawniony wpłynąć na sposób realizacji przedmiotu zamówienia, przewidując *a contrario*, że w innych poza wymienionymi przypadkami nie będzie możliwe obniżenie ani podwyższenie wynagrodzenia.
4. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że zasada swobody umów, wyrażona w art. 353¹ KC, na gruncie zamówień publicznych doznaje trojakiego ograniczenia: po pierwsze - Zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - Zamawiający określa zasady, na których zamierza zawrzeć umowę, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Zamawiającemu przysługuje prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego obiektywnie uzasadnionymi potrzebami. Jednak uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż nie może on swego prawa podmiotowego nadużywać. Zamawiający może ustalić stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego oraz nie może on czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego (art. 353¹ oraz art. 5 KC).
5. Jednocześnie, wynagrodzenie ustalone w tym zamówieniu publicznym ma charakter ryczałtowy. Z takim charakterem wynagrodzenia łączy się istotne ryzyko obciążające wykonawcę, który co do zasady zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia za umówioną, określoną ryczałtowo kwotę. Z tej też przyczyny, ponieważ wykonawcy muszą liczyć się z poniesieniem istotnego ryzyka mającego związek już z samym modelem wynagrodzenia, zupełnie niezasadne jest uzupełnianie tego mechanizmu o dodatkowe ryzyka, które w sposób zupełnie uznaniowy i zależny od woli i intencji Zamawiającego kształtują dodatkowe zobowiązania wykonawcy, w dodatku w sposób absolutnie niewspółmierny. W tym przypadku mowa o ograniczeniu możliwości podwyższenia czy obniżenia wynagrodzenia z innych przyczyn niż te wymienione w ramach klauzuli cytowanej w §14 ust. 3 projektu umowy.
6. Jednocześnie w tym miejscu Odwołujący przypomina, że takie elementy zobowiązania wyrażonego w ofercie jak cena całkowita, termin realizacji, zakres zobowiązania czy nawet podmiot realizujący świadczenie mogą podlegać zmianom na zasadach określonych przez ustawodawcę w ramach art. 455 ust. 1 ustawy Pzp. Umowne ograniczanie zmian tak istotnego elementu jak wysokość wynagrodzenia stoi zatem w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp.



7. W ocenie Odwołującego w odniesieniu do §14 projektowanych postanowień Umowy mamy do czynienia z postanowieniami przerzucającymi na wykonawców ryzyko zupełnie niemożliwe do przewidzenia, ustalone w sposób w pełni dyskrejonalny i zależny od woli i intencji Zamawiającego, w dodatku ukształtowanymi bez symetrycznego uregulowania sytuacji wykonawcy. Stąd Odwołujący wnosi o doprowadzenie omawianych klauzul do stanu, w którym wyeliminowane zostanie działanie na zasadzie uznaniowości, a klauzula przybierze formę zgodną z zasadami współzycia społecznego, równowagi stron, swobody umów, współdziałania i właściwością stosunku prawnego, również w zakresie maksymalnego wynagrodzenia, które będzie należne wykonawcy w przypadku wydania polecenia zawieszenia wykonywania obowiązków wynikających z umowy.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ (projektowanych postanowień Umowy) w następujący sposób:

• **§14 ust. 3:**

*„Zmiany wynagrodzenia wynikającego z konieczności ograniczenia lub rozszerzenia zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia oraz w przypadku ustawowej zmiany stawki podatku VAT. **Ponadto, dopuszcza się możliwość podwyższenia lub obniżenia wynagrodzenia w granicach unormowania art. 455 ustawy Pzp oraz w przypadku mającej wpływ na koszty wykonania Przedmiotu umowy zmiany.**”*

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

Załączniki:

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