



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

Pruszków, dnia 29 sierpnia 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 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.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 29 sierpnia 2024 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Strona 1 z 14

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

Tel.+48 22 7144377
Faks+48 22 7144908

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

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 6 Ustawy z dnia 08 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 ze zm.).

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 Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym także załącznika nr 5 stanowiącego projektowane postanowienia umowy, zwanego dalej „**Projektem Umowy**”, w sposób naruszający przepisy ustawy PZP, a także Kodeksu cywilnego.

I. Zarzuty.

I.1. naruszenie **art. 240 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy PZP** poprzez określenie w roz. X pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia kryterium oceny ofert pn. „Jakość” w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały w zakresie przyznawania punktów za zaoferowanie poszczególnych parametrów infrastruktury medycznej, o której mowa w załączniku nr 11 do SWZ, co dotyczy parametrów:

- 1) lp. 7, 11, 19, 43, 73 – 74, 146, 179 – 183, 187, 189 – 191, 198, 252 w odniesieniu do rezonansu magnetycznego 1,5T;
- 2) lp. 7, 11 – 12, 21, 102 – 103, 207 – 209, 213 – 216, 223, 290 w stosunku do rezonansu magnetycznego 3T,

a konsekwencją braku sprecyzowania opisu kryterium oceny jest pozostawienie Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dowolności przyznawania punktacji, co prowadzi również do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

I.2. naruszenie **art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1), 2) i 3) 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** poprzez:

- 1) uwarunkowanie w § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy uprawnienia wykonawcy do zmiany wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia od wystąpienia rażąco wysokiego poziomu wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej, który jest nierealny oraz całkowicie nieadekwatny do aktualnych realiów rynkowych – „gdy z komunikatów prezesa GUS ogłaszanych po zawarciu umowy i dotyczących **dwóch następujących po sobie miesięcy** wynika, że **suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej w porównaniu do miesiąca poprzedzającego dany miesiąc, stanowi wartość większą niż 8 % lub mniejszą niż (-) 8 %**”;
- 2) określenie w § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia w taki sposób, że wynagrodzenie będzie ulegać zmianie poprzez iloczyn wynagrodzenia netto za zakres przedmiotu umowy nieodebranego przez Zamawiającego i **średniej arytmetycznej „dwóch**

następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2)", co oznacza, że:

- a) przy ustaleniu wysokości należnej waloryzacji pominięciu podlegać będzie wzrost cen, który może nastąpić od dnia złożenia oferty, w którym to następuje ustalenie ceny, czy też dnia zawarcia umowy do momentu wystąpienia dwóch następujących po sobie miesięcy, w ciągu których odnotowany zostanie wzrost cen na poziomie przewidzianym przez Zamawiającego (dodatkowo określony na rażąco wysokim, nierealnym poziomie);
- b) wynagrodzenie wykonawcy zostanie zwaloryzowane tylko o wzrost cen z jednego miesiąca przez wzgląd na to, że w postanowieniu § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy jest mowa o średniej arytmetycznej z dwóch następujących po sobie miesięcy, podczas gdy wybrane przez Zamawiającego wskaźniki obrazują zmianę (wzrost lub spadek) w danym miesiącu względem miesiąca poprzedniego. Powyższe oznacza, że jeśli w dwóch miesiącach z rzędu wskaźnik obrazowałby wzrost cen na poziomie 4% miesięcznie, a zatem łącznie ponad 8%, to Wykonawcy zwaloryzowano by wynagrodzenie wyłącznie o 4% licząc wspomnianą średnią arytmetyczną i abstrahując od faktu, iż wzrosty cen na poziomie 4% miesięcznie są całkowicie nierealne;

a więc pomimo rzeczywistego wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej waloryzacja nie przywróci choćby w minimalnym stopniu ekwiwalentności świadczeń stron, a dysproporcja pomiędzy ryzykiem wykonawcy a ryzykiem Zamawiającego jest rażąca, narusza równowagę stron oraz uprzywilejowuje Zamawiającego;

- 3) określenie w § 15 ust. 3 pkt 8) Projektu Umowy, że wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia (waloryzacji) wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia może następować nie częściej niż raz na cztery miesiące, co powoduje, że ryzyko wzrostu cen w kolejnych dwóch miesiącach następujących po (pierwszej i każdej kolejnej) waloryzacji przerzucone zostało w pełni na wykonawcę, a więc pomimo rzeczywistego wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej wykonawcy nie będzie służyć prawo do waloryzacji lub też wysokość tej waloryzacji będzie całkowicie nieproporcjonalna do zmian cen, które nastąpiły w tym okresie, co dodatkowo potęguje zarzut przedstawiony w pkt I.3 ppkt 2) powyżej.

Ukształtowanie postanowień Projektu Umowy w tym zakresie (pkt I.3 ppkt 1 – 3) uniemożliwia dokonanie prawidłowej oraz zgodnej z celem ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W opisany powyżej sposób Zamawiający nadużywa uprawnień do kształtowania przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, godząc w naturę stosunku zobowiązaniowego, a także prowadząc do istotnego zachwiania równowagi stron tego stosunku.

II. Żądanie.

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

- II.1. w zakresie zarzutu nr I.1 – ze względu na niejednoznaczny i niezrozumiały opis kryterium oceny ofert „Jakość” Odwołujący nie ma możliwości odczytania intencji Zamawiającego i tym samym precyzyjnego wskazania kierunku, w którym powinna zmierzać modyfikacja Specyfikacji Warunków Zamówienia. W związku z tym Odwołujący wnioskuję o nakazanie Zamawiającemu opisanie kryteriów oceny ofert „Jakość” w zakresie przyznawanej punktacji w sposób jednoznaczny i zrozumiały, w stopniu pozwalającym na przewidzenie przez wykonawców jaką otrzymają punktację. W ocenie Odwołującego zasadne jest precyzyjne wskazanie punktu odniesienia (preferencji Zamawiającego).
- II.2. w zakresie zarzutu nr I.2 – Odwołujący wnioskuję o modyfikację § 15 ust. 3 Projektu Umowy poprzez doprowadzenie postanowienia do zgodności z art. 439 ustawy PZP, a więc dostosowanie klauzuli waloryzacyjnej do realiów rynkowych, a także jej modyfikację, która umożliwi przywrócenie ekwiwalentności świadczeń stron w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący poniżej wskazuje proponowaną treść zmiany:

3. Zmiana, o której mowa w ust. 2 pkt. 1) będzie następować według następujących zasad:

1) Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze stron umowy nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

*2) 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 zmian ceny produkcji budowlano-montażowej **w stosunku do miesiąca poprzedniego, w porównaniu do licząc od miesiąca, w którym zawarto umowę lub od poprzedniej zmiany wynagrodzenia poprzedzającego dany miesiąc,** stanowi wartość większą niż **± 3 %** lub mniejszą niż (-) **± 3 %**.*

3) Wniosek o zmianę może dotyczyć wyłącznie wynagrodzenia za zakres przedmiotu Umowy nieodebrany przez Zamawiającego przed dniem złożenia wniosku o waloryzację.

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 dwóch~~ **suma** następujących po sobie wartości zmiany cen produkcji budowlano-montażowej **w stosunku do miesiąca poprzedniego** wynikających z komunikatów prezesa GUS, o których mowa w ust. 3 pkt 2).*

5) Obliczoną w sposób określony w ust. 3 pkt 4) wartość należy dodać proporcjonalnie do wartości elementów zakresu przedmiotu Umowy nieodebranych do dnia złożenia wniosku o waloryzację.

6) Wartość zmiany należy powiększyć o należny podatek VAT.

7) Zmianę umowy dotyczącą wynagrodzenia, po zaakceptowaniu wniosku przez obie strony wprowadza się aneksem do umowy.

8) Możliwe jest wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia z zastrzeżeniem, że będą one wprowadzane nie częściej niż raz na ~~cztery miesiące~~ **sześć miesięcy**.

9) Maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia Wykonawcy, tj. suma wszystkich wprowadzanych zmian na podstawie ww. postanowień nie może przekroczyć łącznie wartości stanowiącej 10 % wartości kontraktu określonego pierwotnie w umowie.

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 SWZ, a także załączonego do niej Projektu Umowy w sposób niezgody z ustawą PZP i Kodeksem cywilnym. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu

Zważywszy, że postanowienia SWZ oraz 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. 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 30.08.2017 r., sygn. 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. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Dz.U. S. 160/2024 w dniu 19 sierpnia 2024 r. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 29 sierpnia 2024 r. Odwołujący zachowuje termin zakreślony w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy PZP.
- IV.2. Przed wniesieniem odwołania Odwołujący opłacił wpis od odwołania (w załączeniu potwierdzenie uiszczenia), a także przekazał kopię odwołania Zamawiającemu (w załączeniu dowód przekazania).

UZASADNIENIE

I. Uzasadnienie zarzutu nr I.1.

- I.1. W roz. X pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający umieścił kryterium oceny ofert pn. „Jakość”. W tym miejscu SWZ Zamawiający wskazał, że:

„Pj – ilość punktów badanej oferty w kryterium jakość określona w specyfikacji technicznej”.

Na tym Zamawiający zasadniczo poprzestał opisywać wskazane kryterium oceny ofert w samej treści SWZ. Wydaje się, że poprzez przytoczony powyżej fragment Zamawiający odwołuje się do dokumentów stanowiących załącznik nr 11 do SWZ, których pełna nazwa brzmi „Specyfikacje techniczne przedmiotu zamówienia”, choć nie wynika to wprost z treści SWZ.

- I.2. Na załącznik nr 11 do SWZ składa się szereg plików excel, które są specyfikacją techniczną technologii medycznej oraz systemów informatycznych wchodzącego

w przedmiot zamówienia. Nie wynika to z treści SWZ, a wyłącznie z analizy treści specyfikacji technicznych, że w ramach kryterium „Jakość” ocenie podlegać będą wyłącznie oferowane parametry technologii medycznej. Ponadto w ramach samej technologii medycznej ocenie podlegać będą wyłącznie dwa spośród dziesięciu urządzeń, tj. rezonans magnetyczny 1,5T oraz rezonans magnetyczny 3T, co także nie wynika z treści SWZ. W tym zakresie należy podnieść, że brak precyzji SWZ oraz niewyrażone wprost odesłanie do treści załączników do SWZ, a następnie interpretowanie kryterium oceny ofert zamieszczonego w SWZ przez pryzmat tych załączników nie sposób uznać za określenie kryterium oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, choć nie jest to główną podstawą stawianego zarzutu.

- I.3. Jak wyżej wspomniano, wydaje się, że w ramach kryterium „Jakość” ocenie będzie podlegać wyłącznie rezonans magnetyczny 1,5T oraz rezonans magnetyczny 3T. Wynika to wyłącznie z faktu, że jedynie w plikach odnoszących się do wskazanych urządzeń pojawia się kolumna pn. „Punktacja”. Zaznaczyć należy, że w odniesieniu do niektórych parametrów Zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny oraz zrozumiały liczby punktów przyznawanej za zaoferowanie określonego parametru. Tytułem przykładu wskazać należy odnoszący się do rezonansu magnetycznego parametr *Homogeniczność pola dla kuli - wartość gwarantowana w ppm, mierzona metodą VRMS, tj. wymagane minimum 24 płaszczyzny pomiarowych*, przy którym Zamawiający nie określił w jaki sposób przyznawać będzie punkty, co przedstawia poniższy fragment specyfikacji technicznej. Z poniższego fragmentu nie wynika jaki jest punkt odniesienia (preferencje Zamawiającego), a także w jakiej proporcji będą rozkładać się punkty.

	Homogeniczność pola dla kuli - wartość gwarantowana w ppm, mierzona metodą VRMS, tj. wymagane minimum 24 płaszczyzny pomiarowych:		
7.	o średnicy 10 cm		Wartość najmniejsza 5 pkt., największa 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie
	o średnicy 20 cm		Wartość najmniejsza 5 pkt., największa 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie
	o średnicy 30 cm		Wartość najmniejsza 10 pkt., największa 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie
	o średnicy 40 cm		Wartość najmniejsza 10 pkt., największa 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie
	o średnicy 45 cm		Wartość najmniejsza 10 pkt., największa 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie
	o średnicy 50 cm lub w objętości cylindrycznej 50x50x45 cm		Wartość najmniejsza 10 pkt., największa 0 pkt., pozostałe proporcjonalnie

Wyżej przedstawiona sytuacja dotyczy następujących parametrów:

- lp. 7, 11, 19, 43, 73 – 74, 146, 179 – 183, 187, 189 – 191, 198, 252 w stosunku do rezonansu magnetycznego 1,5T;
- lp. 7, 11 – 12, 21, 102 – 103, 207 – 209, 213 – 216, 223, 290 w stosunku do rezonansu magnetycznego 3T,

przy których punktacja została opisana w analogiczny sposób. Odwołujący podnosi, że w tym zakresie kryterium oceny ofert „Jakość” pozostaje opisane w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały. Na podstawie informacji zawartych w SWZ nie sposób jest przewidzieć jaką punktację Zamawiający przyzna za zaoferowanie określonej wartości, ilości, średnicy itd. w ramach danego parametru. Zamawiający zasadniczo nie wskazuje punktu odniesienia (swoich preferencji),

a jedynie wartość maksymalną, bądź minimalną, co jednak w dalszym ciągu nie pozwala na ustalenie jaką liczbę punktów Zamawiający przyzna za zaoferowanie określonego parametru. Zwrócić przy tym należy uwagę, że Zamawiające nie określił, czy będzie przyznawać punkty ułamkowe, co także może mieć kluczowe znaczenie przy uznaniu oferty za najkorzystniejszą.

- I.4. Przedstawiony wyżej sposób opisu kryterium oceny ofert jest niejednoznaczny i niezrozumiały, a tym samym nie spełnia standardu wyznaczonego art. 240 ust. 1 ustawy PZP. Wskazać należy, że niedookreślenie sposobu przyznawania punktacji za dany parametr skutkuje przyznaniem Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty, a decyzja Zamawiającego nie będzie możliwa do oceny na podstawie obiektywnie określonych kryteriów w treści SWZ. Tym samym naruszenia doznaje art. 240 ust. 2 ustawy PZP.

II. Uzasadnienie zarzutu nr I.2.

- II.1. Zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy PZP, a zaproponowana waloryzacja jest pozorna oraz stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.
- II.2. Zamawiający w § 15 ust. 3 Projektu Umowy wprowadził postanowienia będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy. Mimo wprowadzenia tych postanowień Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy PZP, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji mają charakter pozorny, to jest zawierają warunki, które powodują, że nie wiadomo, czy w ogóle dojdzie do waloryzacji wynagrodzenia (nawet w przypadku bardzo wysokiego wzrostu cen i kosztów), a w przypadku wystąpienia przesłanek waloryzacji, które uniemożliwiają przywrócenie ekonomicznej równowagi stron.
- II.3. Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy PZP stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Ustawodawca przewidział, że trwający ponad 6 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak również obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron, czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.
- II.4. Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w sytuacji gospodarczej, którą obserwujemy od kilku lat m.in. znaczny wzrost cen materiałów

i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe Wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewni należyłą, terminową oraz bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

- 1) jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
- 3) sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
- 4) winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń.

II.5. Wymogi, jakie powinna spełnić klauzula waloryzacyjna określono w art. 439 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym w umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

II.6. Nie sposób twierdzić, że Zamawiający formułując § 15 ust. 3 Projektu Umowy wypełnił dyspozycję art. 439 ustawy PZP. Klauzula waloryzacyjna jedynie formalnie zawiera elementy określone w przepisie art. 439 ust. 2 ustawy PZP, jednak ustalony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony do żądania zmiany wynagrodzenia został ustalony całkowicie w oderwaniu od realiów ekonomicznych panujących na rynku, przez co klauzula ma charakter

czysto iluzoryczny i nie pozwoli na waloryzację wynagrodzenia, choćby wzrost cen lub kosztów był znaczący. Również sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia jawi się jako niezgodny z przepisami ustawy PZP, bowiem nie pozwala na przywrócenie równowagi ekonomicznej między stronami. Zarówno w przypadku poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów uprawniającemu strony do żądania waloryzacji, jak i sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia Zamawiający kształtuje nadużywając swojej uprzywilejowanej pozycji oraz w sposób całkowicie zaburzający równowagę stron stosunku zobowiązaniowego.

- II.7. Po pierwsze wskazać należy, że w § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy wskazał, że: *„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 zmian ceny produkcji budowlano-montażowej w porównaniu do miesiąca poprzedzającego dany miesiąc, stanowi **wartość większą niż 8 % lub mniejszą niż (-) 8 %**”.*

Na szczególną uwagę zasługuje to, że zgodnie z § 15 ust. 3 pkt 2) Projekt Umowy, sumowaniu podlegać będą wskaźniki zmian cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu miesiąc do miesiąca (m/m). Innymi słowy, uprawnienie do żądania zmiany wynagrodzenia Zamawiający uwarunkował od sytuacji, w której w ciągu dwóch następujących po sobie miesięcy ceny produkcji budowlano-montażowej będą rosły w każdym miesiącu o około 4% (sic!) w ujęciu miesiąc do miesiąca (m/m). Jest to poziom całkowicie odbiegający od aktualnych realiów rynkowych, bowiem aktualny poziom wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu miesiąc do miesiąca kształtuje się na poziomie około 0,5%, a więc dziesięć razy mniejszym niż poziom ustalony przez Zamawiającego. Tytułem przykładu podać należy, że w dniu 21 sierpnia 2024 r. Prezes GUS opublikował informację sygnałną, z której wynika, że ceny produkcji budowlano-montażowej w lipcu 2024 r. w porównaniu z czerwcem 2024 r. wzrosły o 0,4%. Co więcej, z tej samej informacji sygnałnej Prezesa GUS wynika, że ceny produkcji budowlano-montażowej według danych z lipca 2024 r. wzrosły o 5,8% w porównaniu z lipcem 2023 r. Oznacza to zatem, że Zamawiający warunkuje uprawnienie żądania zmiany wynagrodzenia od sytuacji, w której z miesiąca na miesiąc ceny wzrosną niemal o poziom, który aktualnie Prezes GUS odnotowuje w skali całego roku (r/r). Dodatkowo dla aktualizacji uprawnienia do żądania zmiany wynagrodzenia Zamawiający wymaga,

aby taka sytuacja powtórzyła się na przestrzeni dwóch następujących po sobie miesięcy.

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.

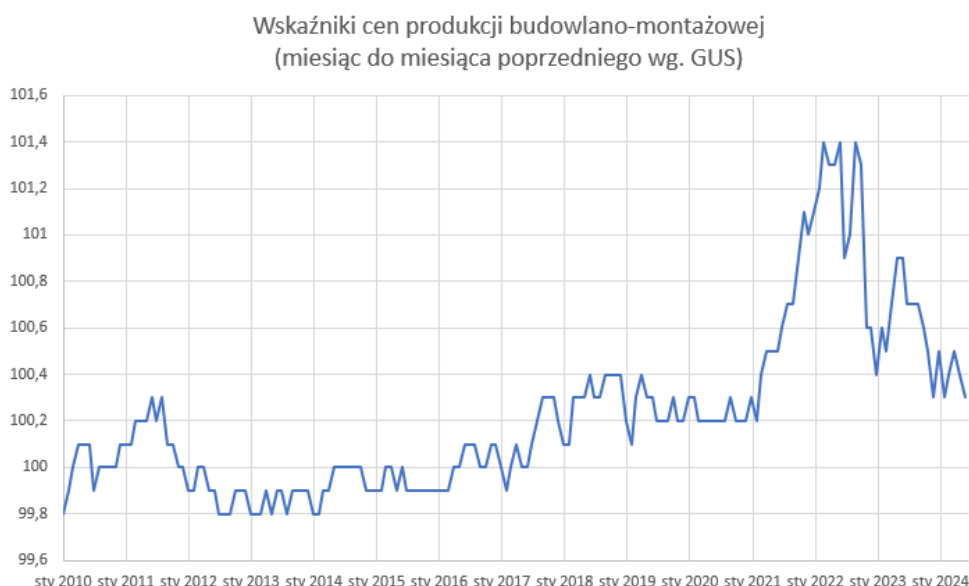
WYSZCZEGÓLNIENIE	06 2024		07 2024		01-07 2024	
	05 2024=100	analogiczny okres 2023=100	06 2024=100	12 2023=100	01-07 2023=100	
OGÓŁEM	100,3	106,0	105,8	100,4	102,8	106,9
Budowa budynków ^a	100,3	105,6	105,4	100,4	102,6	106,1
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,3	106,6*	106,2	100,4	103,0	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 danych historycznych, stwierdzić należy, że **poziom zmiany cen produkcji budowlano-montażowej, od którego Zamawiający warunkuje uprawnienie do zmiany wynagrodzenia nie wystąpił ani razu na przestrzeni ostatnich 14 lat.** W tym okresie najwyższy wzrost cen produkcji budowlano-montażowej odnotowany z miesiąca na miesiąc (m/m) wyniósł 1,4% (marzec 2022 r., czerwiec 2022 r. oraz wrzesień 2022 r.), co obrazuje poniższa tabela opracowana na podstawie danych statystycznych publikowanych przez GUS. Oznacza to, że z klauzuli waloryzacyjnej określonej przez Zamawiającego w § 15 ust. 3 Projektu Umowy nie można by było skorzystać nawet w okresie bardzo wysokiego wzrostu cen, który spowodowany był agresją Federacji Rosyjskiej na terytorium Ukrainy, co również obrazuje poniższa tabela. Należy także przypomnieć, że począwszy od marca 2022 r. odnotowywano gwałtowne wzrosty cen w każdej gałęzi gospodarki, na całym świecie, co

doprowadziło nie tylko do wybuchu inflacji, ale również do olbrzymich perturbacji na całym rynku budowlanym.

Rysunek Nr 2. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w okresie ostatnich 14 lat (miesiąc do miesiąca poprzedniego wg. GUS).



Powyższe świadczy o całkowitym oderwaniu klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 15 ust. 3 Projektu Umowy od warunków rynkowych i jej oczywistej pozorności, gdyż wykonawca nie mógłby z niej skorzystać nawet w sytuacjach ekstremalnych (np. agresji zbrojnej).

II.8. Przechodząc do sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia, Zamawiający określił ten sposób w § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy w następujący sposób:

„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)”.

Przy tak skonstruowanym sposobie ustalenia zmiany wynagrodzenia pominięciu podlegać będzie wzrost cen, który może nastąpić od dnia złożenia oferty, w którym to następuje ustalenie ceny, czy też dnia zawarcia umowy do momentu wystąpienia dwóch następujących po sobie miesięcy, w ciągu których odnotowany zostanie wzrost cen na poziomie przewidzianym przez Zamawiającego (określonym na rażąco wysokim, nierealnym poziomie). Ponadto w takim układzie wynagrodzenie wykonawcy zostanie zwaloryzowane tylko o wzrost cen z jednego miesiąca przez wzgląd na to, że w postanowieniu § 15 ust. 3 pkt 4) Projektu Umowy jest mowa o średniej arytmetycznej z dwóch następujących po sobie miesięcy, podczas gdy wybrane przez Zamawiającego wskaźniki obrazują zmianę (wzrost lub spadek) w danym miesiącu względem miesiąca poprzedniego. Powyższe oznacza, że jeśli

w dwóch miesiącach z rzędu wskaźnik obrazowałby wzrost cen na poziomie 5% miesięcznie a zatem łącznie ponad 10%, to Wykonawcy zwaloryzowano by wynagrodzenie wyłącznie o 5% licząc wspomnianą średnią arytmetyczną i abstrahując od faktu, iż wzrosty cen na poziomie 5% miesięcznie są całkowicie nierealne. Biorąc powyższe pod uwagę – choćby hipotetycznie poziom zmiany cen materiałów lub kosztów określony przez Zamawiającego w § 15 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy wystąpił, to określony przez Zamawiającego sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia nie przywróci w minimalnym stopniu ekwiwalentności świadczeń stron, a dysproporcja pomiędzy ryzykiem przypisanym wykonawcy a ryzykiem Zamawiającego jaki się jako rażąca, co uznać należy za naruszenie równowagi stron stosunku zobowiązaniowego oraz nadużycie Zamawiającego uprawnienia do kształtowania postanowień przyszłej umowy. Powyższe potęguje w § 15 ust. 3 pkt 8) Projektu Umowy, zgodnie z którym wprowadzanie kolejnych zmian wynagrodzenia (waloryzacji) wskutek zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia może następować nie częściej niż raz na cztery miesiące. Powoduje to, że ryzyko wzrostu cen w kolejnych dwóch miesiącach następujących po (pierwszej i każdej kolejnej) waloryzacji przerzucone zostało w pełni na wykonawcę, a więc pomimo rzeczywistego wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej wykonawcy nie będzie służyć prawo do waloryzacji lub też wysokość tej waloryzacji będzie całkowicie nieproporcjonalna do zmian cen, które nastąpiły w tym okresie. Tak skonstruowana klauzula waloryzacyjna nie pozwala na zmianę wynagrodzenia zgodnie z celem art. 439 ustawy PZP i nie prowadzi do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń stron.

- II.9. W ślad za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wskazać należy, że klauzula waloryzacyjna powinna być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, zaś 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. 3600/21). Zamawiający wprowadzając zatem klauzulę waloryzacyjną oderwaną od realiów rynkowych i nie pozwalającą na zachowanie ekwiwalentności świadczeń narusza przepisy ustawy PZP, jak i naturę stosunku zobowiązaniowego umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym Zamawiający przekracza granice swobody kształtowania postanowień przyszłej umowy i nadużywa swojego uprawnienia.
- II.10. Na zakończenie odwołać należy się również do opinii Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, z której da się wywieść, jaką rolę pełnią klauzule waloryzacyjne mają na celu utrzymanie ekwiwalentności świadczeń stron. Tym samym klauzula waloryzacja tworzona w oparciu o przepis art. 439 ustawy PZP musi być klauzulą realną i znajdującą zastosowanie w toku normalnych zdarzeń.

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.