

Kraków, Warszawa, dnia 25 października 2022 r.

OIGD 134/2022

Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Wnioskodawca:

Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa z siedzibą w Krakowie, 31-542 Kraków, ul. Mogilska 25, wpisana do rejestru stowarzyszeń prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie pod nr KRS 0000026162;

WNIOSEK O WYDANIE OPINII

Szanowny Prezese Prezesie,

W imieniu Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 471 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „PZP”), wnosimy o wydanie opinii w przedmiocie interpretacji przepisu art. 439 PZP, a w szczególności ust. 2 pkt. 1 poprzez rozstrzygnięcie, w jaki sposób w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, winien być wyznaczony początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy (czy od pierwszego miesiąca od zawarcia umowy, czy też od pierwszego miesiąca po upływie terminu wskazanego w PZP?).

Potrzeba wydania opinii w zakresie interpretacji wyżej wskazanego przepisu uzasadniona jest brakiem pewności prawnej w przedmiocie sposobu kształtowania przez zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej w umowie w sprawie zamówień publicznych. O ile bowiem w przypadku umów zawartych po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert kwestia ta została rozstrzygnięta przez art. 439 ust. 3 PZP, zgodnie z którym w takiej sytuacji, terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy, o tyle w przypadku umów zawartych przed upływem 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, kwestia ta pozostaje nierozstrzygnięta.

Wskazać należy, iż jak dotąd Krajowa Izba Odwoławcza nie wypracowała jednoznacznej linii orzeczniczej w tym przedmiocie, pozostawiając zamawiającym niemal zupełną dowolność w kształtowaniu treści klauzul waloryzacyjnych.

Rozbieżne interpretacje przepisu będącego przedmiotem niniejszego wniosku prowadzić mogą do nierównego traktowania wykonawców składających oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia, bowiem w skrajnych przypadkach różnica między wskazanymi początkowymi terminami ustalenia zmiany wynagrodzenia wynosić może nawet 12 miesięcy, w szczególności mając na względzie, iż wskazanie sposobu liczenia tzw. punktu odniesienia dokonywane jest jednostronnie przez zamawiającego.

Kwestia ta istotna jest również z punktu widzenia zamawiających, a to dlatego, iż brak pewności prawnej prowadzić może do zakłócenia konkurencyjności w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, bowiem duże rozbieżności w określaniu terminu początkowego wprowadzenia zmiany cen lub kosztów powodować mogą wzrost zainteresowania po stronie wykonawców umowami, w których wskazany został wcześniejszy termin początkowy waloryzacji.

Co więcej, kwestia ta dotyczy również i podwykonawców, bowiem zgodnie z ust. 5 przedmiotowego przepisu, *„Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę [...]”*.

Mając więc na uwadze, iż powyższa kwestia istotna jest zarówno z punktu widzenia zamawiającego, jak i wykonawcy oraz podwykonawcy, wydanie opinii w przedmiocie interpretacji przepisu art. 439 ust. 2 PZP uczyniłoby kształtowanie klauzul waloryzacyjnych bardziej przejrzystym.

UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 439 ust. 1 PZP, *„Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.”*, w ust. 2 wskazane zostały natomiast punkty, które zamawiający powinien ująć w umowie, w szczególności początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (źródło: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf) objaśnione zostały kwestie związane z waloryzacją, w tym obligatoryjne elementy klauzuli waloryzacyjnej, jednakże nie zostało wskazane w jaki sposób dokładnie określony winien zostać początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, co wydaje się być kwestią niezwykle istotną mając na względzie, iż okoliczność ta rodzi po stronie wykonawcy prawo do żądania zmiany wynagrodzenia.

O ile w przypadku, gdy umowa zostaje zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert kwestia ta wydaje się dość klarowna, bowiem ustawodawca w art. 439 ust. 3 PZP wskazał, iż w takiej sytuacji początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest z reguły dzień otwarcia ofert, o tyle w przypadku pozostałych umów początkowy termin waloryzacji wyznaczany jest w sposób bardzo rozbieżny, co uwiadcza praktyka stosowania przedmiotowego przepisu.

Rozbieżności, co do sposobu określenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia pojawiają się również w doktrynie. *J. Bieluk* w: *Komentarz PZP, 2020, wyd. 2* wskazuje, iż *Skoro w umowach zawieranych na okres do 12 miesięcy klauzule waloryzacyjne nie są obowiązkowe, to trudno wymagać od zamawiającego, że w dłuższych umowach będzie on zobowiązany do waloryzacji wynagrodzenia już w pierwszym roku realizacji inwestycji, gdzie prognozowany na przestrzeni 12 miesięcy poziom wzrostu cen powinien być*

przez wykonawcę wzięty pod uwagę, jako możliwy do przewidzenia.” Podobne stanowisko zajmuje M. Jaworska w: Komentarz PZP 2022, wyd. 3 stwierdzając, iż „Pewną wskazówką, choć z pewnością nie do automatycznego stosowania, może być przyjęcie przez ustawodawcę potrzeby stosowania klauzul waloryzacyjnych w odniesieniu do umów zawieranych na okres dłuższy niż rok. Może to wskazywać na przyjęcie założenia trwałości, niezmienności stosunku umownego w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w okresie roku, szczególnie w przypadku realizowania długoterminowych umów.” W artykule pt. „Wskazówki do postanowień umowy w zakresie zmiany ceny” autorstwa Ewy Wiktorowskiej i Balbiny Kacprzyk, opublikowanym w Monitorze zamówień publicznych (źródło: <https://www.monitor-zamowien.pl/artykul/wskazowki-do-postanowien-umowy-w-zakresie-zmiany-cen-2>) wskazane zostało natomiast, iż „Poziomem odniesienia, do którego porównujemy zmiany wynagrodzenia, będzie – co do zasady – dzień zawarcia umowy albo dzień otwarcia ofert. Ten drugi termin powinien być wybierany, jeżeli umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert. W takim przypadku początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy (art. 439 ust. 5 Pzp).” Przywołane stanowiska obrazują więc, iż przepis ten jest interpretowany w różny sposób przez przedstawicieli doktryny.

Również Krajowa Izba Odwoławcza nie wypracowała jak dotąd jednolitej linii orzeczniczej w kwestii będącej przedmiotem niniejszego wniosku. W wyroku z dnia 24 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 2063/22 Izba wskazała niejako, iż waloryzacja zgodnie z regulacją ustawową nastąpić powinna po upływie 12 miesięcy, stwierdzając, iż „Należy wskazać, że obowiązek stosowania klauzuli waloryzacyjnej dotyczy umów zawartych na okres powyżej 12 miesięcy (art. 439 ust. 1 PrZamPubl). Wprowadzenie więc takiego rozwiązania u Zamawiającego ma swoje uzasadnienie w założeniach ustawodawcy w zakresie stosowania mechanizmu waloryzacji. Przy czym, okoliczność, że za pierwszym razem zmiana może nastąpić po 6 miesiącach, a dopiero następna po 12 miesiącach, nie zmienia stanowiska Izby, gdyż Zamawiający przyjął termin pierwszy korzystniejszy niż w PrZamPubl, zaś drugi taki jak w ustawie PrZamPubl.”, jednak w innych wyrokach Izba podkreślała szeroko zakrojoną samodzielność zamawiającego, jeśli chodzi o określanie terminu początkowego waloryzacji (przykładowo w wyroku z dnia 10 września 2021 r., sygn. akt: KIO 2355/21 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „Wykonanie obowiązku z art. 439 Prawa zamówień publicznych powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu”).

W rozbieżny sposób początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia określany jest również przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad. W przypadku projektów realizowanych w systemie „Projektuj i buduj” waloryzacja następuje od wystawienia pierwszego Przejściowego Świadczenia Płatności, które wystawione zostaje po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia prac. W przypadku systemu „Buduj” waloryzacja rozpoczyna się od wystawienia pierwszego Przejściowego Świadczenia Płatności za roboty, a więc de facto od samego początku. (źródła: <https://www.gov.pl/web/gddkia/waloryzacja-a-zmiany-cen-na-ryнку---nowe-dane-15>; <https://www.gov.pl/web/gddkia/wzorcowe-dokumenty-kontraktowe-wdk-dla-systemow-projektuj-i-buduj-i-umowy-wskaznikowe> - WZORCOWE SZCZEGÓLNE WARUNKI KONTRAKTU dla kontraktów realizowanych w systemie „Buduj”, str. 62 oraz WZORCOWE SZCZEGÓLNE WARUNKI KONTRAKTU – Część B Postanowienia Szczególne dla kontraktów realizowanych w systemie „Projektuj i Buduj”, str. 82). W umowach dotyczących pełnienia nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz na zarządzaniu Kontraktem wskazane zostało

natomiast, iż waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od pierwszego miesiąca, za który została wystawiona pierwsza faktura VAT. (źródło: <https://www.gov.pl/web/gddkia/umowa-na-nadzor> - Umowa na nadzór i zarządzanie Kontraktem, str. 8)

Reasumując, w ocenie wnioskodawcy rozbieżności w interpretacji przepisu art. 439 ust. 2 pkt. 1 PZP są tak istotne, że mogą skutkować nierównym traktowaniem wykonawców, w związku z czym przepis ten nie realizuje w pełni celu w jakim został stworzony, tj. przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne. Pozostawienie kwestii ustalania początkowego terminu waloryzacji do swobodnej decyzji zamawiającego skutkować może więc brakiem pełnego wykorzystania narzędzia prawnego, jakim jest waloryzacja.

O rozstrzygnięcie wyżej wskazanych wątpliwości wnioskodawca niniejszym wnosi.

2 wyjasnień szczegółowych

Prezes Zarządu


Barbara Dzieciuchowicz