



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

Pruszków, dnia 7 kwietnia 2025 r.

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

Zamawiający:

Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A.

ul. Zamknięta 18,
80-955 Gdańsk

e-mail: anna.borzecka@portgdansk.pl

e-mail: emilia.bialko@portgdansk.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: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie Ustawy Prawo zamówień publicznych pod nazwą: ROZBUDOWA NABRZEŻA WĘGLOWEGO – ETAP II ORAZ NABRZEŻA ADMINISTRACYJNEGO W PORCIE GDAŃSK

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: DOD/DID/2025/001

Numer ogłoszenia: Numer publikacji ogłoszenia: 27227-2025 Numer wydania Dz.U. S: 10/2025

Data publikacji: 15/01/2025

Strona 1 z 10

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. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”) 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 „**ustawą Pzp**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji w sposób niezgodny z pkt 1 ppkt b) sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2025 r. w sprawie KIO 292/25 a przez to w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. Zakres i Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 527 ustawy Pzp w zw art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2, art. 353¹ kc i w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewykonanie pkt 1 ppkt b) sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2025 roku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 292/25, w którym Izba nakazała podniesienie „wartości waloryzacji zamówienia” o co najmniej 3 % co oznaczało podniesienie limitu maksymalnego z 7% do co najmniej 10 % wartości wynagrodzenia netto z oferty. Podniesienie limitu o 3% liczonego nie od wartości wynagrodzenia a od wskaźnika limitu 7 % nie stanowi wykonania wyroku Izby i w dalszym ciągu oznacza wyznaczenie limitu waloryzacji na poziomie nieadekwatnym, nieproporcjonalnym, nierynkowym a ponadto jak stwierdziła Izba w wyroku KIO 292/25 stanowiącym o iluzoryczności i nieadekwatności do zamówienia mechanizmu waloryzacji.

II. Żądania

1. Odwołujący wnosi o uchylenie lub zmianę odpowiedzi na pytanie nr 7 zawartego w ZESTAWIENIU PYTAŃ I ODPOWIEDZI - SERIA 2 jako zał. nr 1 do pisma DOD2/124/2025 z dnia 28.03.2025 r. oraz zmianę wzoru umowy w ten sposób aby § 7 ust 6 wzoru umowy zawierał limit maksymalnej waloryzacji wyznaczony zgodnie z orzeczeniem Izby o sygn. akt KIO 292/25 tj. co najmniej 10% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy”.
2. Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt sprawy KIO 292/25 wraz ze złożonymi w toku postępowania odwoławczego w tej sprawie pismami i dowodami, w tym z wyroku Izby z dnia 18 lutego 2025 roku sygn. akt 292/25 na okoliczność wykazania żądań Odwołania z dnia 27.01.2025 roku, stanowisk stron zaprezentowanych w toku postępowania i na rozprawie, złożonych dowodów oraz rozstrzygnięcia Izby, która wydała wyrok w oparciu o żądania Odwołującego i całokształt zebranego materiału, stanowiska stron oraz dowody w sprawie.

III. Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Odwołujący w dniu 27.01.2025 roku zaskarżył projektowane postanowienia umowy w zakresie waloryzacji wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Izba w wyroku z dnia 18 lutego 2025 roku wydanego w sprawie KIO 292/25 nakazała Zamawiającemu zmianę treści Załącznika nr 8 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy, w szczególności § 7 poprzez:

a) *określenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia i dostosowanie mechanizmu waloryzacji, w tym wskaźnika „R”, do tego terminu;*

b) *podwyższenie łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%.*

Zamawiający w dniu 28 marca 2025 roku przekazał odpowiedzi na pytania oraz zmodyfikowane postanowienia umowy wskazując, że zgodnie z wyrokiem Izby podnosi limit waloryzacji z 7 % do 7,21% podając następujące uzasadnienie:

„Zamawiający informuje, iż wykonując wyrok KIO z dnia 18.02.2025 r. w sprawie KIO 292/25 zwiększa maksymalny poziom waloryzacji określony w §7 ust. 10 projektowanych postanowień umowy o 3%, tj. zwiększa dotychczasowy limit wynoszący 7% kwoty netto oferty o 3%, co daje 7,21% kwoty netto oferty i dokonuje odpowiedniej zmiany w treści § 7 ust. 10 projektowanych postanowień umowy. Jednocześnie, Zamawiający zwraca uwagę, iż wyrok KIO z dnia 18.02.2025 r. w sprawie KIO 292/25 nakazuje zwiększyć ten limit o co najmniej 3%, a nie o co najmniej 3 punkty procentowe”.

Zamawiający poprzez nadanie indywidualnej i niezgodnej z wyrokiem interpretacji orzeczenia w zakresie podwyższenia łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia o co najmniej 3% po raz kolejny dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp i Kc. Zamawiający w dalszym ciągu wykorzystuje swoją uprzywilejowaną pozycję narzucając mechanizm, który nigdy nie pozwoli wykonawcy osiągnąć ekwiwalentności świadczeń i nigdy nie pozwoli wystąpić o zwrot kosztów spowodowanych zmianą cen i materiałów. Mechanizm waloryzacyjny, mimo iż formalnie istnieje i wypełnia przesłanki przepisu art. 439 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, to faktycznie poprzez nieadekwatny limit maksymalny waloryzacji uniemożliwi realną i faktyczną rekompensatę wzrostu cen co czyni go mechanizmem pozornym.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany warunków zamówienia, gdyż chciałby mieć możliwość złożenia ważnej i prawidłowo skalkulowanej oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia umowy z Zamawiającym.

IV. Termin i wymogi formalne

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 15 stycznia 2025 r. natomiast pierwsze odwołanie w sprawie Odwołujący złożył w ustawowym terminie dniu 27 stycznia 2025 r. W wyniku rozstrzygnięcia tego odwołania Izba nakazała zmienić projektowane postanowienia umowy, którą to czynność Zamawiający wykonał w dniu 28.03.2025 roku przekazując wykonawcom wyjaśnienia i zmianę SWZ z dnia 28

marca 2025 roku jak i projektowane postanowienia umowy zawierające wprowadzone modyfikacje. Odpowiedzi te dokonały modyfikacji postanowień umowy w sposób niezgodny z orzeczeniem Izby z dnia 18.02.2025 roku w sprawie KIO 292/25. W związku z tym, że Zamawiający opublikował ww. zmiany w dniu 28.03.2025 r. to od tej czynności należało liczyć termin na wniesienie odwołania, co czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu - dowody w załączeniu.

Odwołujący z ostrożności ponosi, iż przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego wykonanej niezgodnie z wyrokiem Izby wydanym w tym samym Postępowaniu. Nie zachodzi zatem żadna z podstaw odrzucenia odwołania w szczególności z art. 522 pkt 5 ustawy Pzp natomiast a contrario z przepisu art. 527 ustawy Pzp na czynność Zamawiającego wykonaną niezgodnie z treścią zapadłego wyroku Izby wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej.

UZASADNIENIE

Zamawiający wszczął Postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pod nazwą Rozbudowa Nabrzeża Węglowego – Etap II Oraz Nabrzeża Administracyjnego w Porcie Gdańsk. W projektowanych postanowieniach umowy w § 7 przewidział mechanizm waloryzacyjny, który w odniesieniu do wartości zamówienia a w szczególności czasu jego trwania (blisko 4 lata) umowy był nieadekwatny, nieproporcjonalny i nie pozwalał na realną zmianę cen przez co był mechanizmem pozornym. W dniu 27.01.2025 roku Odwołujący wniósł odwołanie na zapisy specyfikacji, formułując m.in. następujące żądania:

1. Wykreślenie z §7 ust. 1 wzoru umowy następującej części zdania pierwszego:
„i pod warunkiem, że Strona żądająca takiej zmiany wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy.”
2. Zmiany zdania drugiego §7 ust. 1 wzoru umowy w następujący sposób:
*„Strony postanawiają, że oceny wystąpienia wzrostu lub obniżenia cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy będą dokonywać na podstawie miesięcznego procentowego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej **w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty**, ustalanego i ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku, ogółem).”*
3. Wprowadzenie zmiany w §7 ust. 2 wzoru umowy w następujący sposób:
„2. Wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie:
 - a) *zwiększeniu pod warunkiem, że wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku, o którym mowa w ust. 4 poniżej, będzie równa lub większa niż 105 ogółem (tj. wzrost cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z **analogicznym miesiącem złożenia oferty poprzedniego roku** o co najmniej 5%);*
 - b) *zmniejszeniu pod warunkiem, że wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej, z miesiąca poprzedzającego złożenie informacji, o której mowa w ust. 5 poniżej, będzie równa lub mniejsza niż 95 ogółem (tj.*

spadek cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z *analogicznym miesiącem złożenia oferty poprzedniego roku o co najmniej 5%*);”.

4. Wprowadzenie zmiany definicji wskaźnika R w §7 ust. 3 wzoru umowy w następujący sposób:

~~„R oznacza wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, o którym mowa w ust. 1 powyżej. R – wartość wskaźnika w dniu złożenia wniosku o waloryzację - wskaźnik powstanie poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca,~~

- ~~– od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty - dla pierwszej waloryzacji, lub~~
- ~~– od miesiąca w którym nastąpiła ostatnia waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy (dla kolejnych waloryzacji),~~

~~do dnia wystąpienia z wnioskiem o waloryzację.”~~

5. Wykreślenia ostatniej części zdania w §7 ust. 6 wzoru umowy w następujący sposób:
„Pierwszy wniosek z ust. 4 powyżej lub pierwszą informację z ust. 5 powyżej uprawniona Strona może złożyć (w terminach wskazanych w ust. 4 lub 5) po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Kolejne wnioski lub informacje uprawniona Strona może złożyć (w terminach wskazanych w ust. 4 lub 5) każdorazowo po upływie kolejnych 6 miesięcy od złożenia poprzedniego wniosku z ust. 4 powyżej lub poprzedniej informacji z ust. 5 powyżej, ~~niezależnie od tego, czy w wyniku ich złożenia doszło do dokonania waloryzacji.”.~~

6. Zmiany limitu waloryzacji określonego w §7 ust. 10 wzoru umowy w następujący sposób:
„Łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień niniejszego paragrafu, to kwota stanowiąca ~~7%~~ **15%** wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy.”

Izba po rozpoznaniu odwołania na rozprawie w dniu 14.02.2025 r., wydała wyrok w dniu 18 lutego 2025 roku w sprawie KIO 292/25, w którym uwzględniła odwołanie w połowie w zakresie zarzutu podniesionego w odwołaniu, tj. zarzutu naruszenia art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353¹ i art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazała zamawiającemu - Zarządowi Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku zmianę treści Załącznika nr 8 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy, w szczególności § 7 poprzez:

a) określenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia i dostosowanie mechanizmu waloryzacji, w tym wskaźnika „R”, do tego terminu;

b) podwyższenie łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%.

Natomiast w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie.

Dowód: akta sprawy KIO 292/25– Odwołujący wnioskuje o ich dołączenie do akt niniejszej sprawy przez Izbę

wyrok z dnia 18.02.2025 r.

Zamawiający czynnością z dnia 28 marca 2025 roku dokonał zmiany postanowień umowy w powyższym zakresie m.in. przewidział, że:

- w zakresie pkt a) ocena zmiany kosztów i cen będzie się odbywać na podstawie miesięcznego procentowego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w układzie

miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych poczynając od miesiąca otwarcia oferty, ustalanego i ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku, ogółem).

- W zakresie punktu b) podniósł limit maksymalny waloryzacji o zaledwie 0,21 % z 7% na łączną wartość 7,21 % uważając, że Izba nakazała zwiększyć limit o co najmniej 3 % a nie co najmniej 3 punkty procentowe.

Dowód: wyjaśnienia i zmiana SWZ z 28.03.3025 r. Projektowane postanowienia umowy z 28.03.2025 r. – w aktach Postępowania

Z tym ostatnim nie sposób się zgodzić. Odwołujący wskazuje, że nie należy odczytywać sentencji orzeczenia w oderwaniu od jego uzasadnienia ani w oderwaniu od żądań złożonego Odwołania. Próba interpretacji stricte literalnej samej sentencji orzeczenia w oderwaniu od kontekstu sprawy i dowodów w jakim została wydana stanowi wyraz nadużycia prawa z art. 5 kc, jest też czynnością sprzeczną z ustawą i mającą na celu obejście ustawy jak i jest czynnością sprzeczną z zasadami współżycia społecznego na mocy art. 58 § 1 i 2 kc.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, iż żądanie Odwołania z dnia 27.01.2025 roku wskazywało podniesienie limitu wskazanego w § 7 ust 6 umowy z 7 % do 15% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie Wykonawcy. Izba rozpoznając odwołanie miała na uwadze wyżej wskazane żądanie i w rozstrzygnięciu wskazała, że uwzględnia odwołanie w połowie co należało odczytywać jako uwzględnienie zarzutu w zakresie terminu początkowego, od którego naliczana będzie waloryzacja oraz w zakresie limitu maksymalnego waloryzacji.

Izba oddaliła w pozostałym zakresie zarzut, który odnosił się do żądania dokumentowania zmiany cen materiałów wskazując „Izba uznała, że zarzut odwołującego nie potwierdził się w zakresie w jakim odnosił się do rzekomego nieuzasadnionego żądania przez zamawiającego wykazania zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy miała wpływ na koszt realizacji Umowy”.

Z powyższego wynika, że Izba wydając wyrok w pkt 1 ppkt b) sentencji:

podwyższenie łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%

uwzględniła częściowo żądanie Odwołującego podwyższenia limitu z 7 do 15 % wynagrodzenia netto z oferty. Tym samym wyrok należy odczytywać w ten sposób, że Izba uznała, że zasadne podwyższenie limitu z 7 na co najmniej 10 % i dopiero taki limit będzie wystarczający i uzasadniony w świetle całości rozpoznanej sprawy.

O takim sposobie rozumowania świadczy chociażby fragment uzasadnienia wyroku tj: „Ponadto, Izba uznała za uzasadnione twierdzenia odwołującego co do kwestii, iż ustalony przez zamawiającego w § 7 ust. 10 PPU limit waloryzacji wynagrodzenia na poziomie 7 %, stanowi o iluzoryczności i nieadekwatności do zamówienia mechanizmu waloryzacji.

Skoro w ocenie Izby limit 7 % był iluzoryczny i nieadekwatny do zamówienia, to tym samym limit 7,21 % jest równie iluzorycznym jak i nieadekwatnym limitem. **Próba posługiwania się przez Zamawiającego stricte statystyczną nomenklaturą bez względu na okoliczności i cel wydanego orzeczenia nie powinna korzystać z ochrony prawnej.** Co więcej, sama sentencja jak i jej powtórzenie w uzasadnieniu wyroku cyt.: „Mając powyższe na względzie Izba uznała, że uzasadnione, aby nakazać zamawiającemu podwyższenie łącznej maksymalnej wartości

waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%” odnosi się do wynagrodzenia a nie poziomowi pierwotnego limitu. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego Izba powinna wskazać, że chodzi o 3 % pierwotnego limitu ustalonego na 7 % a nie odnosić się do wartości wynagrodzenia. Tym samym zmiany Zamawiającego dokonane w dniu 28.03.2025 roku są niezgodne wyrokiem Izby, stanowią nadużycie prawa i pozycji dominującej Zamawiającego wobec tego nie zasługują na ochronę prawną.

Na marginesie Odwołujący zaznacza, że nie sposób jest czytać wyłącznie literalnie zapadłe orzeczenie lub wyciągać pojedyncze sformułowania z uzasadnienia wyroku. Czytanie sentencji i uzasadniania razem oznacza tylko i wyłącznie, że sentencja wyznacza sposób zmiany postanowienia a uzasadnienie jest de facto wyjaśnieniem jego rozumienia. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2021 r. KIO 1052/21

„Wyłącznie sentencja stanowi rozstrzygnięcie, które podlega wykonaniu i ewentualnej ocenie z punktu widzenia prawomocności czy powagi rzeczy osądzonej. Natomiast uzasadnienie, jak już sama nazwa wskazuje, stanowi wyjaśnienie, dlaczego zapadło takie, a nie inne rozstrzygnięcie zarzutów zawartych w odwołaniu oraz może jedynie służyć na potrzeby ustalenia, czego dotyczyło prawomocne rozstrzygnięcie co do istoty sprawy”.

Tym samym powielenie w uzasadnieniu sformułowania analogicznego jak w sentencji (vide str. 21 uzasadnienia) *Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji i nakazała zamawiającemu zmianę treści Załącznika nr 8 do SWZ Projektowane Postanowienia Umowy, w szczególności § 7 poprzez:*

b) podwyższenie łącznej maksymalnej wartości waloryzacji wynagrodzenia, określonej w § 7 ust. 10, o co najmniej 3%.

chodziło o podwyższenie limitu w stosunku do wartości wynagrodzenia netto z umowy a nie wyznaczonego pierwotnie limitu waloryzacji. Podwyższenie limitu o 0,21 % nie spełnia swojego celu ani nie zapewnia należytej ochrony wykonawcom. Dalej jest limitem pozornym i nieadekwatnym do wartości zamówienia jak i czasu jego trwania.

Ad. § 7 ust 10 Umowy- Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia

Odwołujący z uwagi iż żąda przeprowadzenia dowodu z akt sprawy KIO 292/25 poniżej z ostrożności przedstawi jedynie najważniejsze argumenty, jakie podniósł w tamtej sprawie na podwyższenie limitu waloryzacji z 7 na 20 % wynagrodzenia netto.

Zamawiający przewidział w § 7 ust. 10 wzoru umowy, że łączna maksymalna wartość wszystkich zmian wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający na skutek waloryzacji wynagrodzenia to kwota stanowiąca 7% wynagrodzenia netto wskazanego w ofercie wykonawcy. Zastrzeżenie maksymalnej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, w wysokości 7% wysokości wynagrodzenia netto na skutek zmian cen materiałów i kosztów realizacji zamówienia, jest nieuzasadnione gospodarczo oraz świadczy o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy. W szczególności, projektowane postanowienie nie uwzględnia faktu, iż zamówienie będzie realizowane w okresie 188 tygodni, a więc prawie 4 lat.

Powszechnie wiadome jest, że w ostatnim okresie mamy do czynienia ze stałym, bardzo dynamicznym wzrostem cen materiałów, usług, jak też wynagrodzeń, co wynika z danych publikowanych na stronach Głównego Urzędu Statystycznego. Tak dynamiczny i rozpędzający się

wzrost inflacji oraz wynagrodzeń powoduje, że szczególnie istotne jest, w jaki sposób zamawiający przewidują w umowach sposoby zwiększania wynagrodzenia i, czy dają one gwarancję zrekompensowania wykonawcy wzrostu kosztów, jakie musi ponosić w związku z realizacją kontraktu.

Zauważyć należy, że w sytuacji, której dotyczą zapisy Art. 439 Pzp, tj. sytuacji nieprzewidywalnych zmian cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia, brak jest obiektywnej możliwości przedstawienia pewnego dowodu, z którego można by wywieść, jak wysokie będą zmiany cen w okresie realizacji całego kontaktu i tym samym, na jakim poziomie winien być ustalony limit waloryzacji wynagrodzenia. Trudność wynika przede wszystkim z faktu, iż waloryzacja ma niwelować ryzyka stron na wypadek zaistnienia w przyszłości zmian siły nabywczej pieniądza, a zatem okoliczności przyszłych i niepewnych. Mogą one jedynie być prognozowane w oparciu o dotychczasowe doświadczenia i analizy. Sytuacja taka nie może jednak prowadzić do wyłączenia możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej na skutek braku dostępności dowodów w tradycyjnym rozumieniu, a zatem pewnych i kategorycznych.

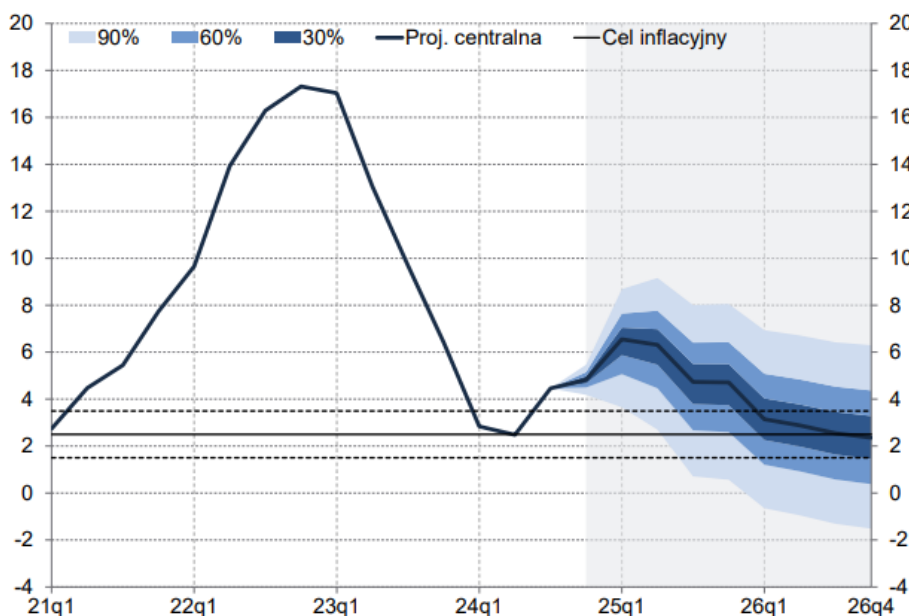
W tym stanie rzeczy, możliwe jest oparcie się jedynie na danych historycznych, z drugiej strony – na prognozach dotyczących sytuacji przyszłej oraz ich ocenie w świetle aktualnej sytuacji.

Z przedstawionych w załączniku do niniejszego odwołania – „Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2024 r.” – danych GUS można prześledzić, jak zmieniały się ceny produkcji budowlano-montażowej w okresie ostatnich dwóch lat. Wykres nr 2 publikacji wskazuje, że roczne zmiany cen produkcji budowlano-montażowej swoje apogeum miały na początku badanego okresu, tj. w styczniu 2023r., gdzie zmiana cen w stosunku do stycznia 2022r. osiągnęła 13,6%. Wskaźnik ten stopniowo malał, osiągając w grudniu 2024r. w stosunku do grudnia 2023r. wartość 3,9%. Obecnie wykres ten przedstawia tendencję malejącą, należy jednakże podkreślić, że tendencja ta oznacza malejącą wartość wzrostu cen, dalej utrzymującym się wzroście. Kumulatywna zmiana cen, w okresie od stycznia 2023r. do grudnia 2024r., czyli w okresie niemalże dwukrotnie krótszym, niż planowana realizacja przedmiotowego zamówienia, wyniosła 11,4%.

Jak wskazano w ostatnio opublikowanym Raporcie o inflacji z listopada 2024r. (<https://nbp.pl/polityka-pieniezna/dokumenty-rpp/raporty-o-inflacji/>), który jest dokumentem przedstawiającym ocenę Rady Polityki Pieniężnej dotyczącą przebiegu procesów makroekonomicznych wpływających na inflację, według danych umieszczonych w Dziale „Projekcja inflacji i PKB”, inflacja CPI przedstawiać się będzie następująco:

	2024	2025	2026
Inflacja CPI r/r (%)	3,7	5,6	2,7

Biorąc pod uwagę powyższe projekcje NBP, należy zauważyć, że według powyższych danych przewidywana inflacja w okresie 2-letnim - 2025 i 2026 roku wyniesie 8,45%, czyli więcej niż Zamawiający przewiduje waloryzacji wynagrodzenia przez niemal 4-letni okres waloryzacji.

Wykres 4.2 Inflacja CPI (r/r, %)

Źródło: dane GUS, obliczenia NBP.

Wykresy wachlarzowe obrazują rozkłady możliwych realizacji dynamiki PKB (Wykres 4.1) oraz wskaźnika inflacji (Wykres 4.2). Część wykresu na szarym tle ilustruje niepewność prognoz tych zmiennych w horyzoncie projekcji. Przyjęto założenie, że rozkład prawdopodobieństwa realizacji zmiennej w każdym z horyzontów prognozy należy do rodziny rozkładów binormalnych (ang. *two-piece normal*, TPN). Rozkład ten jest określany przez trzy parametry: dominantę, wariancję oraz miarę skośności. Dominantą rozkładu jest ścieżka centralna projekcji, natomiast wariancja jest wyznaczana w oparciu o historyczne błędy prognoz dla każdego z horyzontów skorygowane o wpływ bieżącej niepewności zmiennych egzogenicznych. Skośność rozkładu uzyskuje się na podstawie analizy kilku alternatywnych scenariuszy wraz z przypisanymi im szansami realizacji. Na wykresie rozkład realizacji danej zmiennej ilustrują warstwy o prawdopodobieństwie 30, 60 i 90% wokół ścieżki centralnej projekcji, które skonstruowano w taki sposób, aby zminimalizować szerokość przedziałów (szerzej w Pońsko P., Rybaczyk B., 2016, Fan Chart – A Tool for NBP's Monetary Policy Making, Narodowy Bank Polski Working Paper, No 241).

Prognozy NBP są wykonywane jedynie z odniesieniem do okresu dwóch kolejnych następnych lat. Zauważyć jednak należy, że im dalszy horyzont czasowy, tym bardziej rozbiegają się wartości projekcie, dodatkowo na powyższym wykresie szary kolor tła ilustruje niepewność prognoz w horyzoncie projekcji.

W dalszej części opracowania zaznaczono, że zarysowany scenariusz makroekonomiczny obarczony jest niepewnością, szczegółowo omawiając czynniki mające wpływ na tę niepewność. Jako jej czynniki wskazywane są: podwyższone ryzyko geopolityczne związane z rosyjską agresją na Ukrainę, konfliktem na Bliskim Wschodzie oraz napięciami w stosunkach handlowych, zmiany legislacyjne w RP, utrzymanie bądź uwolnienie cen nośników energii dla gospodarstw domowych.

Odnosząc się aktualnej sytuacji należy zauważyć, że dla wykonania przedmiotowego zamówienia niezwykle istotne jest kształtowanie się cen surowców energetycznych i materiałów na światowych rynkach, co stanowi znaczny czynnik niepewności dla rozwoju sytuacji gospodarczej

w Polsce. Ceny surowców na rynkach światowych będą uzależnione m.in. od koniunktury w gospodarce światowej, podaży tych surowców oraz temperatur w sezonie zimowym, a także przebiegu wojny w Ukrainie. Warto dodać, że w związku z wprowadzeniem programu Krajowego Planu Odbudowy, branża budowlana spodziewa się znacznego ożywienia rynku, co może spowodować kolejny wzrost cen i kosztów wykonywania zamówienia.

Odnosząc się do wykonanych przez Odwołującego i omówionych już powyżej symulacji wzrostu cen i waloryzacji, stanowiących Załącznik nr 6 do Odwołania, należy przypomnieć, że obliczenia zostały wykonane przy założeniu, że przez okres blisko 4-letniej realizacji inwestycji wskaźnik roczny zmiany cen produkcji budowlano-montażowej będzie utrzymywał się na ostatnio notowanym poziomie – 3,9%, odpowiadającym średniomiesięcznej zmianie w wysokości 0,32%. Skumulowany wskaźnik w okresie 2-letnim wynosiłby 7,95%.

Dowód: symulacja wzrostu cen i waloryzacji- opracowanie własne Odwołującego.

Mając do dyspozycji następujące dane: prognozę inflacji NBP oraz ostatni notowany wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej, można przewidywać, że wzrost cen w kolejnych dwóch latach osiągnie około 8%. Biorąc pod uwagę obecną sytuację gospodarczą, cechującą się znaczną zmiennością i nieprzewidywalnością, zwłaszcza w obliczu zdarzeń i przewidywań geopolitycznych, na kolejne dwa lata należałoby przyjąć co najmniej podobny wskaźnik zmian cen. Zastrzec jednak należy, że wskaźniki prognozowane przez NBP wykorzystywane są raczej w niedalekiej perspektywie czasowej (dane są aktualizowane trzy razy do roku), a przyjęty roczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej jest najniższy w ciągu ostatnich dwóch lat. **W związku z powyższym, spodziewać się można, że tak przewidywane zmiany cen produkcji budowlano-montażowej mogą być znacząco niedoszacowane, a w rzeczywistości, w ciągu 4-letniej realizacji, wskaźnik ten może znacznie przekroczyć poziom 15%.**

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że określony przez Zamawiającego sposób zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany poziomu cen materiałów lub kosztów powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie służy celowi zapewnienia Stronom umowy ekwiwalentności świadczenia w sytuacji zmian cen materiałów i kosztów do realizacji zamówienia, a w konsekwencji nie zapewnia zmiany wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Magdalena Marciniak
radca prawny

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) odpis z KRS;
- 3) dowód uiszczenia opłaty od odwołania;
- 4) dowód wysłania odpisu odwołania do Zamawiającego
- 5) wyrok z 18.02.2025 r. KIO 292/25
- 6) Symulacja wzrostu cen i waloryzacji