

Znak sprawy: GKI.271.25.2023

Sanok, dnia 28.11.2023 r.

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym pn. **Remont drogi gminnej położonej na działce nr ew. 666 w kilometrażu km 0+000 – km 1+135 w miejscowości Łodzina w gminie Sanok**

- A. Działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustaw Pzp”, **Zamawiający: Gmina Sanok przekazuje treść zapytania z dnia 27.11.2023 r. dotyczącego treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), wraz z udzieloną odpowiedzią.**

Pytanie :

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów dotyczących zwiększenia górnej granicy waloryzacji z 1% na poziom 20% wynagrodzenia, Naszą prośbę uzasadnia kształtująca się linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. W orzeczeniu z dnia 25.10.2022r. w sprawie o sygn. akt KIO 2532/22, Izba wskazała, że określenie wysokości zmian wynagrodzenia powinno następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie W ocenie Izby, zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% i rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, (..) dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progno. (...) Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron."

Odpowiedź Zamawiającego:

Z przepisów art. 439 ust. 2 w zw. z art. 436 pkt 2 w zw. z art. 431 ustawy Pzp nie wynika, że Zamawiający ma obowiązek zastosować wskaźnik wzrostu wynagrodzeń do zasad zmiany wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy, jak też nie wynika z nich, że wzrost zastosowanego wskaźnika ma się przekładać automatycznie w takiej samej wysokości na zmianę tego wynagrodzenia.

Ustalenie maksymalnego pułapu wynagrodzenia za realizowane zamówienie publiczne, a tym samym maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jest istotne zwłaszcza z perspektywy prowadzenia gospodarki finansowej przez zamawiających. Ma na celu ustalenie ekwiwalentności świadczeń stron. Zamawiający może tę wartość ustalić zarówno jako maksymalny procent liczony od wartości pierwotnego wynagrodzenia, jak i maksymalną kwotę, o którą wynagrodzenie może zostać powiększone (tak też; *Stanowisko wydane przez: Urząd Zamówień Publicznych, Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych, www.uzp.gov.pl*).

Podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca dał zamawiającemu prawo do samodzielnego ustalenia wysokości klauzuli waloryzacyjnej. Przepisy nie zawierają w tej materii wytycznych co do wysokości czy sposobu ustalenia pułapu możliwych zmian.

Zgodnie z wyrokiem SO w Warszawie, sygn. akt XXIII Zs 12/22:., *Wykonawca winien wziąć na siebie część ryzyka związanego z wzrostem wynagrodzeń i w konsekwencji prawidłowo skalkulować ofertę."*

W szczególności w art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający

w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Wskazanie stopniowości podwyższenia wynagrodzenia w zależności od wzrostu wskaźnika inflacji mieści się zatem w granicach działania zamawiającego określonych w ww. przepisie.

Należy pamiętać iż „waloryzacja” jest określeniem potocznym, kojarzącym się głównie z podwyższaniem cen.

Przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozostawia do decyzji Zamawiającego, jaka powinna być wartość zmiany wynagrodzenia, którą dopuszcza Zamawiający. Na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców.

Powyższe znajduje potwierdzenie w tezie wyroku KIO z dnia 11 lutego 2022 r. 230/22, gdzie wskazano, że przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozostawia do decyzji Zamawiającego, jaka powinna być wartość zmiany wynagrodzenia, którą dopuszcza Zamawiający. Ustawodawca nie narzucił żadnych dodatkowych wymogów. W szczególności powyższy przepis nie nakłada na Zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen. Na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców.

Odnosząc się do pytania i rozumiejąc sytuację jaką obserwujemy na rynku w szczególności w branży budowlanej Zamawiający obawia się, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron tak aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. Przeniesienie całości ryzyka inflacyjnego na Zamawiającego stanowiłoby naruszenie równowagi ekonomicznej na korzyść Wykonawcy w sytuacji, gdy postulowane jest rozłożenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia pomiędzy stronami kontraktu.

Równocześnie w związku z malejącą tendencją inflacji Zamawiający zwiększa górną granicę waloryzacji z 1% na poziom 5% wynagrodzenia.

Zamawiający informuje o zmianie treści Załącznika nr 2 do SWZ – Projektu umowy.

- A. Zamawiający informuje, że pytanie oraz odpowiedź na nie stają się integralną częścią Specyfikacji Warunków Zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.**

- B. W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie, Zamawiający działając na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Pzp dokonuje modyfikacji Załącznika nr 2 do SWZ – Projekt umowy. Treść załącznika uwzględniająca zmiany (oznaczone kolorem czerwonym) zostaje opublikowana na stronie prowadzonego postępowania wraz z niniejszym pismem.**

- C. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż pozostała treść SWZ pozostaje bez zmian.**

Z up. WÓJTA

mgr inż. Paweł Wdowiak
ZASTĘPCA WÓJTA