



Warszawa, 5 maja 2023 r.

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

Zamawiający:

**Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania –
Łódź Sp. z o.o.**

KRS: 7260019767

ul. Tokarzewskiego 2, 91-842 Łódź

Osoba do kontaktów: Rafał Krogulecki

E-mail: przetargi@mpolodz.pl

Tel.: +42 6160414

Adres profilu nabywcy:

<https://platformazakupowa.pl/pn/mpolodz>

Odwołujący:

Warbud S.A.

ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa

KRS: 0000010823

tel. 22 567 60 00, faks: 22 567 60 01

e-mail: warbud@warbud.pl; przetargi@warbud.pl

*reprezentowany przez pracownika p. Aleksandrę
Biedermann*

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”), w imieniu wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w

Warszawie, dalej zwany „Odwołującym” lub „Warbud”, wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych przez Zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest **Zaprojektowanie oraz budowa Łódzkiego Centrum Recyklingu w Łodzi przy ulicy Zamiejskiej 1**, Numer referencyjny: ZP/14/2023, dalej: „**Postępowanie**”.

II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 kwietnia 2023r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 081-243422.

III. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. **art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez określenie zakresu **minimalnej** wartości waloryzacji wynagrodzenia (KLAUZULA 34.15.3) na zbyt wysokim poziomie, tj. w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy z uwagi na nierównomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców oraz prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy poprzez narażenie go na nadmierne straty wynikające z realizacji zamówienia za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów wykonania zamówienia.
2. **art. 439 ust. 1-4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp** poprzez określenie zakresu **maksymalnej** wartości waloryzacji wynagrodzenia (KLAUZULA 34.15.4) na zbyt niskim poziomie, tj. w sposób prowadzący do nadmiernego ograniczenia waloryzacji wynagrodzenia należnego wykonawcy, co w konsekwencji powoduje jej pozorność i nie zapewnia równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami umowy z uwagi na nierównomierne rozłożenie ryzyka kontraktowego, które to działanie wpływa niekorzystnie na konkurencyjność postępowania, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców oraz prowadzi do rażącego pokrzywdzenia wykonawcy poprzez narażenie go na nadmierne straty wynikające z realizacji zamówienia za wynagrodzenie, które nie uwzględnia realnego wzrostu kosztów wykonania zamówienia.

IV. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. **w zakresie KLAUZULI 34.15.3 Wzoru Umowy:**
Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Wzoru Umowy, SWZ i pozostałych dokumentów zamówienia poprzez wykreślenie słów: „(...)

o co najmniej 10% (dziesięć procent) (...)” i wpisanie w to miejsce słów: : „(...) o co najmniej 5% (pięć procent) (...)”.

2. w zakresie KLAUZULI 34.15.4 Wzoru Umowy:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Wzoru Umowy i SWZ poprzez wykreślenie słów: „(...) nie może przekroczyć kumulatywnie 10% (dziesięć procent) Ceny (...)” i wpisanie w to miejsce słów: „(...) nie może przekroczyć kumulatywnie 20% (dwadziestu procent) Ceny (...)”

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 kwietnia 2023r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W tym samym dniu na stronie Zamawiającego zostały opublikowane pozostałe dokumenty zamówienia. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 5 maja 2023r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego terminu na jego wniesienie.
2. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Wskazujemy, iż uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu złożenie oferty z realną szansą na uzyskanie zamówienia. Wskazujemy nadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

UZASADNIENIE

- I. Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana pn.: „Zaprojektowanie oraz budowa Łódzkiego Centrum Recyklingu w Łodzi przy ulicy Zamiejskiej 1” realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Termin realizacji zamówienia został określony jako 46 miesięcy + 4 miesiące okres związania Ofertą. (od 19.07.2023 do 15.11.2023)
- II. Zamawiający, we Wzorze Umowy zawarł następujące postanowienia dotyczące waloryzacji:

„34.15. Stosownie do treści art. 439 Prawa Zamówień Publicznych Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wysokości Ceny w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Obiektu, która może nastąpić według następujących zasad:

- 34.15.1. Sposób ustalania zmiany Ceny – miernikiem zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia jest kwartalny wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za ostatni kwartał poprzedzający wniosek o waloryzację.
- 34.15.2. Waloryzacja Ceny w oparciu o wskaźnik wskazany w KLAUZULI 34.15.1 będzie następowała nie częściej niż raz na 6 (sześć) miesięcy licząc od miesiąca, w którym zawarto Umowę – pierwsza waloryzacja wynagrodzenia Generalnego Wykonawcy może nastąpić po upływie 12 (dwunastu) miesięcy od dnia podpisania Umowy.
- 34.15.3. Każda ze Stron umowy jest uprawniona do żądania zmiany wysokości Ceny, **gdy wskaźnik, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2 wzrośnie/spadnie o co najmniej 10% (dziesięć procent) w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia Umowy**, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpi po 180 (stu osiemdziesięciu) dniach od upływu terminu składania ofert, w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale składania ofert.
- 34.15.4. **Maksymalna wartość zmiany Ceny, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości Ceny w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia nie może przekroczyć kumulatywnie 10% (dziesięć procent) Ceny, określonej w KLAUZULI 11.1.**
- 34.15.5. W przypadku zaistnienia sytuacji wskazanej w KLAUZULI 34.15.2 Strona występująca o zmianę Ceny winna złożyć drugiej Stronie Wniosek Propozycji Zmiany zawierające szczegółowe kalkulacje obrazujące, czy i w jakim stopniu zmiana przyjętego wskaźnika wpłynęła na koszty wykonania Umowy. Wniosek Propozycji Zmiany dotyczy wyłącznie wynagrodzenia należnego za zakres Prac wykonanych po upływie okresu, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2
- 34.15.6. W terminie 30 (trzydziestu) dni od dnia otrzymania Wniosku Propozycji Zmiany, Strona która wniosek otrzymała przekaże drugiej Stronie informację o zakresie, w jakim zatwierdza wniosek oraz wskaże kwotę, o którą Cena powinna ulec zmianie, **albo informację o niezatwierdzeniu Wniosku Propozycji Zmiany wraz z uzasadnieniem.**

- III. Odwołujący kwestionuje zarówno treść KLAUZULI 34.15.3. w zakresie w jakim określa warunki waloryzacji, poprzez określenie, iż waloryzacja może nastąpić, jeżeli wskaźnik, o którym mowa w KLAUZULI 34.15.2 wzrośnie/spadnie **o co najmniej 10% w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale zawarcia Umowy**, a jeżeli zawarcie Umowy nastąpi po 180 dniach od upływu terminu składania ofert, w stosunku do wysokości tego wskaźnika w kwartale składania ofert, a także treść KLAUZULI 34.15.4., tj. przyjęcie, że **maksymalna wartość zmiany Ceny**, jaką dopuszcza Zamawiający **nie może przekroczyć kumulatywnie 10% (dziesięciu procent) Ceny**, określonej w KLAUZULI 11.1.
- IV. W ocenie Odwołującego zarówno określenie minimalnego współczynnika na poziomie 10% jak i limit procentowy waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zamówienia w formule zaprojektuj i wybuduj, które będzie realizowane przez okres 46 miesięcy, stanowi przejaw rażącego wykorzystania przez Zamawiającego jego uprzywilejowanej pozycji, poprzez jedynie iluzoryczne wypełnienie obowiązków ustawowych, przewidzianych w art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, a w rzeczywistości wykreowanie regulacji uniemożliwiających osiągnięcia istoty i celów waloryzacji.
- V. **Uzasadnienie prawne zarzutu**
1. Regulacja normatywna art. 439 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiających obowiązek zamieszczenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy (niezależnie od przedmiotu tej umowy) postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.
 2. Obligatoryjne elementy treści klauzuli waloryzacyjnej z art. 439 PZP ustawodawca określił przy tym w ustępie 2, 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.
3. Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny.
4. Z kolei zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Art. 353¹ Kodeksu cywilnego wskazuje, że Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
5. W ocenie Odwołującego narzucenie przez Zamawiającego w KLAUZULI 34.15.4. limitu waloryzacji na przyjętym poziomie, a także wskazanie na zbyt wysoki próg od którego wystąpienia waloryzacja w ogóle będzie możliwa (KLAUZULA 34.15.3.), powoduje, że wprowadzony mechanizm jedynie pozornie spełnia wymagania i założenia zawarte w ustawie Pzp. Przedmiotowe postanowienia umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 Pzp. Istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy, gdzie użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Tym samym odwołując się do językowego rozumienia pojęcia "waloryzacja" uznać należy, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmiennym poziomie - zgodnie z powszechnym, językowym rozumieniem słowa "waloryzacja". Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację rozumie: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych ustalonych w danej jednostce monetarnej na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza.
6. Jak trafnie wskazuje Urząd Zamówień Publicznych („UZP”) w opinii pn. „Klauzula waloryzacyjna w ustawie Prawo zamówień publicznych”¹ : *„Przestanki 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. (...) Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku*

¹ <https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia/klauzula-waloryzacyjna-narzedzie-sprawnej-realizacji-zamowienia>

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. Zamówieniowe 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.”

7. UZP, dokonując de facto wykładni autentycznej normy wyrażonej w art. 439 Pzp, akcentuje zatem doniosłość tej regulacji jako mechanizmu przywracającego równowagę stron stosunku zobowiązaniowego, wykreowanego zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w następstwie wyżej wskazanych, aktualnie obserwowanych zjawisk zewnętrznych.
8. Analogiczny sposób postrzegania klauzul waloryzacyjnych, kształtowanych w oparciu o przepis art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, prezentuje również Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej („PGRP”) w opracowaniu pn. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)” („Opinia”) opublikowanym na stronie internetowej PGRP w dniu 2 sierpnia 2022 r.². Zdefiniowała bowiem pojęcie „waloryzacja wynagrodzenia” jako „urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na tego rodzaju wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy – stanowi instrument, dzięki któremu następuje usunięcie skutków tego zdarzenia”. PGRP akcentuje przy tym, że „Niedokonanie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy może nie tylko poważnie zachwiać równowagą ekonomiczną stron na niekorzyść wykonawcy, ale częstokroć może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla zamawiającego, tj. do skutków mniej korzystnych niż stosowna zmiana umowy.”
9. Odnosząc wyżej cytowane stanowiska UZP i PGRP do niniejszej sprawy, zastrzeżenie w KLAUZULI 34.15.3 wartości współczynnika na poziomie przerzucającym większość ryzyka na wykonawcę oraz w KLAUZULI 34.15.4 możliwości zaledwie 10% poziomu

² <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekommendacje>

zmian wynagrodzenia wykonawcy realizującego zamówienie przez okres 46 miesięcy, w sytuacji zmian gospodarczych o niespotykanej dotychczas dynamice, przekładającej się na ogólny wzrost kosztów cen towarów i usług, jawi się jako działanie, które z pewnością powoduje poważne zachwianie równowagi ekonomicznej stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, jaka zostanie zawarta w Postępowaniu, na niekorzyść wykonawcy (abstrahując od tego, czyja oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza).

10. Na skutek wzrostu cen, wartość świadczenia Wykonawcy w istocie zwiększy się, wobec czego świadczenie Zamawiającego powinno wzrosnąć w analogiczny sposób. Wzrost wartości świadczenia Wykonawcy wynika z faktu ponoszenia większych kosztów realizacji zamówienia ze względów niezależnych od niego i w zakresie nieobjętym ryzykiem kontraktowym tak w rozumieniu zasad prawa cywilnego, jak i PZP, a jego wynagrodzenie utraci walor ekwiwalentności w stosunku do spełnianego świadczenia. Owa ekwiwalentność nie będzie mogła zostać przywrócona w poprzez zastosowanie klauzul waloryzacyjnych 34.15.3 i 34.15.4, gdyż zastrzeżony maksymalny poziom waloryzacji, przy jednoczesnym stosowaniu dolnego progu wskaźnika na poziomie 10%, nie pozwoli na urealnienie wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie na podwyższenie go do poziomu zdecydowanie nieadekwatnego do faktycznie zaistniałych zmian gospodarczych.
11. Nie można tracić z pola widzenia, że aktualna, bezprecedensowa sytuacja geopolityczna oraz rynkowa skutkuje znacznym wzrostem kosztów robót budowlanych i usług takich, jak stanowiące przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu, które to koszty obejmują m.in. koszty:
 - 1) wynagrodzenia pracowników, współpracowników i podwykonawców,
 - 2) kosztów materiałów budowlanych i sprzętu
 - 3) kosztach ubezpieczeń, gwarancji bankowych, leasingu, podatków.
 - 4) koszty energii i paliw zużywanych w procesie realizacji zadania budowlanego
 - 5) koszty urządzeń i instalacji technologicznych
12. Wyżej podniesione okoliczności mają charakter faktów notoryjnych i jako takie zasadniczo nie wymagają dowodu, niemniej jednak Odwołujący wskazuje na główne czynniki przyczyniające się do zaistniałej sytuacji:
 - a. Aktualnie inflacja sięga poziomu 14,7 % rok do roku (dane GUS za kwiecień 2023 a w marcu wynosiła 16,1%). Zaobserwowany ostatnio spadek dynamiki, wzrostu inflacji nie podważa faktu, że obecnie mamy do czynienia z najwyższą inflacją od 25 lat, co fundamentalnie zmienia warunki prowadzenia działalności gospodarczej.

- b. Niestąłość i nieprzewidywalność aktualnej sytuacji gospodarczej jest również skutkiem gwałtownego podnoszenia stóp procentowych (stopy referencyjnej) przez Radę Polityki Pieniężnej, która ustalona jest obecnie na poziomie 6,75%. Podnoszenie stóp procentowych dokonywane przez Radę Polityki Pieniężnej ma znaczący wpływ na wyniki finansowe wszystkich przedsiębiorstw, w tym wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Rosnące koszty kredytów i leasingów, utrzymywania oraz obsługi nieruchomości, utrudnienia w pozyskiwaniu finansowania, a także odpisy na wartości aktywów wpływają na koszty realizacji ponoszone przez wykonawców, eliminując jakikolwiek zysk, a w dalszej kolejności powodując ziszczenie się założonego w ofercie ryzyka zmiany cen i dalej doprowadzając do strat rażących, nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia prowadząc do przejęcia ciężaru finansowego realizowanego zamówienia przez wykonawców. Wzrost stóp procentowych ściśle skorelowany jest z inflacją, a tym samym, oddziałuje na wykonawców podwójnie.
- c. Nie sposób również pominąć obserwowanego znacznego wzrostu kosztów osobowych, związanych z zatrudnianiem personelu. Wysoka, niespotykana dotychczas galopująca inflacja, potęguje również duży nieprzewidywany wzrost kosztów związanych z zatrudnieniem i wynagrodzeniem wykwalifikowanych pracowników (tzw. spirala płacowo-inflacyjna), które są znaczącym elementem składowym kosztów wykonawców. Dla porównania, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw publikowane przez Prezesa GUS w II kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r. wyniósł 4,06%, natomiast średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w II kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. 7,88%, a w ostatnim roku wyniósł 11,84 %. Tą niespotykaną tendencję potwierdza również porównanie dla II kwartału tj. średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2008 r. do 2017 r., 4,09%, średni wzrost przeciętnego wynagrodzenia w III kwartale rok do roku od 2017 r. do 2022 r. - 8,82%, - w ostatnim roku wyniósł 14,55 %. Powyższe prowadzi do wniosku, że przy utrzymywaniu się wysokiego poziomu inflacji należy oczekiwać również rosnących w podobnym tempie kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników.
13. Okres realizacji przedmiotu zamówienia wynosić będzie aż 46 miesięcy. Aktualnie całe ryzyko nie dających się przewidzieć, wyżej wskazanych zmian gospodarczych Zamawiający przeniósł na Wykonawcę, który nie jest w stanie antycypować rozwoju sytuacji polityczno-gospodarczej w Polsce w okresie kolejnych 46 miesięcy. Dopuszczenie bowiem zaledwie 10% limitu waloryzacji w kontrakcie wieloletnim, w realiach ponad 17% inflacji, jawi się przy tym jako działanie oderwane od rzeczywistości, absolutnie nie pozwalające na osiągnięcie celów waloryzacji.

14. Prawidłowość powyższej konstatacji Odwołującego znajduje potwierdzenie w treści wyroku KIO z dnia 3 listopada 2022 r. (sygn. akt: KIO 3004/22), w którym, odnosząc się do analogicznego maksymalnego limitu waloryzacji, wskazano, iż „(...) Zdaniem Odwołującego przewidziana w Umowie łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto, określonego w ust. § 16 ust. 1 pkt 1 Umowy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, tj. 10%, nie pozwala na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron Umowy, nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego. Zamawiający natomiast twierdzi, że nie jest możliwe z jego strony podwyższenie w wyniku waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy o więcej niż przewidziane w Umowie, jak też, nie ma uzasadnienia, aby w całości to Zamawiającego obciążało ryzyko związane z inflacją. Zamawiający nie wykazał jednak, dlaczego nie może określić wzrostu wynagrodzenia Wykonawcy ponad 10%. W ocenie Izby zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% i rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, mając na uwadze, że okres obowiązywania Umowy wynosi 72 miesiące, dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść Wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. W art. 439 ust. 2 pkt 4 Pzp zostało wskazane, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień dotyczących wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że do Zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania określonego przez niego wskaźnika. Winno to jednak następować z uwzględnieniem sytuacji rynkowej oraz prognoz w tym zakresie. Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron.”.
15. Za adekwatnością 20% limitu waloryzacji (a zarazem przeciwko limitowi 10%) opowiedziała się KIO również w wyroku z dnia 25 października 2022 r. (połączone sprawy KIO 2532/22, KIO 2536/22 i KIO 2544/22), w którym wskazała: „W ocenie Izby, zważywszy na aktualny poziom inflacji, która przekracza 17% i rozbieżne prognozy co do zmian tego poziomu, mając na uwadze, że okres obowiązywania Umowy wynosi 72 miesiące, dla zachowania zgodności z zasadami współżycia społecznego, za uzasadnione należy uznać podwyższenie tego progu. Chodzi bowiem o to, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść Wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenie wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego. (...) Izba uznała, że aktualnie zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy netto do 20% jest wystarczające dla zapewnienia równowagi kontraktowej stron”.

16. Orzecznictwo KIO zaprezentowane w powyższych rozstrzygnięciach przychyli się do uzasadnionych żądań Wykonawców i nakazuje urealnienie konstrukcji klauzul waloryzacyjnych. W swoich orzeczeniach, Izba uwzględnia zmieniające się warunki prowadzenia działalności gospodarczej i znaczące ryzyka przed którymi stają Wykonawcy, które określone są zwłaszcza przez opisany wyżej wzrost cen, w szczególności materiałów budowlanych, energii elektrycznej, paliw, a także wzrost kosztów uzyskania finansowania bankowego, jak również wzrost kosztów zatrudnienia pracowników. W tych okolicznościach zasadne jest oczekiwanie uwzględnienia przedmiotowego zarzutu również w niniejszej sprawie.
17. Poza sporem pozostaje, iż to Zamawiający, w ramach prawnych zakreślonych postanowieniami art. 439 ust. 1 i 2 Pzp, kształtuje treść klauzuli waloryzacyjnej. O ile przepis art. 439 ust. 1 i 2 Pzp ma charakter normy ius cogens w odniesieniu do obowiązku wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej, to w odniesieniu do nadania danej klauzuli waloryzacyjnej oznaczonej treści Zamawiający korzysta z wolności kontraktowej (art. 353¹ KC). W tym zakresie jednak swoboda Zamawiającego nie jest nieograniczona. Klauzula waloryzacyjna powołana do życia na potrzeby umowy w sprawie zamówienia publicznego (na etapie SWZ – projektowane postanowienia umowy) powinna uzyskać treść, która umożliwi zrealizowanie celów, dla których polski system prawny został uzupełniony o normę prawną wyrażoną w postanowieniach przepisu art. 439 ust. 1 i 2 PZP. KIO zaś jest organem, w ramach kompetencji którego pozostaje ocena wypełnienia ustawowego obowiązku Zamawiającego w tym zakresie, a przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do sytuacji w której Zamawiający mógłby określać ten próg na poziomie 1%, bez możliwości kwestionowania takiego postanowienia w procedurze odwoławczej przed KIO. Należy pamiętać, iż mechanizm waloryzacyjny ma niwelować przede wszystkim skutki sytuacji nie do przewidzenia, a co za tym idzie nie można oczekiwać od Odwołującego, że będzie w stanie udowodnić, jaki będzie poziom inflacji lub deflacji w przyszłości jako uzasadnienie swojego żądania – istotą jest podział takiego ryzyka pomiędzy Wykonawcę i Zamawiającego w sytuacji, gdy dojdzie do jego zmaterializowania się. Nie mają także znaczenia (dla zasadności wprowadzenia tego mechanizmu waloryzacyjnego) działania podejmowane przez NBP – gdyż, jeżeli dojdą do skutku, to mechanizm nie będzie musiał być zastosowany. Natomiast, jeśli pozostaną bez skutku, to mechanizm ten powinien mieć możliwość realnego oddziaływania na sytuację Wykonawcy.
18. Oceniając klauzulę waloryzacyjną będącą przedmiotem Odwołania nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż sformułowanie jej w aktualnej postaci jest jedynie wypełnieniem przez Zamawiającego formalnego obowiązku wyrażonego w art. 439 ust. 1 i 2 Pzp. Wartości wskaźników określonych przez Zamawiającego nie spełniają funkcji podziału ryzyk pomiędzy strony a przerzucają je w większym stopniu na wykonawcę. Także klauzula przewidująca limit waloryzacji umownej oscylujący w granicach niewiele ponad połowy prognozowanej inflacji w swej istocie jest czynnością zmierzającą do

obejścia prawa. Już bowiem w swoich założeniach kontraktowych klauzula taka nie będzie mogła stanowić faktycznej rekompensaty wzrostu kosztów realizacji przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu.

19. Tego rodzaju działaniom pozornym sprzeciwia się orzecznictwo KIO, które nakazuje kreowanie klauzul waloryzacyjnych tworzących mechanizm uwzględniający zmiany cen na rynku. Jak orzekła KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO 1192/22) *„Celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy”*.
20. 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 powinny zapewnić elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności.
21. W omawianym przypadku mamy jednakże do czynienia z klauzulą, która wprost, już na poziomie swoich założeń konstrukcyjnych, sprzeciwia się tym celom. Już tylko z tego powodu klauzula taka powinna zostać zastąpiona przez klauzulę, która będzie wpisywać się w ratio legis powołania do życia w przepisach o zamówieniach publicznych postanowień art. 439 ust. 1 i 2 PZP.
22. Mechanizm zawarty w KLAUZULACH 34.15.3 i 34.15.4 ukształtowany został w sposób uniemożliwiający zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, przez co nie realizuje celu waloryzacji, jakim jest urealnienie należnego wykonawcy wynagrodzenia, poprzez dostosowanie go do warunków rynkowych. Z tych względów treść KLAUZUL 34.15.3 i 34.15.4 narusza art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe odwołanie jest zasadne i konieczne i wnoszę o jego uwzględnienie.



Załączniki:

1. Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania,
2. Odpis z KRS Warbud S.A.,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu (tylko dla KIO).