

Pruszków, dnia 24.11.2022 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska
działająca w imieniu i na rzecz Gminy Miasta
Gdańska
ul. Żaglowa 11; 80-560 Gdańsk
tel. + 48 58 32 05 100
e-mail: drmg@gdansk.gda.pl

Odwołujący:

STRABAG sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
KRS: 0000054588
Tel: + 48 22 71 44 800

reprezentowany przez:
adw. Macieja Majewskiego

adres do korespondencji:
STRABAG sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków,
Tel.: + 48 22 714 43 55, fax: + 48 22 714 49 09
e-mail: maciej.majewski@bauholding.com

Dotyczy: Postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Przebudowa fragmentu DW 218 – ul. Kielnieńska na odcinku od obwodnicy S6 do wiaduktu kolejowego na styku Obwodnicy Trójmiasta z Obwodnicą Metropolitalną Etap I
(nr postępowania: 54/BZP U.510.39/2022/MS)

ODWOŁANIE

Działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, dokument pełnomocnictwa w załączeniu, w imieniu odwołującego STRABAG sp. z o.o., w oparciu o przepis art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 roku r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „pzp”, wnoszę odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a polegającej na ukształtowaniu w sposób

niezgodny z ustawą treści Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) w zakresie zmienionych w dniu 14.11.2022 r. postanowień umowy odnoszących się do waloryzacji wynagrodzenia.

I. Zarzuty.

Zaskarżonej czynności zamawiającego zarzucam naruszenie art. 8 ust. 1 pzp, w zw. z art. 353¹ k.c., art. 58 k.c., art. 358¹ § 2 k.c., art. 439 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 16 ust. 1 i 3 pzp poprzez ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przejawia się m.in. w ustanowieniu mechanizmu przewidującego możliwość obniżenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, nawet wtedy, gdy ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia będą wzrastały.

II. Wnioski:

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ poprzez zmianę § 15 ust. 2 pkt 6 i 7 załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wzór umowy)”, aby zastrzeżenia te otrzymały odpowiednio brzmienie:

„6) waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej (tablica 1) OGÓŁEM publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. W przypadku, gdyby te wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie będą miały inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS;

7) obliczenie wysokości kwot do zapłaty Wykonawcy nastąpi wg. wzoru:

$$Kz = Kp \cdot W / 100$$

gdzie:

Kz – kwota waloryzacji

Kp – kwota do zwaloryzowania

W – wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej (tablica nr 1) OGÓŁEM;”.

III. Interes prawny:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie zamówień publicznych. Postanowienia zawarte w załączniku nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wzór umowy)” w zakresie odnoszącym się do waloryzacji wynagrodzenia w brzmieniu nadany zmiany z dnia 14.11.2022 r. są niezgodne z pzp oraz kodeksem cywilnym. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe uprawnienia wykonawcy, gdyż w sposób niezgodny z ustawą wprowadza mechanizm waloryzacji, który nie niweluje ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego.

Na skutek uchybień zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z ustawą oferty, podczas

gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych uregulowań projektu umowy, odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi ustawy. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z pzp oraz kodeksem cywilnym, odwołujący ma ograniczone możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane postanowienia umowy pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego w warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że *„środki ochrony prawnej [...] 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 KIO z 4.10.2010 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 KIO z 30.08.2017 r., sygn. akt KIO 1718/17).

Czynności zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy ustawy, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do

zamówienia, zwłaszcza poprzez ograniczenie możliwości skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert. Z uwagi na powyższe, odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

IV. Termin:

W dniu 14.11.2022 r. zamawiający zmienił SWZ, zmieniając kwestionowane przez odwołującego postanowienia § 15 ust. 2 załączniku nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wzór umowy)”. Tego samego dnia informacja o zmianie SWZ została zamieszczona na stronie internetowej – platformie zakupowej zamawiającego.

Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu przekracza progi unijne. Odwołujący składając odwołanie w dniu 24.11.2022 r. czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 pzp – wnosząc odwołanie w ustawowo określonym terminie.

V. Pozostałe informacje:

Strona internetowa Zamawiającego: <http://www.drmg.gdansk.pl/>
https://platformazakupowa.pl/pn/drmg_gdansk
e-mail Zamawiającego: drmg@gdansk.gda.pl

VI. Data publikacji ogłoszenia:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.04.2022 r. pod numerem 2022/S 080-214202.

Uzasadnienie

I. Uwagi wstępne/kwestionowana treść projektu umowy

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest realizacja robót budowlanych pn. *Przebudowa fragmentu DW 218 – ul. Kielnieńska na odcinku od obwodnicy S6 do wiaduktu kolejowego na styku Obwodnicy Trójmiasta z Obwodnicą Metropolitalną Etap I*. STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie jest zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu, złożeniem oferty oraz wykonaniem zamówienia.

W dniu 14.11.2022 r. dokonał zmiany treści SWZ w ten sposób, że zmieniono brzmienie ust. 2 § 15 załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wzór umowy)”, nadając mu brzmienie:

„2. Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany w przypadkach umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy w zakresie, o którym mowa w art. 439 PZP, na następujących zasadach:

- 1) Strony mogą żądać zmiany wynagrodzenia wyłącznie w przypadku, gdy wartość wskaźnika, o którym mowa w pkt 6), zmieni się co najmniej w zakresie określonym w pkt 13), jednak żądanie zmiany może zostać złożone drugiej stronie nie wcześniej, niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) zmiana wynagrodzenia będzie miała zastosowanie od pierwszego pełnego miesiąca kalendarzowego po miesiącu, w którym limit określony w pkt 13) zostanie osiągnięty, przypadającego nie wcześniej, niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a kolejne zmiany wskaźnika waloryzacji będą się odbywać co najmniej po upływie trzech pełnych miesięcy od miesiąca, w którym poprzednio ustalono wskaźnik;
- 3) waloryzacji podlegać będzie wyłącznie wynagrodzenie Wykonawcy za roboty pozostałe do wykonania po dacie złożenia drugiej stronie zgodnego z umową żądania zmiany wynagrodzenia;
- 4) waloryzacji nie będzie podlegać wynagrodzenie Wykonawcy za roboty związane ze zmianą sposobu świadczenia, w szczególności roboty dodatkowe lub zamienne;
- 5) waloryzacji podlegać będzie wyłącznie wynagrodzenie Wykonawcy za roboty wykonane w terminie zakończenia robót, a po upływie tego terminu wynagrodzenie nie będzie ulegało dalszym zmianom;
- 6) waloryzacja będzie się odbywać:
 - a) w przypadku pierwszej waloryzacji - w oparciu o różnicę pomiędzy bieżącą wartością wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (tablica 1) OGÓŁEM w odniesieniu do analogicznego okresu roku poprzedniego, opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (tj. ostatnią znaną wartością tego wskaźnika opublikowanego najpóźniej w dniu złożenia drugiej stronie zgodnego z umową żądania zmiany wynagrodzenia), a ostatnią znaną wartością odpowiedniego wskaźnika opublikowanego najpóźniej w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku, gdyby te wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie będą miały inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS;
 - b) w przypadku kolejnych waloryzacji - w oparciu o różnicę pomiędzy bieżącą wartością wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (tablica 1) OGÓŁEM w odniesieniu do analogicznego okresu roku poprzedniego, opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (tj. ostatnią znaną wartością tego wskaźnika opublikowanego najpóźniej w dniu złożenia drugiej stronie zgodnego z umową żądania zmiany wynagrodzenia), a wartością, która stanowiła bieżącą wartość wskaźnika przy poprzedniej waloryzacji. W przypadku, gdyby te wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie będą miały inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS;
- 7) obliczenie wysokości kwot do zapłaty Wykonawcy nastąpi wg. wzoru:

$$Kw = Kp * (WN - WO) / 100 + Kp$$

gdzie:

Kw – kwota po waloryzacji

Kp – kwota przed waloryzacją

WN –bieżący wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej (tablica nr 1) OGÓŁEM w odniesieniu do analogicznego okresu roku poprzedniego

WO – wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej (tablica nr 1) OGÓŁEM:

- a) w przypadku pierwszej waloryzacji – ostatni znany wskaźnik opublikowany najpóźniej w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do roku poprzedniego;
 - b) w przypadku kolejnych waloryzacji – stanowiący bieżący wskaźnik przy poprzedniej waloryzacji;
- 8) maksymalna nominalna wartość zmiany wynagrodzenia dopuszczona przez Zamawiającego w związku z zastosowaniem niniejszego ustępu wynosi 10 % wynagrodzenia ofertowego;
 - 9) zmiana wynagrodzenia w związku z zastosowaniem niniejszego ustępu wyczerpuje roszczenia Wykonawcy związane ze zmianą, o której mowa w 439 PZP;
 - 10) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione w związku z zastosowaniem niniejszego ustępu, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę na okres dłuższy, niż 12 miesięcy (liczony wraz z wszystkimi aneksami do umowy o podwykonawstwo). Do zmiany wynagrodzenia podwykonawcy postanowienia niniejszego ustępu stosuje się odpowiednio;
 - 11) zwiększenie wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w formie aneksu do Umowy. Wykonawca zobowiązany jest do załączania do żądania, o którym mowa w pkt 1, szczegółowego sposobu wyliczenia, o którym mowa w ust. 9 oraz zaktualizowanych zgodnie z powyższymi zasadami kosztorysów uproszczonych, a Zamawiający ma prawo ich weryfikacji;
 - 12) obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi w formie jednostronnego oświadczenia Zamawiającego i nie wymaga zawarcia aneksu do Umowy;
 - 13) strony mogą żądać zmiany wynagrodzenia wyłącznie w przypadku, gdy wartość bezwzględna wskaźnika, o którym mowa w pkt 6), wyniesie co najmniej 2%.”.

II. Uzasadnienie podniesionych zarzutów

Swoboda kształtowania treści umów ma swoje granice ustanowione w art. 353¹ k.c. Swobodę tę ogranicza natura stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy. 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. Przede wszystkim, choć niewyłącznie, ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających.

Jakkolwiek również i w reżimie zamówień publicznych obowiązuje zasada swobody umów wyrażona w art. 353¹ k.c., to nie oznacza ona bezwzględnej swobody zamawiającego w faktycznym jednostronnym kształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego, a co za tym idzie, także i możliwości dowolnego wprowadzania ograniczeń nie mających umocowania w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. Szczególna pozycja zamawiającego

wynikająca z piastowania pieczy nad wydatkowaniem środków publicznych, nie sankcjonuje prawa do żądania podporządkowania się wymogom, które naruszają ustawę, znacząco ograniczając sposób w jaki możliwa jest realizacja zamówienia oraz uniemożliwiając uwzględnienie przez wykonawcę w swojej ofercie związanych z tym ryzyk.

Zasada swobody umów, nawet na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może prowadzić do jej zniweczenia i sprowadzić uprawnień drugiej ze stron wyłącznie do decyzji o przystąpieniu do przetargu lub nie. Takiego podejścia nie uzasadnia ani rola zamawiającego, ani *ratio legis* poszczególnych regulacji. Przeciwnie, pierwszym i zasadniczym zadaniem zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia, aby określone wymagania pozostały współmierne do celu, którym jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i należyte wykonanie umowy. Dopiero tak rozumiane należyte działania zamawiającego pozwalają dopiero wykonawcy na właściwe sporządzenie oferty.

Nie można również pominąć tego, że sama zasada swobody umów doznaje już w swojej normatywnej treści literalnie wskazanych ograniczeń. Ustawodawca wskazał bowiem, że nieważna, albo przynajmniej nieskuteczna jest umowa, która została zawarta z naruszeniem nie tylko obowiązujących przepisów, ale także wbrew zasadom współżycia społecznego, czy właściwości (naturze) stosunku zobowiązaniowego. Powyższe ograniczenia dotyczą nie tylko samej treści, ale również i celu takiej umowy. Warto jeszcze wskazać, że prawo do kształtowania umowy zostało przyznane obu stronom umowy, bowiem umowa ze swej natury, obejmuje konsens przynajmniej dwóch stron. Zatem istotne ograniczenie jednej ze stron, czy *de facto* sprowadzenie jej wyłącznie do roli przystępującego do narzuconego wzorca umowy, odbiegającego znacząco od równowagi ponoszenia ryzyka gospodarczego, godzi w sam sens umowy, w jej naturę – a zatem samo przez się powoduje, że granice swobody zostają naruszone.

O istocie umów zawieranych w trybie zamówień publicznych świadczy m.in. element ich stałości, przewidywalności zakresu przyszłego świadczenia. Wobec tego, kształtowanie treści przyszłej umowy w sposób, który bezzasadnie ogranicza wykonawców w możliwości wykonywania zamówienia godzi w samą istotę stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, a przez to przekracza ograniczenia wynikające z art. 353¹ k.c. Warto w tym miejscu przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.05.2015 r. (sygn. akt: KIO 892/15), w którym Izba wskazała, że uprawnienie zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego. Również i w tym zakresie obowiązują go bowiem zasady przewidziane porządkiem prawnym.

- III. 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. Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów

związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności (wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3600/21). Trwający ponad 12 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 i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd 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 należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę przybliżone powyżej kwestie, należy w szczególności wskazać, że prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna:

- jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
- jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
- sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
- winna być adekwatna do sytuacji rynkowej.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, odwołujący wskazuje, że w jego ocenie, ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego z uwzględnieniem postanowień przytoczonych w pkt I uzasadnienia odwołania, narusza ustawę. Zmodyfikowane zastrzeżenia ustanawiają mechanizm waloryzacji oparty na założeniu, że waloryzacja odbywać się ma w oparciu o różnicę pomiędzy bieżącą wartością wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej OGÓŁEM w odniesieniu do analogicznego okresu roku poprzedniego, opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (tj. ostatnią znaną wartością tego wskaźnika opublikowanego najpóźniej w dniu złożenia drugiej stronie zgodnego z umową żądania zmiany wynagrodzenia), a ostatnią znaną wartością odpowiedniego wskaźnika opublikowanego najpóźniej w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ukształtowana na mocy zmiany z dnia 14.11.2022 r. zmiana klauzuli waloryzacyjnej jest wadliwa, niezgodna z ustawą, nie odzwierciedlająca scharakteryzowanej powyżej istoty waloryzacji. Nie uwzględniając istoty waloryzacji, klauzula waloryzacyjna w obecnym brzmieniu pozostaje w szczególności w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego.

Wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej pozwala na określenie dynamiki zmiany cen w danym okresie. Zawsze, gdy wskaźnik ma wartość dodatnią oznacza to, że ceny wzrosły w stosunku do badanego okresu. Wartość ujemna wskaźnika oznacza, że ceny w badanym okresie spadły. Zastosowany przez zamawiającego mechanizm porównywania zestawiania samych wskaźników w opublikowanych w różnych okresach (różnicy pomiędzy wskaźnikiem bieżącym a ostatnim znanym wskaźnikiem sprzed wszczęcia postępowania) uzależnia zmianę wynagrodzenia nie tyle od spadku (bądź wzrostu) cen, ale de facto od zmiany faktycznej dynamiki wzrostu cen.

Przyjęty model waloryzacji może więc prowadzić do sytuacji, w której wynagrodzenie wykonawcy ulegnie obniżeniu, pomimo że ceny już po zawarciu umowy wzrosły. Stanie się tak jeśli bieżąca wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej będzie niższa niż ostatnia znana wartość odpowiedniego wskaźnika opublikowanego najpóźniej w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę prognozy gospodarcze, nie jest to sytuacja wykluczona, ale nawet bardzo prawdopodobna. W wyroku z dnia 18.07.2022 r. sygn. KIO 1648/22, KIO 1649/22) Izba zakwestionowała mechanizm waloryzacji – który wprowadzie był nieco inaczej skonstruowany niż ten, który przewidział zamawiający we wzorze umowy – ale jego zastosowanie prowadziło do zaistnienia takiego paradoksu.

Niższy (ale wciąż dodatni) wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej nie oznacza natomiast, że ceny obniżyły się, ale że dynamika ich wzrostu uległa wyhamowaniu. Nadal jednak mamy do czynienia ze wzrostem. Wzrost cen, nawet jeśli jest mniejszy niż w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, może stanowić jedynie podstawę do zwiększenia wynagrodzenia.

Utrzymanie aktualnego brzmienia par. 15 ust. 2 załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” prowadzić będzie do tego, że oferty poszczególnych wykonawców będą wyższe, co nie jest przecież w interesie zamawiającego. Mając na względzie zmienną dynamikę zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej wykonawcy mogą składać oferty wyższe, uwzględniające prawdopodobne obniżenie wynagrodzenia w następstwie umownych zasad waloryzacji. Aby realizacja umowy miała sens ekonomiczny wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie oferty powyższe ryzyka. Sprawia to, że waloryzacja umowna stanie się pozorna. W oparciu o klauzulę waloryzacyjną w obecnym brzmieniu wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby zasadzie ekwiwalentności świadczeń.

Za sprawą takiego właśnie ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej zamawiający działa poniekąd na swoją szkodę – otrzyma on zapewne oferty z cenami znacznie wyższymi niż w przypadku, gdyby klauzula waloryzacyjna prawidłowo uwzględniała zmiany kosztów realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi by poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia został określony poprzez sam wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej. Zaproponowany wzór wyliczenia wysokości waloryzacji wolny jest od opisanych powyżej paradoksów. W pozostałym zakresie klauzula waloryzacyjna pozbawiona jest tego rodzaju wadliwości. Wymaga co najwyżej wykładni nieprecyzyjnego sformułowania § 15 ust. 2 pkt 2 in fine, odnoszącego się do zasad drugiej i następnych waloryzacji (kolejne zmiany wskaźnika waloryzacji będą się odbywać co najmniej po upływie trzech pełnych miesięcy od miesiąca, w którym poprzednio ustalono wskaźnik).

- IV. Bezpośrednią konsekwencją przywoływanych powyżej uchybień jest naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 pzp. Poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku prawnego z naruszeniem przepisów zamawiający naruszył także zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Mając powyższe na względzie, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo,
2. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS STRABAG z o.o.,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.