

PRZETARGI

Czy warto skarżyć waloryzację

W zakresie zmiany wynagrodzenia wykonawców zamówienia publicznego nie istnieje jednolite orzecznictwo.



MARTA EWIAK-KAWECKA

advokat w KKLW Legal Kurzyński Wierzbicki

Wielu przedsiębiorców składających wcześniej oferty w przetargach publicznych zastanawia się nad dalszą zasadnością startowania w przetargach. Szalejąca inflacja prowadzi bowiem do tego, że realizowane kontrakty stają się nierentowne, szczególnie iż zamawiający raczej niechętnie waloryzują wynagrodzenie ponad wartości określone w umowie.

W obecnych realiach szczególnie istotne pozostaje właściwe przygotowanie się do wzięcia udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Już na etapie przetargu warto sprawdzić, czy w projekcie umowy wprowadzone zostały postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy (tzw. klauzule waloryzacyjne), a także czy wprowadzone do umowy postanowienia nie konstruują jedynie pozornej waloryzacji. W przypadku zastrzeżeń co do klauzuli waloryzacyjnej oferent nie jest pozbawiony środków ochrony prawnej. Możliwe jest bowiem złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

Przed złożeniem odwołania warto zaznajomić się ze stanowiskiem KIO w zakresie waloryzacji. KIO rozpatrywała już odwołania, w których wykonawcy skarżyli proponowane przez zamawiających zasady dotyczące zmian wysokości

wynagrodzenia wykonawcy. Znajomość orzecznictwa może pozwolić wykonawcom podjąć decyzję w zakresie zasadności wniesienia odwołania oraz sformułować odwołanie w taki sposób, aby miało ono jak największe szanse powodzenia.

Wnioski z orzecznictwa

Po analizie orzeczeń KIO dotyczących waloryzacji można wyprowadzić następujące, kluczowe wnioski:

1) KIO zawsze uwzględniała odwołania, w przypadku gdy w projektowanych postanowieniach umowy:

a) brak było klauzuli waloryzacyjnej, mimo istnienia takiego obowiązku,

b) klauzula waloryzacyjna nie zawierała wszystkich wymaganych elementów określonych przez prawo zamówień publicznych;

2) KIO jedynie w niektórych przypadkach uwzględniała odwołania, które dotyczyły sposobu ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej, szczególnie w przypadkach, gdy projektowana klauzula waloryzacyjna przewidywała de facto pozorną waloryzację;

3) w kilku analizowanych przypadkach KIO oddaliła odwołania z uwagi na brak złożenia przez odwołujących dowodów w celu wykazania zasadności swoich twierdzeń, przy czym w tych przypadkach KIO nie wykluczyła a limine możliwości wniesienia skutecznego odwołania wobec zarzucanego przez wykonawców sposobu ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej;

4) po wybuchu wojny w Ukrainie KIO coraz częściej uwzględniała odwołania wykonawców dotyczące sposobu ukształtowania klauzuli waloryzacyjnej.

Przykłady rozstrzygnięć

Orzeczenia KIO zawierające rozstrzygnięcia zarówno korzystne, jak i niekorzystne dla odwołujących wykonawców:

1) Wyrok wydany w sprawach: KIO 2864/21, KIO 2872/21

W odwołaniu wykonawca zakwestionował określenie pierwszej waloryzacji dopiero w trzecim roku obowiązywania umowy.

KIO w wyroku z 10 grudnia 2021 r. uznała, że zakwestionowany sposób waloryzacji narusza równowagę ekonomiczną stron umowy.

2) Wyroki wydane w sprawach: KIO 3476/21 oraz KIO 230/22

We wniesionych odwołaniach odwołujący zaskarżyli maksymalny limit waloryzacji określony na poziomie 5 proc. wynagrodzenia umownego.

KIO w wyroku z 13 grudnia 2021 r. (KIO 3476/21) oraz wyroku z 11 lutego 2022 r. (KIO 230/22) oddaliła odwołania. KIO wskazała, że p.z.p. pozostawia do decyzji zamawiającego, jaka powinna być wartość zmiany wynagrodzenia, którą zamawiający dopuszcza, zaś zamawiający nie ma obowiązku 100-proc. rekompensaty zmian kosztów realizacji zamówienia.

3) Wyrok wydany w sprawie: KIO 3600/21

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zakwestionował:

a) maksymalny limit waloryzacji określony na poziomie 15 proc. wartości łącznego wynagrodzenia wykonawcy,

b) tzw. próg wejścia do waloryzacji, który uzależniony był od wskaźników publikowanych przez GUS.

W wyroku z 5 stycznia 2022 r. KIO uwzględniła odwołanie we wskazanym zakresie. Izba wskazała, że prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć

równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej. W rezultacie, w ocenie Izby, zamawiający za wysoko określił tzw. próg wejścia uprawniający do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.

4) Wyrok wydany w sprawie: KIO 1085/22

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił, że zamawiający nie wprowadził do projektu umowy tzw. klauzul waloryzacyjnych mimo istnienia takiego obowiązku.

KIO w wyroku z 4 maja 2022 r. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu wprowadzenie do projektu umowy

Przy zastrzeżeniach do klauzuli waloryzacyjnej oferent nie jest pozbawiony ochrony prawnej

postanowień waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z przepisem art. 439 PZP.

5) Wyrok wydany w sprawie: KIO 1287/22

Odwołujący zaskarżył:

a) maksymalny roczny limit waloryzacji w wysokości 10 proc. wynagrodzenia,

b) przypisanie poszczególnym wskaźnikom składającym się na wzór klauzuli waloryzacyjnej nieprawidłowych wag.

W wyroku z 31 maja 2022 r. Izba oddaliła odwołanie, przy czym odwołanie we wskazanym zakresie zostało oddalone z uwagi na brak udowodnienia (wykazania) przez odwołującego zasadności podnoszonych twierdzeń.

6) Wyrok wydany w sprawie: KIO 1601/22

W odwołaniu wykonawca zakwestionował możliwość pierwszej waloryzacji po upływie półtora roku obowiązywania umowy. KIO w wyroku z 5 lipca 2022 r. oddaliła odwołanie. KIO wskazała, że umowa dopuszcza waloryzację już po upływie 12 miesięcy obowiązywania umowy, co w ocenie Izby nie narusza postanowień p.z.p. KIO wskazała, że skoro w świetle p.z.p. umowa zawierana na okres do 12 miesięcy nie musi zawierać klauzul waloryzacyjnych, to nie sposób twierdzić, że umowa zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna przewidywać waloryzację).

7) Wyrok wydany w sprawie: KIO 1564/22

Odwołujący zaskarżył:

a) limit waloryzacji na poziomie 5 proc. wynagrodzenia wykonawcy,

b) ustalenie poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzację wynagrodzenia na zbyt wysokim poziomie, tj. 12 proc.,

c) możliwość waloryzacji nie częściej niż raz na 12 miesięcy obowiązywania umowy.

W wyroku z 6 lipca 2022 r. KIO uwzględniła odwołanie w części, nakazując podniesienie limitu waloryzacji do 10 proc. wynagrodzenia. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołania, uznając, że wykonawca nie udowodnił zasadności zmiany umowy w zakwestionowanym zakresie.

8) Wyrok wydany w sprawie: KIO 2063/22

Odwołujący zakwestionował:

a) poziom zmiany cen uprawniający do zmiany wynagrodzenia na poziomie minimum 20 proc. w stosunku

do cen wskazanych w kalkulacji wstępnej,

b) możliwość składania wniosków o waloryzację dopiero po upływie każdego kolejnych 12 miesięcy obowiązywania umowy (z wyłączeniem pierwszej waloryzacji, możliwej po upływie sześciu miesięcy). KIO w wyroku z 24 sierpnia 2022 r. oddaliła odwołanie, nie dzieląc argumentów odwołującego wykonawcy.

9) Wyrok wydany w sprawach: KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22

W odwołaniu wykonawca zakwestionował:

a) maksymalny limit waloryzacji określony na poziomie 10 proc. wynagrodzenia wykonawcy,

b) termin pierwszej waloryzacji następujący po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

W wyroku z 5 października 2022 r. Izba uwzględniła odwołanie we wskazanym zakresie.

W ocenie Izby, zważywszy na obecnie obserwowaną dynamikę zmian cen, należy uznać za zasadne zwiększenie limitu waloryzacji do 20 proc. wynagrodzenia wykonawcy oraz wprowadzenie pierwszej waloryzacji po sześciu miesiącach obowiązywania umowy.

Warto dobrze się przygotować

Powołane orzecznictwa KIO wskazują, iż w zakresie waloryzacji nie istnieje jednolite orzecznictwo Izby. Uzyskanie przez wykonawcę pozytywnego rozstrzygnięcia zależy przede wszystkim od okoliczności konkretnej sprawy. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym skład orzekający w danej sprawie. Praktyka pokazuje jednak, że dobrze przygotowane odwołanie, poparte dowodami, zwiększa szanse na korzystny wyrok. /©©