



Pruszków, dnia 5.12.2022 r.

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

Zamawiający:

Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku
M. Skłodowskiej-Curie 24a,
15-276 Białystok
Tel.: 85 831 83 88,
e-mail: zamowienia@uskwb.pl

Odwołujący:

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego
prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie
XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
pod numerem KRS 0000054588

reprezentowany przez:

radcę prawnego Magdalenę Marciniak

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
E-mail: magdalena.marciniak@bauholding.com
Tel.: 788-957-521

Dotyczy: Budowa budynku Kliniki Chorób Zakaźnych i Hepatologii oraz Kliniki Chorób Zakaźnych i Neuroinfekcji **Znak sprawy: 107/2022**

Numer ogłoszenia: ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04/11/2022 nr Dz.U./S S213 609442-2022-PL

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (pełnomocnictwo wraz z opłatą w załączeniu) na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawa Pzp”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego, polegającej na dodaniu do projektowanych postanowień umowy w wyniku modyfikacji z dnia 23 listopada 2022 treści § 15A, która narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „kc”).

I. Zakres

Zamawiający w wyniku modyfikacji treści SWZ i projektowanych zapisów umowy dodał nieistniejącą pierwotnie treść **§ 15A ustalając zasady waloryzacji wynagrodzenia**, która jest obligatoryjna w świetle przepisu art. 439 ustawy Pzp z uwagi, iż umowa jest zawierana na okres powyżej 12 miesięcy (brzmienie na moment wszczęcia Postępowania, obecnie dotyczy umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy). Mimo dodania klauzuli waloryzacyjnej klauzula ta nadal nie odpowiada przepisom prawa, jest oderwana zarówno co do sposobu jak i wysokości ich liczenia od realiów rynkowych i warunków realizacji Przedmiotu Umowy.

II. Zarzuty

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

Naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 kc i 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie § 15A projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy Pzp zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - zmiany załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy tj. § 15 A poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa aby umożliwić realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy tj. odpowiedni poziom wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS oraz sposób liczenia i czasookresy waloryzacyjne.

Punktami krytycznymi jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji są:

- 1) 15A ust 1 pkt a) w jakim wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS **nie powinien przekraczać 5 %**
- 2) 15A ust 1 pkt a) Okres porównawczy powinien dotyczyć momentu złożenia oferty a nie cen z poprzedniego roku co oznacza, że wskaźnik z pkt. 1 powinien być obliczony jako różnica wysokości wskaźnika GUS z dnia wniosku o zmianę wynagrodzenia względem poziomu cen notowanego przez GUS **na moment złożenia oferty**,
- 3) 15 A ust 1 pkt b) ocena podstaw do dalszych zmian wynagrodzenia na podstawie klauzuli waloryzacyjnej winna być dokonywana **w ujęciu miesiąc do miesiąca** po osiągnięciu progu, o którym mowa w pkt 15A ust 1 pkt a) a nie po upływie odpowiednio kolejnych 12 miesięcy.

Powyższe punkty krytyczne wymagają dalszych zmian klauzuli w tym wzoru sposobu liczenia w celu nadania prawidłowości proponowanej klauzuli przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje że w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa>

pojawiły się nowe przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów tego typu stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych. Mając na uwadze, że Zamawiający jest decydentem Postępowania a zgodnie z art. 554 ust 6 ustawy Pzp Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści Wykonawca wskazuje jedynie propozycję przełożenia wzorcowych klauzul na realia obecnego Postępowania i nadanie brzmienia § 15A w następujący sposób:

1. Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami.
2. Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja OGÓŁEM publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziedzicznej Bazie Wiedzy pod linkiem: http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.
3. Wskaźnik waloryzacji $W_{w(n)}$ przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez pomnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty) wg poniższego wzoru:

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times \left(\frac{W_0}{100} \times \frac{W_1}{100} \times \frac{W_2}{100} \times \frac{W_3}{100} \times \dots \times \frac{W_{n-1}}{100} \times \frac{W_n}{100} \right)$$

gdzie:

„ $W_{w(n)}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;

„a” - stały współczynnik o wartości 0,05 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).

„ W_0 ” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100

„ W_1 ” – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ W_2 ”, „ W_3 ”, ... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W_{n-1} – wskaźnik „n-1” z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ W_n ” – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W praktyce wskaźnik „ $W_{w(n)}$ ” powstaje poprzez pomnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca n-1 przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego n

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times \left(W_{w(n-1)} \times \frac{W_n}{100} \right)$$

gdzie:

„ $W_{w(n)}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;

„ $W_{w(n-1)}$ ” – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury

„ W_n ” – wskaźnik „ n ” z miesiąca za który nastąpiło wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

Ilorazy wskaźników cen (np. $\frac{W_{CPI(1)}}{100}$) należy obliczać z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji $W_w (n)$ należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku.

4. Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 13 miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 20% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalane w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.
5. W sytuacji gdy rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym.
6. Jeżeli wynagrodzenie Wykonawcy zostanie zwaloryzowane zgodnie z art. 439 ust. 1-3 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy i odpowiednio Podwykonawca dalszemu Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz okres obowiązywania umowy wraz z aneksami przekracza 6 miesięcy. Waloryzacja będzie się odbywać na analogicznych zasadach jak waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy z zastrzeżeniem, że wskaźniki waloryzacji wynagrodzenia będą kalkulowane w odniesieniu do dnia zawarcia umowy pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą, lub Podwykonawcą, a dalszym Podwykonawcą.

IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy Pzp. Zamawiający otrzymując informacje od Wykonawców iż całkowicie zaniechał wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych w wyniku modyfikacji z dnia 23 listopada 2022 roku dodał do umowy § 15A. Warunki jednak jakie zostały przewidziane w celu waloryzacji zamówienia są tylko warunkami pozornymi, co oznacza, że ryzyko zmiany cen i materiałów na przestrzeni co najmniej 3 lat realizacji inwestycji pozostaje nadal w niemożliwym do wyliczenia ryzyku Wykonawcy. Ustawodawca w wyniku nowelizacji ustawy Pzp w 2019 i obecnie w wyniku zmiany do tej ustawy na podstawie art. 44 Ustawa o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców Dz.U. z 2022 r. poz. 2185 wprowadził obowiązek waloryzacji umów o zamówienie publiczne zawartych na okres dłuższych niż 12 miesięcy (obecnie 6 miesięcy). Inwestycja jest zaplanowana na okres dłuższy niż 3 lata co oznacza że powinna zawierać obligatoryjne postanowienia waloryzacyjne. Z uwagi, iż proponowane zapisy naruszają przepisy prawa są nieakceptowalne dla potencjalnego

oferenta i wykonawcy przyszłego zamówienia, jakim może być wykonawca Strabag sp. z o.o., to tym samym zachodzi konieczność ich zaskarżenia.

Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż na chwilę obecną nie może złożyć oferty z uwagi na brak możliwości wyceny ryzyka i zakresu, o jakim mowa w części I Odwołania a przypadku wyboru jego oferty w Postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę w sprawie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż substrat zaskarżenia został wprowadzony do projektowych zapisów umowy dopiero w dniu 23 listopada 2022 roku, podczas gdy Postępowanie zostało wszczęte w dniu 4 listopada 2022 r. wobec czego zaskarżenie stało się możliwe i konieczne z momentem dokonania zmiany SWZ i umowy (tak m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2022 r. KIO 480/22 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2022 r. KIO 3/22)

V. Termin i wymogi formalne

- w dniu 4 listopada 2022 r. Zostało opublikowane w DUUE ogłoszenie o zamówieniu. Ogłoszenie to jak i załączniki do ogłoszenia nie zawierały klauzul waloryzacyjnych, które zostały wprowadzone do umowy modyfikacją i zamieszczone na stronie internetowej w dniu 23.11.2022 roku.

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 5 grudnia 2022 r. (10-cio dniowy termin przypadał na 3 grudnia – sobotę, co zgodnie z ustawą Pzp przesunęło termin na pierwszy dzień roboczy tj. poniedziałek 5 grudnia 2022 r.). Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu

- dowody w załączeniu.

UZASADNIENIE

Zasady waloryzacji zostały ustalone w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy Pzp, waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.

Poprzez zmianę SWZ i projektowanych postanowień umowy z dnia 23.11.2022 r. Zamawiający w § 15 A umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia postanowień mając na uwadze postulowane wcześniejsze żądania Wykonawców Zamawiający nie spełnił nadal wymagań określonych w art. 439 ustawy Pzp a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nigdy nie nastąpi.

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 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. Trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego (obecnie w wyniku zmiany ustawy waloryzuje się już znacznie krótsze a 6 miesięczne umowy), 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.

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 należyłą, terminową i 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.

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.*

Zamawiający dokonując zmianę SWZ, nie wypełnił jednak w pełni dyspozycji w/w art. 439 Pzp. Określony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz sposób kalkulacji wynagrodzenia został ustalony w całkowitym oderwaniu od realiów ekonomicznych panujących na rynku, co powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie pozwoli zwaloryzować wynagrodzenia w stosunku do przewidywanych/prognoszonych zmian cen materiałów i usług.

W § 15 A ust. 1 lit. a) wzoru Umowy Zamawiający przewidział poziom zmiany cen, od którego będzie uruchamiana waloryzacja na 18% liczonej na podstawie wskaźnika cen produkcji

budowlano – montażowych publikowanego przez Prezesa GUS w stosunku do cen z roku poprzedniego:

1. W przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, Strony przewidują możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, na jego wniosek, zgodnie z poniższymi zasadami:

a) jeżeli wartość ceny materiałów lub kosztów **zmieniała się o minimum 18%** biorąc pod uwagę wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS **w stosunku do cen z roku poprzedniego**, dokona się zmiany wartości wynagrodzenia Wykonawcy o wielkość procentową, obliczoną jako różnica wysokości wskaźnika GUS z dnia wniosku o zmianę wynagrodzenia, a minimalnego wskaźnika GUS, od którego Zamawiający przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia. (...)

Ponadto, wynagrodzenie będzie waloryzowane wyłącznie o wartość przewyższającą wspomniany wyżej próg wynoszący 18% co oznacza, że **Wykonawca ma ponieść w całości ryzyko zmiany cen na rynku na poziomie 18% na każdy rok realizacji zamówienia.**

Otoczenie gospodarcze w wymiarze historycznym jak i obecnym doskonale ilustruje poniższy wykres, wskazujący notowane przez GUS zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu rok do roku. Od początku prowadzonych przez GUS pomiarów wysokości cen nie odnotowano tak wysokich odczytów, jak obecnie co powoduje gwałtowny wzrost ryzyka związanego z realizacją umów o roboty budowlane. Jak widać doskonale, poprzedni „boom budowlany” z lat 2006-2009 skutkował wzrostem cen o maksymalnie 9% w skali rok do roku. Następnie przez okres ponad 10 lat, **ceny pozostawały na dość niezmiennych poziomach, notując maksymalne zwwyżki na poziomie 4% rok do roku.** Obecna sytuacja jest o tyle bezprecedensowa, że wzrost cen notowany przez GUS (15,2%) jest niemal dwukrotnie wyższy niż kiedykolwiek wcześniej zarejestrowany a mimo to jest niższy niż próg waloryzacyjny wprowadzony przez Zamawiającego.

Nie powinno zachodzić z pola widzenia że nadal jesteśmy w epicentrum zmian wywołanych pandemią i konfliktem zbrojnym w Ukrainie, więc sytuacja z biegiem czasu zacznie się stabilizować a nie zaostrzać, co oznacza, że obecna górka cenowa raczej opadnie niż osiągnie jeszcze wyższy, niż obecnie szczytowy. Mając na uwadze powyższe, kształtowanie klauzul waloryzacyjnych na podstawie historycznie wysokich odczytów w ostatnich miesiącach może być obarczone błędem. Błąd ten może polegać na założeniu, że skoro w ostatnim roku doszło do tak gwałtownych i niespotykanych wzrostów cen robót budowlanych to taki stan należy uznać za normalny stan stosunków gospodarczych.



Źródło: Polski Związek Pracodawców Budownictwa

Powyższy wykres jednoznacznie wskazuje, że **dotychczas nigdy w historii nienotowany przez GUS na poziomie 15,2% wzrost wskaźnika rok do roku również nie uprawniałby Wykonawcy do jakiegokolwiek zmiany wynagrodzenia**. Przewidziana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna została sformułowana tak, że do dotychczas najwyższej w historii odnotowanego wskaźnika, który jest absolutnie nadzwyczajny, dodano „zapas” w wysokości 3 punktów procentowych. W ocenie Odwołującego ma to zapewnić, by § 15 A dotyczący waloryzacji wynagrodzenia w praktyce w trakcie realizacji zamówienia nie został nigdy zastosowany.

Dodatkowo określony w ust. 1 sposób kalkulacji zmiany wynagrodzenia pozostaje w całkowitym oderwaniu wysokości zmiany wynagrodzenia od notowanych przez GUS zmian cen na rynku, gdyż wskaźnik nie jest liczony kumulatywnie od dnia złożenia oferty a następujące po sobie 12-miesięczne okresy traktowane są niezależnie. Powyższe prowadzi do sytuacji, w której to ceny reprezentowane przez wskaźnik GUS mogą wzrosnąć o ponad 60% od dnia złożenia oferty a wynagrodzenie nadal i tak nie będzie podlegać waloryzacji.

Po pierwsze wskaźnik zmian ceny produkcji budowlano-montażowej ogłaszany przez GUS za każdy miesiąc niesie informację o zmianie cen na rynku budowlanym w stosunku do analogicznego miesiąca roku poprzedniego. Poniżej przedstawiono wprost treść ostatniego wydanego komunikatu GUS za październik 2022 roku (link: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-pazdzierniku-2022-roku,15,47.html>):

*Według wstępnych danych, w październiku 2022 r. ceny produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem **poprzedniego roku wzrosły o 15,2%**, a w porównaniu z wrześniem 2022 r. - o 1,3%.*

Jednocześnie zgodnie z § 15 A ust. 1 lit. b) wzoru Umowy pierwszy zmiana może nastąpić nie wcześniej niż po 12 miesiącach a kolejne zmiany mogą mieć miejsce po upływie kolejnych 12 miesięcy. Oznacza to, że Zamawiający przewidział, że ocena podstaw do zmiany wynagrodzenia będzie się odbywać co 12 miesięcy, przy czym wskaźnik określony w § 15 A ust. 1 lit. a) określa „**ceny produkcji budowlano – montażowej publikowany przez Prezesa GUS w stosunku do cen z roku poprzedniego**”. Jeśli ceny produkcji budowlano-montażowej określone przez Prezesa GUS będą rosły w tempie 18% rocznie to § 15 A wzoru Umowy nie

znajdzie zastosowania. Jednocześnie w okresie 36 miesięcy (termin realizacji robót to 31.03.2026 r.) to przy tempie wzrostu 18% rocznie kumulatywnie ceny wzrosną o 64% względem dnia składania ofert: $(118\% \times 118\% \times 118\% = 164\%)$.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest oderwana od obecnych i przewidywalnych warunków rynkowych i tylko z pozoru przewiduje, że pozwoli wykonawcy przywrócić równowagę ekonomiczną zachwianą wzrostem cen. Nie sposób jest zakładać dalszych nadzwyczajnych zdarzeń makroekonomicznych lub kolejnych czynników ponadnormatywnych jak wojna, pandemia lub jej fale, które mogłyby spowodować jeszcze większy, niż obecny wzrost wskaźników. Klauzula z art. 439 ustawy Pzp odnosi się do realiów zawieranych umów a nie hipotetycznych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń. Klauzule nadzwyczajnych zmian umowy zawiera art. 455 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp i odnosi się do zdarzeń, jakich z należytą starannością Zamawiający nie mógł przewidzieć, w tym zmiany wysokości ceny. Przepis ten różni się od art. 439 ustawy Pzp tym, że przewiduje potencjalne i możliwe zmiany przyszłej umowy a nie obligatoryjne warunki waloryzacji w normalnej sytuacji rynkowej. W świetle opinii Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa również da się wywieść jaką rolę pełnią klauzule waloryzacyjne i że przypadku gdy standardowe klauzule staną się niewystarczające dopuszczalne są zmiany dotychczasowej klauzuli waloryzacyjnej, np. przez podwyższenie wcześniej przyjętego limitu waloryzacji. (tak <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekomendacje>). Oznacza to, że nie klauzule waloryzacyjne są tworzone na wypadek hipotetycznych i nadzwyczajnych zdarzeń a zmiana ceny w takim przypadku jest możliwa w oparciu o przepis art. 455 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Tym samym klauzula waloryzacja tworzona w oparciu o przepis art. 439 ustawy Pzp musi być klauzulą realną i znajdującą zastosowanie w toku normalnych zdarzeń. Skoro przeszłe jak i obecne prognozy (mając na uwadze szczytowe momenty inflacji i skokowe wzrosty cen) nie odnotowały tak wysokiego wskaźnika to nie sposób jest uznać, że wskaźnik ten osiągnie poziom aż 18 % w skali rok do roku.

Mając na uwadze powyższe, przyjęty przez Zamawiającego we wzorze umowy poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia sposób kalkulacji nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter całkowicie pozorny i nieprawdopodobny do zastosowania w praktyce a zatem nie wypełnia dyspozycji art. 439 ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający w klauzuli 15 A pkt 1 lit b przewiduje, że:

- b) pierwsza zmiana wynagrodzenia może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy. Następne zmiany mogą mieć miejsce po upływie odpowiednio kolejnych 12 miesięcy;*

Zamawiający w sposób dopuszczalny prawem wprowadza moment, od którego będzie waloryzował wynagrodzenie (upływ 12 miesięcy) lecz wprowadzenie kolejnych okresów 12 miesięcznych liczonych do kolejnej waloryzacji jest terminem zbyt odległym i powodującym trudności w przeprowadzeniu realnej i skutecznej waloryzacji. Już sama okoliczność iż umowa zostanie zawarta na nieznaną liczbę miesięcy od podpisania umowy do dnia 31.03.2026r (roboty budowlano – instalacyjne i pełnienie nadzoru autorskiego) może powodować, że ostatnie miesiące z uwagi na nieosiągnięcie łącznej liczby 12 nie zostaną zwaloryzowane. Zakładając dla uproszczenia że pierwsza waloryzacja przypadnie w 2024 roku (12 miesięcy od zawartej umowy na początku 2023 roku) to następna będzie miała miejsce w 2025 roku zaś w 2026 roku z uwagi na pozostałą liczbę miesięcy waloryzacja nie nastąpi.

W większości przypadków jak i w opublikowanych w dniu 30 listopada 2022 roku przykładowych klauzulach waloryzacyjnych waloryzacja po upływie początkowego terminu ustalenia zmiany

wynagrodzenia powinna być dokonywana na bieżąco w ujęciu miesiąc do miesiąca (<https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa>).

Rekomendacje te stanowią zbiór doświadczeń różnych podmiotów działających w sektorze zamówień w tym dużych Zamawiający jak Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Sieci Elektroenergetyczne wobec czego należy przyjąć że stosowanie czasookresów miesiąc do miesiąca jest pewnym powtarzalnym i praktykowanym obecnie zwyczajem. Przedłużenie tych czasookresów nie przysporzy oszczędności po stronie Zamawiającego lecz utrudni płynności finansowania inwestycji łącznie z problemami w interpretacji co w przypadku krótszych czasookresów niż 12 miesięcy.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego