



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

Pruszków, dnia 16 września 2024 r.

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

Zamawiający: **Wojewódzki Szpital Dziecięcy
im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy**
ul. Chodkiewicza 44, 85-667 Bydgoszcz
NIP 554-22-35-340, REGON 000898946
Tel. 785 772 909, e-mail: sekretariat@wsd.org.pl,
sekretariat@kpim.pl,
zamowienia-pub@wsd.org.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.**
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
NIP 521-04-21-928, KRS 0000054588
e-mail: pl_office.strabag@strabag.com
tel. +48 (22) 71-44-800
reprezentowany przez:
radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza

adres do korespondencji:
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
e-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com
tel. kom. + 48 609 043 322

Dotyczy: prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne pn. „*Budowa ośrodka diagnostyki narządowej Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego*”.

Numer ogłoszenia: 497168-2024, ogłoszenie opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Dz. U. S: 160/2024 w dniu 19 sierpnia 2024 r.

Numer referencyjny Zamawiającego: 19/2024/PN.

Strona postępowania: <https://www.platformazakupowa.pl/transakcja/968920>

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o., zwanej dalej „**Odwołującym**”, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które przedkładam w załączeniu wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej, na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm), zwanej dalej „**ustawą PZP**”, wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy PZP czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Budowa ośrodka diagnostyki narządowej Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego**”, polegającą na ukształtowaniu projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanych dalej „**Projektem Umowy**”, w sposób naruszający przepisy ustawy PZP oraz Kodeksu cywilnego.

I. Zarzuty.

I.1. Zamawiającemu zarzucam naruszenie **art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 353¹ KC i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy PZP i art. 17 ust. 1 ustawy PZP** poprzez określenie w § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia na wysokości, która przy uwzględnieniu:

- § 15 ust. 3 pkt 3) Projektu Umowy, który stanowi, że waloryzacja może dotyczyć wyłącznie wynagrodzenia za zakres zamówienia nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku o waloryzację,
- roz. X pkt 3 SWZ, z którego wynika, że preferowany termin wykonania zamówienia wynosi 18 miesięcy,

oznacza, że niemal całe wynagrodzenie wykonawcy nie będzie podlegało waloryzacji, a tym samym określony przez Zamawiającego poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia uniemożliwia dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, a klauzulę waloryzacyjną czyni iluzoryczną. Zamawiający przekracza swobodę w kształtowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przerzucając na wykonawcę niemal pełne ryzyko zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego wynikającego z tej umowy i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi stron tego stosunku, a jego działania w tej mierze są nieproporcjonalne oraz sprzeczne z zasadą efektywności;

I.2. Niezależnie od zarzutu pkt I.1 powyżej, Zamawiającemu zarzucam naruszenie **art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 2) ustawy PZP w zw. z art. 353¹ KC i art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy PZP i art. 17 ust. 1 ustawy PZP** poprzez określenie w § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy sposobu ustalania zmiany wynagrodzenia w ten sposób, że wynagrodzenie wykonawcy ulegnie waloryzacji o **średnią arytmetyczną** „*sumy następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, licząc od miesiąca zawarcia umowy lub od miesiąca, w którym*

dokonano poprzedniej zmiany wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 3 umowy wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2)”, co przy uwzględnieniu określonego przez Zamawiającego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia **oznacza, że Zamawiający przerzuca na wykonawcę niemal w całości ryzyko związane ze wzrostem cen**, a tym samym określony przez Zamawiającego sposób ustalania zmiany wynagrodzenia uniemożliwia dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zamawiający przekracza swobodę w kształtowaniu postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, przerzucając na wykonawcę niemal pełne ryzyko zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, co godzi w naturę stosunku zobowiązaniowego wynikającego z tej umowy i prowadzi do niedopuszczalnego zachwiania równowagi stron tego stosunku, a jego działania w tej mierze są nieproporcjonalne oraz sprzeczne z zasadą efektywności.

II. Żądanie.

Mając na uwadze powyższy zarzuty naruszenia przepisów ustawy PZP, Odwołujący wnioskuję o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- II.1. w zakresie zarzutu nr I.1 – Odwołujący wnioskuję o modyfikację poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia w sposób umożliwiający prawidłową i zgodną z celem ustawy PZP waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, a więc prowadzący do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń stron. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmiany § 15 ust. 3 pkt 2 Projektu Umowy:

„Zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu umowy wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, licząc od miesiąca, w którym zawarto umowę lub od miesiąca, w którym dokonano poprzedniej zmiany wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 3 umowy, stanowi wartość większą niż ~~7%~~ 3% lub mniejszą niż (-) ~~7%~~ 3%”.

- II.2. w zakresie zarzutu nr I.2 – Odwołujący wnioskuję o modyfikację sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia poprzez umożliwienie prawidłowej i zgodnej z celem ustawy PZP waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, a więc prowadzący do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń stron. Oprócz modyfikacji, która powinna zmierzać do umożliwienia w ogóle waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy konieczne jest także rozłożenie na obydwie strony umowy ryzyka zmiany ceny materiałów lub kosztów stosownie do roli, a także gospodarczej odpowiedzialności wykonawcy oraz zamawiającego przy realizacji zamówienia. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmiany § 15 ust. 3 pkt 4 Projektu Umowy:

4) Wartość zmiany (WZ) określa się na podstawie wzoru: $WZ = W \times F\%$, przy czym:

- *W – wynagrodzenie netto za zakres przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 3 pkt. 3)*
- *F – ~~średnia arytmetyczna~~ 2/3 (dwie trzecie) sumy następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, licząc od miesiąca zawarcia umowy lub od miesiąca, w którym dokonano poprzedniej zmiany wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 3 umowy wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2).*

III. Interes prawny.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. Zamawiający sformułował postanowienia Projektu Umowy w sposób niezgody z przepisami ustawy PZP i Kodeksem cywilnym. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Zważywszy, że postanowienia Projektu Umowy zostały sformułowane niezgodnie z przepisami prawa, a więc są nieakceptowalne dla Odwołującego (jako oferenta, jak i potencjalnego wykonawcy przyszłego zamówienia), to tym samym zachodzi konieczność wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, bowiem w przypadku wyboru jego oferty chce on zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do interesu prawnego Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej – „*środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. 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 ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków*

ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10).

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 30.08.2017 r., sygn. akt KIO 1718/17).

Wyżej przytoczone stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej zachowują aktualność na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze, nie powinno ulegać wątpliwości, że Odwołujący uprawniony jest do wniesienia niniejszego odwołania.

IV. Termin oraz wymagania formalne.

- IV.1. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.
- IV.2. Czynnością Zamawiającego będącą podstawą wniesienia niniejszego odwołania (substratem zaskarżenia) jest modyfikacja SWZ i Projektu Umowy podjęta w dniu 06 września 2024 r. i w tym samym dniu opublikowana na stronie postępowania przez Zamawiającego. Modyfikacja SWZ i Projektu Umowy z dnia 06 września 2024 r. doprowadziła do zmiany zawartej w § 15 ust. 3 Projektu Umowy klauzuli waloryzacyjnej, a jej elementy, to jest poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do zmiany wynagrodzenia, a w ślad za tym sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia zostały ukształtowane przez Zamawiającego na nowo, w sposób niewynikający z pierwotnego brzmienia klauzuli waloryzacyjnej.
- IV.3. Wnosząc odwołanie w dniu 16 września 2024 r. Odwołujący zachowuje termin określony w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy PZP.
- IV.4. Przed wniesieniem odwołania Odwołujący opłacił wpis od odwołania (w załączeniu potwierdzenie uiszczenia), a także przekazał kopię odwołania Zamawiającemu (w załączeniu dowód przekazania).

UZASADNIENIE

I. PRZEDMIOT ZASKARŻENIA.

- I.1. Na wstępie zaznaczyć należy, że zawarta w § 15 ust. 3 Projektu Umowy klauzula waloryzacyjna była przedmiotem postępowania odwoławczego zainicjowanego przez Odwołującego odwołaniem z dnia 29 sierpnia 2024 r. (sygn. KIO 3143/23).
- I.2. W dniu 11 września 2024 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu z dnia 29 sierpnia 2024 r. W załączeniu do

odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił modyfikację SWZ oraz Projektu Umowy z dnia 06 września 2024 r., która zmieniała klauzulę waloryzacyjną zawartą w § 15 ust. 3 Projektu Umowy.

- I.3. Modyfikacja SWZ i Projektu Umowy z dnia 06 września 2024 r. nie stanowi jednak wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 29 sierpnia 2024 r., a modyfikacja nie doprowadziła do zgodności klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 15 ust. 3 Projektu Umowy z przepisami ustawy PZP. W związku z tym, mając na uwadze, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, zmiana zarzutów zawartych w odwołaniu jest niedopuszczalna, zaś zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy PZP, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a modyfikacja SWZ oraz Projektu Umowy z dnia 06 września 2024 r. zdezaktualizowała zarzuty zawarte w odwołaniu z dnia 29 sierpnia 2024 r. pod względem faktycznym, konieczne stało się wniesienie niniejszego odwołania.
- I.4. Dodać należy, że modyfikacja SWZ i Projektu Umowy z dnia 06 września 2024 r., a więc czynność Zamawiającego będąca przedmiotem niniejszego odwołania, nadała nowe brzmienie § 15 ust. 3 pkt 2) i 4) Projektu Umowy, które nie wynikało z pierwotnej treści tych postanowień. Zmianie uległ poziom zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniający do zmiany wynagrodzenia, a w ślad za tym sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia, w tym rozłożenie między stronami ryzyka zmiany cen materiałów lub kosztów, które uprzednio dzieliło to ryzyko między stronami po połowie, a obecnie przerzuca niemal w całości na wykonawcę. Czynność Zamawiającego z dnia 06 września 2024 r. w założeniu miała stanowić wykonanie żądania zawartego w odwołaniu z dnia 29 sierpnia 2024 r., o czym mowa w art. 522 ust. 1 zd. drugie ustawy PZP. Czynność ta nie stanowi jednak wykonania żądania zawartego w odwołaniu z dnia 29 sierpnia 2024 r. tak pod względem literalnej treści żądania zawartego w w/w odwołaniu, jak również po kątem zgodności klauzuli waloryzacyjnej z przepisami ustawy PZP. W związku z tym niniejsze odwołanie powinno zostać poddane merytorycznej ocenie, a brak jest podstaw do jego odrzucenia na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy PZP.

II. UZASADNIENIE ZARZUTU NR I.1.

- II.1. Postanowienie § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy, określające poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia, przed modyfikacją w dniu 06 września 2024 r. brzmiało następująco:

„Zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu umowy i dotyczących dwóch następujących po sobie miesięcy wynika, że suma ogłaszanych wartości zmiany ceny produkcji budowlano-montażowej w porównaniu do miesiąca poprzedzającego dany miesiąc, stanowi wartość większą niż 8% lub mniejszą niż (-) 8%”.

- II.2. Na podstawie modyfikacji SWZ i Projektu Umowy z dnia 06 września 2024 r. Zamawiający postanowieniu § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy nadał następujące brzmienie:

„Zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu umowy wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego,

licząc od miesiąca, w którym zawarto umowę lub od miesiąca, w którym dokonano poprzedniej zmiany wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 3 umowy, stanowi wartość większą niż 7% lub mniejszą niż (-) 7%”.

- II.3. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do żądania zmiany wynagrodzenia przed dniem 06 września 2024 r. określony był w sposób nierealny, gdyż Zamawiający warunkował waloryzację od zmiany cen na poziomie, który nigdy w historii publikowania wskaźnika nie występował, co czyniło waloryzację iluzoryczną. Pod wpływem odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 29 sierpnia 2024 r. Zamawiający zmienił ten sposób ustalania tego poziomu, jak i jego wysokość. Aktualnie określony poziom zmiany cen na pozór zapewnia, że do waloryzacji wynagrodzenia realnie może dojść. Dostrzec jednak należy, że przy uwzględnieniu innych elementów klauzuli waloryzacyjnej nie dojdzie do realnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy, a ponadto Zamawiający nie wykonał żądania zawartego w odwołaniu z dnia 29 sierpnia 2024 r.
- II.4. W obecnych realiach gospodarczych średni wzrost cen produkcji budowlano-montażowej, to jest wskaźnika, do którego odwołuje się § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy, wynosi około 0,5% w ujęciu miesiąc do miesiąca.

Rysunek 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu i lipcu 2024 r.

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu i lipcu 2024 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	06 2024		07 2024		01-07 2024	
	05 2024=100	analogiczny okres 2023=100	06 2024=100	12 2023=100	01-07 2023=100	
OGÓŁEM	100,3	106,0	105,8	100,4	102,8	106,9
Budowa budynków ^a	100,3	105,6	105,4	100,4	102,6	106,1
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,3	106,6*	106,2	100,4	103,0	107,6
Roboty budowlane specjalistyczne	100,4	105,7	105,5	100,5	103,0	106,5

Źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-lipcu-2024-roku,15,68.html>

Analizując § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy przez pryzmat realiów rynkowych, można szacować, że poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do zmiany wynagrodzenia zostanie osiągnięty po około 14 (czternastu) miesiącach od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (skumulowany wzrost cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu m/m wyniesie co najmniej 7% po około 14 miesiącach realizacji zamówienia). Przy tak określonym poziomie zmiany ceny materiałów lub kosztów strona może więc realnie nabyć uprawnienia do żądania

waloryzacji, jednakże uprawnienie będzie iluzoryczne ze względu na pozostałe elementy klauzuli waloryzacyjnej, do których poziom ten nie został dostosowany.

- II.5. Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z § 15 ust. 3 pkt 3) Projektu Umowy, waloryzacja wynagrodzenia dotyczyć będzie wyłącznie wynagrodzenia za zakres przedmiotu zamówienia nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku o waloryzację. Zgodnie zaś z rozdziałem X pkt 3 SWZ, Zamawiający wprowadził kryterium oceny ofert w postaci terminu realizacji zamówienia, a jako preferowany termin realizacji zamówienia wskazał 18 miesięcy od zawarcia umowy.
- II.6. Mając na uwadze § 15 ust. 3 pkt 3) Projektu Umowy oraz rozdział X pkt 3 SWZ wskazać należy, że poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów został określony przez Zamawiającego w sposób, który powoduje, że większość wynagrodzenia wykonawcy nie będzie podlegała waloryzacji, ponieważ wykonawca będzie musiał wykonać niemal całe zamówienie zanim nabędzie uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia. Realnie rzecz biorąc waloryzacji podlegać będzie wynagrodzenie za co najwyżej 4 miesiące realizacji zamówienia i będzie to jedyna waloryzacja wynagrodzenia ze względu na określony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do kolejnej waloryzacji (§ 15 ust. 3 pkt 2 Projektu Umowy). Zwrócić przy tym uwagę należy, że wzrost cen produkcji budowlano-montażowej będzie postępował, a więc pomimo realnego wzrostu cen wykonawcy nie będzie miał prawa żądać zmiany wynagrodzenia wyłącznie ze względów formalnych, a pełne ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów poniesie właśnie wykonawca. Tym samym Zamawiający uniemożliwia prawidłową oraz zgodną z celem ustawy PZP waloryzację, a klauzula zawarta w § 15 ust. 3 Projektu Umowy jest iluzoryczna i nie spełnia ustawowego założenia, jakim jest przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów. W związku z powyższym stwierdzić należy, że pomimo określenia poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniającego do żądania zmiany wynagrodzenia nie zostały spełnione wymagania określone w art. 439 ustawy PZP. W rzeczywistości Zamawiający przerzuca ryzyko zmiany cen na wykonawcę, który zanim nabędzie prawo do waloryzacji wykona większość przedmiotu umowy przy niezmienionym wynagrodzeniu. Zamawiający w powyższym zakresie wykorzystuje swoją uprzywilejowaną pozycję i kształtuje postanowienia Projektu Umowy w sposób przekraczający dopuszczalną swobodę i zaburzający równowagę stron stosunku zobowiązaniowego.
- II.7. Zwrócić przy tym uwagę należy, że sam ustawodawca dostrzega zjawisko wzrostu cen materiałów lub kosztów, które dotyka nie tylko zamówień realizowanych w dłuższej perspektywie czasu. W ślad za tym zmieniony został art. 439 ust. 1 ustawy PZP, który obliguje zamawiających do zawarcia klauzul waloryzacyjnych we wszystkich umowach zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, podczas gdy uprzednio taki obowiązek dotyczył tylko umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

III. UZASADNIENIE ZARZUTU NR I.2.

- III.1. Przechodząc do zarzutu nr I.2, postanowienie § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy, określające sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia, przed modyfikacją w dniu 06 września 2024 r. brzmiało następująco:

„Wartość zmiany (WZ) określa się na podstawie wzoru: $WZ = W \times F\%$, przy czym:

- *W – wynagrodzenie netto za zakres przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 3 pkt. 3)*
- *F – średnia arytmetyczna dwóch następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2)”.*

III.2. Na podstawie modyfikacji SWZ i Projektu Umowy z dnia 06 września 2024 r. Zamawiający postanowieniu § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy nadał następujące brzmienie:

„Wartość zmiany (WZ) określa się na podstawie wzoru: $WZ = W \times F\%$, przy czym:

- *W – wynagrodzenie netto za zakres przedmiotu Umowy, o którym mowa w ust. 3 pkt. 3)*
- *F – średnia arytmetyczna sumy następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do miesiąca poprzedniego, licząc od miesiąca zawarcia umowy lub od miesiąca, w którym dokonano poprzedniej zmiany wynagrodzenia na podstawie § 15 ust. 3 umowy wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2)”.*

III.3. Odwołując się do pkt II.4 uzasadnienia powyżej, przy obecnych warunkach gospodarczych szacować należy, że poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów określony przez Zamawiającego w § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy, zostanie osiągnięty po około 14 (czternastu) miesiącach realizacji zamówienia (przyjmując wzrost cen produkcji-budowlano montażowej na poziomie około 0,5% m/m wg bieżących komunikatów Prezesa GUS). Ze względu na przyjęty mechanizm średniej arytmetycznej – niezależnie od zarzutu nr I.1 – oznacza to, że niemal całe ryzyko zmiany cen zostało przerzucone przez Zamawiającego na wykonawcę. Przy tak określonym sposobie wynagrodzenie wykonawcy zostanie zwaloryzowane wyłącznie o średnią wartość zmiany cen obliczoną dla jednego miesiąca. Tytułem przykładu, biorąc pod uwagę aktualne komunikaty Prezesa GUS, przy wzroście cen produkcji-budowlano montażowej na poziomie 0,5% m/m, poziom zmiany cen uprawniający wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia osiągnięty zostanie po około 14 miesiącach realizacji zamówienia, a więc w świetle § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy wynagrodzenie wykonawcy zostałoby zwaloryzowane zaledwie o około 1/14 (jedną czternastą) odnotowanego wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej. W praktyce oznacza to, że Zamawiający przypisuje ryzyko zmiany cen niemal wyłącznie wykonawcy.

III.4. W powiązaniu z pozostałymi elementami klauzuli waloryzacyjnej (vide zarzut nr I.1) dostrzec należy, że ze względu na poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów określony w § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy waloryzacji podlegać będzie wynagrodzenie za zaledwie 3-4 miesiące realizacji zamówienia. Wynika to z tego, że zamawiający co prawda wskazuje w pkt VI SWZ, że termin realizacji wynosi 24 miesiące ale preferuje jego skrócenie. W pkt X SWZ zamawiający jako jedno z kryteriów oceny oferty wskazał termin wykonania zamówienia. Maksymalnie w tym

kryterium można uzyskać 10 punktów za skrócenie terminu do 18 miesięcy. Zakładając preferowany termin realizacji zamówienia wynoszący 18 miesięcy będzie to jedyna waloryzacja, gdyż do końca realizacji nie zostanie osiągnięty wymagany poziom aktywacji waloryzacji wynoszący 7%. Jak wskazano powyżej przy 18 miesięcznym terminie część wynagrodzenia objęta możliwością waloryzacji będzie dotyczyła robót, które będą wykonywane w ostatnich 3-4 miesiącach waloryzacji. Oznacza to, że waloryzacji nie będą podlegać roboty wykonane w pierwszych 14 miesiącach, co oznacza, że około 75% wartości robót nie będzie podlegało waloryzacji. W tym układzie waloryzacji będzie podlegało jedynie około 25% wartości wynagrodzenia, która pomimo 7% wzrostu cen zostanie zwaloryzowana o ułamek odnotowanego wzrostu cen materiałów lub kosztów, co potęguje iluzoryczny charakter klauzuli waloryzacyjnej. Reasumując, biorąc pod uwagę aktualne komunikaty Prezesa GUS, wynagrodzenie wykonawcy pozostałe do zapłaty za cztery ostatnie miesiące realizacji zamówienia zostałoby zwaloryzowane o około 1/14 odnotowanego wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej, czyli około 0,5%, pomimo że odnotowany sumaryczny wzrost cen wynosiłby powyżej 7,0%. Potwierdza to, że w zasadzie cały ryzyko wzrostu cen przy zaproponowanej treści klauzuli waloryzacyjnej obciąża wykonawcę.

- III.5. Opisany powyżej sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia nie spełnia wymagań określonych w art. 439 ustawy PZP, a sposób ten uniemożliwia przywrócenie równowagi stron stosunku zobowiązaniowego wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ślad za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wskazać należy, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty (zob. wyrok KIO z 05.01.2022 r., sygn. akt 3600/21). Klauzula waloryzacyjna z § 15 ust. 3 Projektu Umowy tak w zakresie poziomu zmiany cen uprawniającego do zmiany wynagrodzenia, jak i sposobu określenia zmiany wynagrodzenia nie pozwala na zachowanie tej równowagi.
- III.6. Na zakończenie dodać należy, że zarówno poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający do zmiany wynagrodzenia, jak i sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia ukształtowany na nowo poprzez modyfikację SWZ i Projektu Umowy z dnia 06 września 2024 r. pozostaje także sprzeczny zasadą efektywności, która wynika z art. 17 ust. 1 ustawy PZP. W rzeczywistości przy takiej konstrukcji klauzuli waloryzacyjnej wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia będą musieli z przyjąć i zawrzeć w cenie oferty ryzyko związane ze zmianą ceny materiałów lub kosztów. Zważywszy, że w rzeczywistości klauzula waloryzacyjna zawarta w § 15 ust. 3 Projektu Umowy nie będzie pozwalać nawet w minimalnym stopniu na dostosowanie wynagrodzenia do zmieniających się warunków gospodarczych, podmiotem, który ostatecznie poniesie całe ryzyko zmiany cen będzie Zamawiający. Każdy wykonawca w różny sposób oszacuje to ryzyko, a jego wycena powiększy cenę oferty za realizację zamówienia. Świadczy to o nieefektywnym wydatkowaniu środków, bowiem Zamawiający poniesie z góry

założone koszty zmiany cen materiałów lub kosztów, pomimo braku pewności, czy i w jakim zakresie ta zmiana rzeczywiście nastąpi.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

r.pr. Krzysztof Misiewicz

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis z rejestru przedsiębiorców KRS dot. Odwołującego,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.