

**GMINA CZERMIN**  
39-304 Czermin  
woj. podkarpackie  
NIP 8172175391 REGON 690581896

**Wszyscy Wykonawcy**

## **WYJAŚNIENIE treści SWZ nr 1 oraz ZMIANA treści SWZ nr 2**

dotyczy: *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na zadanie pn. "Termomodernizacja, wymiana źródła ciepła i rozbudowa infrastruktury oświatowej", znak sprawy In.271.2.2022*

Zamawiający informuje, że w w/w postępowaniu wpłynął od Wykonawcy wniosek o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ).

Zamawiający na podstawie art. 284 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, przekazuje treść zapytania wraz z udzielonymi wyjaśnieniami (pkt I) oraz dokonuje, na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Pzp, zmiany treści SWZ (pkt II) w poniższym zakresie.

### **I. WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ**

#### **Pytanie nr 1:**

Mając na uwadze przedstawioną poniżej argumentację, na zasadzie art. 135 w zw. z art. 137 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych wnoszę o zmianę zapisów projektowanych postanowień umownych w zakresie klauzuli waloryzacyjnej, jako naruszających podstawowe zasady prawa cywilnego.

Zamawiający Gmina Czermin prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Termomodernizacja, wymiana źródła ciepła i rozbudowa infrastruktury oświatowej”. Zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający, treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej w dalszej treści wniosku SWZ, objął, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, sporządzając dokument pn. Projekt umowy, gdzie w § 15, zgodnie z art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wprowadził klauzulę waloryzacyjną, postanawiając m.in., że podstawą wprowadzenia zmiany wynagrodzenia pozostaje kwartalny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej liczony do poprzedniego kwartału publikowany przez Prezesa GUS = zwany dalej wskaźnikiem GUS. Ponadto ustalając, iż zmiana wynagrodzenia umownego dopuszczalna jest dopiero po przekroczeniu przez ww. wskaźnik 15% w stosunku do ostatniego opublikowanego wskaźnika GUS przed podpisaniem umowy oraz, że łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dokonanych na podstawie postanowień niniejszego ustępu nie może być wyższa niż 1 % w stosunku do pierwotnej wartości umowy.

Przywołane powyżej sformułowania postanowień umownych, pozostają w sprzeczności z ogólnie obowiązującymi zasadami prawa obligacyjnego, jak również nie realizują celu, jaki

przyświecał ustawodawcy przy wprowadzaniu regulacji art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z powszechnie obowiązującą zasadą prawną waloryzacji, mającą swoje umocowanie w art. 3581 § 1 Kodeksu cywilnego, w razie zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, wierzyciel powinien otrzymać równowartość ekonomiczną (wyższą lub niższą) wierzytelności z chwili jej powstania. Waloryzacja zakłada, że świadczenia pieniężne mają na celu dostarczenie wierzycielowi takiej samej wartości ekonomicznej, jaką miała wierzytelność w chwili jej powstania. Zatem jeżeli nastąpi zmiana siły nabywczej pieniądza wierzyciel otrzyma odpowiednio wyższą lub niższą sumę pieniężną. Na tak rozumianą zasadę waloryzacyjną, w odniesieniu do art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazał w jednej ze swych opinii, UZP - „Waloryzacja wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 nowej ustawy Pzp ma na celu zrównoważenie stron umowy o zamówienie publiczne. Klauzule określone w ww. przepisie umożliwiają przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji”. Powyższej zasady, przy uwzględnieniu istniejącej obecnie sytuacji geopolitycznej, przekładającej się wprost na zaburzenie stabilizacji ekonomicznej, rzutujące na jej przewidywalność, z całą pewnością nie realizuje ewentualna dopuszczalna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy na poziomie 1% ceny pierwotnie zaoferowanej.

Wbrew zapisom projektowanych postanowień umownych, których dotyczy niniejszy wniosek, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego ma pozwalać na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Ma za zadanie zapewniać niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniając możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Jak również ma zapobiegać obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych, co przy obecnie ukształtowanych postanowieniach § 15 projektowanych postanowień umownych, właśnie ma miejsce. Co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, zapobiega ono m.in. powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym stosowanie ww. klauzul sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy.

Jak wskazano powyżej, 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 oraz prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

W świetle powyższego założenia ustawodawcy wprowadzającego obowiązek stosowania klauzul waloryzacyjnych przy uwzględnieniu przywołanych na wstępie zapisów umownych powstaje pytanie czy przeniesienie na Wykonawcę ryzyka gospodarczego w 99% jest zgodne z celem przepisu czy też stanowi jego obejście.

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

niezmiernie 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. Jednakże przy dopuszczalności 1% waloryzacji, zakładającej dodatkowo jej dopuszczalność dopiero przy 15% wzroście wskaźnika GUS, stanowi o przerzuceniu przez Zamawiającego całego ryzyka gospodarczego na Wykonawcę, a klauzulę waloryzacyjną czyni pozorną, a tym samym tak sformułowane postanowienia umowne są przejawem nadużycia przez Zamawiającego pozycji gospodarza postępowania, co pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami obrotu gospodarczego, ograniczając jednocześnie krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Jedynie bowiem podmiot gospodarczy o wyśrubowanych wynikach ekonomicznych i zabezpieczeniu finansowym może sobie pozwolić na realizację zamówienia ze stratą, byle tylko wykonać zamówienie i uzyskać z tego tytułu referencyjność, przydatną przy wykazywaniu doświadczenia w wykonaniu tego rodzaju zamówień przy ubieganiu się o kolejne zamówienia publiczne w tym sektorze. Jest to sprzeczne także z celami dyrektywy 2014/24/UE, która promuje udział małych i średnich przedsiębiorstw („MŚP”)

w zamówieniach publicznych w ramach celów socjalnych dyrektywy.

Uwzględniając powyższe w świetle projektowanych postanowień umownych należy również zwrócić uwagę, iż w obecnej sytuacji pierwszym, najistotniejszym czynnikiem, który powinien nas skłonić do myślenia o waloryzacji cen jest zjawisko ekonomiczne inflacji. Warto jednak, przy tym pamiętać, że inflacja to nie tylko wskaźnik podawany przez GUS, jako tzw. „wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych”. Wiele jest metod wyliczania inflacji oraz wiele jest podmiotów, które ją wyliczają. Nie musi to oznaczać, że jedne są prawidłowe, a inne błędne. Inflacja zależy bowiem od tzw. koszyka inflacji, a więc tego, jakie produkty porównujemy. Przykładowo: względnie optymistyczne wyliczenia GUS (choć obecnie nawet GUS pokazuje znaczną inflację: trzeci kwartał 2019 r. to inflacja 2,2% względem grudnia 2018 r.) nie pokrywają się z danymi szacowanymi przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy; ten bowiem (traktujący złotówkę nieco globalniej) wskazuje, że spadek jej siły nabywczej może od przyszłego roku sięgnąć nawet 3,5%.

Uwzględniając powyższe należy również wskazać na art. 3531 Kodeksu cywilnego, znajdujący zastosowanie w niniejszej sprawie na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który rozstrzyga kwestię zakresu kompetencji stron umowy zobowiązaniowej do kształtowania jej postanowień, za pomocą dwóch sformułowań. Po pierwsze, wskazuje ten zakres w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą „ułożyć stosunek prawny wedle swego uznania”. Po drugie, powołany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wyznaczając granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykroczyć. Chodzi tu o zakaz kształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego.

W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. W tym kontekście chodzi o ustalenie czy strony równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności

uprawnień (tj. dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego) i właśnie realizacji tej fundamentalnej zasady prawa cywilnego na gruncie zamówień publicznych ma służyć dyspozycja art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 10 maja 2019 r., w którym Izba stwierdziła, że „ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Jednakże zasada swobody zamawiającego w kształtowaniu postanowień umownych nie jest nieograniczona. Ustalenie przez zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353 1 k.c. oraz klauzula generalna z art. 5 k.c.. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja wartości wzajemnych świadczeń jest rażąca. Postanowienia umowne podlegają ocenie co do sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, który mają regulować lub braku zgodności z zasadami współżycia społecznego przez, przede wszystkim nieznanymi odzwierciedlenia w realnych potrzebach zamawiającego, rozłożenie ryzyk kontraktowych czy brak ekwiwalentności świadczeń oraz podzielić jej pogląd zaprezentowany w wyroku, zachowującym aktualność w obecnym stanie prawnym, gdzie Izba stwierdziła, że „nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że ponieważ każde ryzyko jest mierzalne, wykonawcy mogą wycenić i uwzględnić wszystkie, nawet niemożliwe do zidentyfikowania ryzyka w cenie oferty. Wyłączenie mechanizmów korekcyjnych spowoduje, że pomimo obiektywnej niemożliwości adekwatnej wyceny ryzyka zajęcia takich nadzwyczajnych okoliczności, wykonawcy będą starali się mechanizmami ekonomicznymi zniwelować potencjalne ryzyko ich wystąpienia, bądź wprost ujmując w cenie wysokość hipotetycznej szkody, bądź konieczność poniesienia kosztów z tytułu składki ubezpieczeniowej (pozwalającej zniwelować ewentualne ryzyko w przypadku wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków lub istotnej zmiany nabywczej pieniądza). W konsekwencji złożone oferty będą nieporównywalne, gdyż każdy podmiot próbujący zidentyfikować „nadzwyczajną zmianę stosunków niemożliwą wcześniej do przewidzenia” dokona tego w sposób odmienny.

W skrajnych wypadkach wykonawcy odstąpią od udziału w postępowaniu, w ramach którego koszt ryzyka przekracza rozsądny zysk.

W realiach niniejszej sprawy uprawniony jest zatem zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też w umowach w sprawie zamówień publicznych, tym samym rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353 1 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny Wykonawca musi się sprzeciwić.

Mając na uwadze wskazane przedstawioną powyżej argumentację zwracam się z zapytaniem, czy Zamawiający przewiduje zmianę projektowanych postanowień umownych, poprzez wprowadzenie zapisów gwarantujących faktyczną, a nie pozorną, iluzoryczną waloryzację, poprzez ustalenie poziomu zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej uprawniającego do waloryzacji na poziomie 5% oraz maksymalnej waloryzacji wynagrodzenia na poziomie 15% wartości umowy.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje wskaźniki procentowe, natomiast dokonuje aktualizacji objaśnienia parametru „B” w § 15 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy – Rozdział II SWZ

**II. ZMIANA TREŚCI SWZ**

Zamawiający działając na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Pzp, dokonuje zmiany treści Projektu umowy – Rozdział II SWZ, a mianowicie:

**W § 15 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy – Rozdział II SWZ przed zmianą:**

B – wartość ostatniego opublikowanego wskaźnika GUS przed podpisaniem protokołu odbioru częściowego, lub podpisania protokołu odbioru końcowego

**W § 15 ust. 1 pkt. 3) Projektu umowy – Rozdział II SWZ po zmianie:**


B – suma wartości opublikowanych wskaźników GUS w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia podpisania protokołu odbioru częściowego lub podpisania protokołu odbioru końcowego

**Zamawiający informuje, że pytania oraz odpowiedzi na nie, stają się integralną częścią Specyfikacji Warunków Zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.**

**Zamawiający informuje, że pozostała treść Specyfikacji Warunków Zamówienia pozostaje bez zmian.**

Termin składania i otwarcia ofert oraz termin związania ofertą pozostaje bez zmian.

Powyższa zamiana treści SWZ nie powoduje zmian ogłoszenia o zamówieniu.

  
WOJT GMINY  
mgr Sławomir Sidur