



**KOMENDA WOJEWÓDZKA
PAŃSTWOWEJ STRAŻY POŻARNEJ
W TORUNIU
WOJEWÓDZTWO KUJAWSKO-POMORSKIE**

Toruń, dnia 15.10.2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

**Zamawiający: Komenda Wojewódzka Państwowej Straży
Pożarnej w Toruniu**
ul. Prosta 32, 87-100 Toruń
NIP: 9561044672, Tel: (47)75 12 010
e-mail: przetargi@kujawy.straz.gov.pl

Odwołujący się: Balzola Polska Sp. z o.o.

Al. Jana Pawła II 12
00-124 Warszawa,
NIP: 1010002981, KRS: 0000319478
e-mail: balolaolska@balozla.pl,
tel: (22)85 08 317
reprezentowany przez:
radcę prawnego Magdalenę Zadorę-Redźko
adres do doręczeń j.w.

Sygnatura akt: KIO 3659/24
UZP/BO/WD/30240/39819/24
Termin rozprawy: 16.10.2024 r. godz. 13.00

Odpowiedź na odwołanie

Działając na podstawie art. 521 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „PZP”) w odpowiedzi na odwołanie Wykonawcy - Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 7 października 2024 r. wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego p.n.: „*Budowa i rozbudowa Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu wraz z instalacjami, urządzeniami, małą architekturą i podziemnym zbiornikiem retencyjnym na wody opadowe*” w imieniu Zamawiającego wnoszę o:

1) oddalenie odwołania w całości,

- 2) zasądzenie od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego z tytułu reprezentacji w postępowaniu przed KIO w wysokości 3600 zł, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą VAT dokumentującą ww. koszt.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 7 października 2024 r. Wykonawca - Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Odwołującą” wniosła odwołanie wobec treści niektórych postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia pn. *„Budowa i rozbudowa Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu wraz z instalacjami, urządzeniami, małą architekturą i podziemnym zbiornikiem retencyjnym na wody opadowe”* opublikowanych w dniu 30 września 2024 r. (Numer publikacji 585359-2024) stawiając Zamawiającemu następujące zarzuty podjęcia niezgodnych z przepisami PZP czynności:

- 1) zarzut naruszenia art. 134 pkt 6 w związku z art. 436 pkt 1 PZP poprzez oznaczenie datą dzienną tj. odpowiednio 5 grudnia 2025 r. oraz 30 listopada 2027 r. końcowego terminu wykonania zamówienia w części gwarantowanej oraz obje tej prawem opcji,
- 2) zarzut naruszenia art. 433 pkt 3 PZP w związku z art. 353¹ i 647 kc poprzez określenie w projekcie umowy, że przedmiot umowy uznaje się za wykonany z chwilą podpisania protokołu odbioru końcowego robót,
- 3) zarzut naruszenia art. 439 ust. 1, 2 i 4 PZP, art. 8 w związku z art. 353¹ kc i art. 358¹ kc poprzez zastosowanie w projekcie umowy klauzuli waloryzacyjnej nie zawierającej wszystkich wymaganych elementów zgodnie z art. 439 ust. 2 PZP oraz wprowadzenie do niej dodatkowych nie przewidzianych w ustawie wymagań,
- 4) naruszenie art. 447 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez zamieszczenie w projekcie umowy zapisu zgodnie z którym warunkiem zapłaty faktury częściowej za odebrane roboty budowlane będzie przedstawienie przez Wykonawcę Zamawiającemu dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót oraz, że do wystawienia przez Wykonawcę faktury końcowej konieczne będzie przedstawienie oryginału oświadczenia podwykonawcy o otrzymaniu od Wykonawcy wynagrodzenia za wskazany na fakturze podwykonawcy zakres prac,
- 5) naruszenie art. 8 w zw. z art. 5 kc, art. 353¹ kc, art. 647 kc (ewentualnie art. 99 ust. 1 i 2 PZP) poprzez zamieszczenie w projekcie umowy postanowienia zgodnie z którym Zamawiający zastrzega płatność do wysokości posiadanych środków w danym roku budżetowym.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołująca wniosła o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w zapisach SWZ i projektu umowy zgodnie z propozycjami Odwołującej wskazanymi w pkt II odwołania.

Zamawiający nie zgadza się z przedstawionymi powyżej zarzutami Odwołującej z następujących względów:

Ad. 1. Zarzut wadliwego określenia planowanego terminu zakończenia robót budowlanych

Odwołująca z brzmienia art. 436 pkt 1 PZP wywodzi, że projektowany przez Zamawiającego zapis dotyczących terminu wykonania zamówienia (§ 3 ust. 1 umowy) jest bezprawny w zakresie, w jakim przewiduje określony datą dzienną (5 grudnia 2025 r. oraz 30 listopada 2027 r.) maksymalny termin końcowy realizacji robót budowlanych, odpowiednio dla zakresu podstawowego oraz prawa opcji. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującej Zamawiający podając datę 5 grudnia 2025 r., jako termin graniczny wykonania robót budowlanych wchodzących w zakres podstawowy zadania ustalił termin wykonania przez Wykonawcę jego zobowiązań umownych w sposób trudny do realizacji z uwagi na kilkudniowy przebieg czynności odbiorczych oraz konieczność uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu. W ocenie Odwołującej Zamawiający miał też obowiązek wykazania w przedmiotowym postępowaniu obiektywnej przyczyny określenia terminu końcowego datą dzienną czego z naruszeniem przepisu art. 436 pkt. 1 PZP nie uczynił.

Przedstawione powyższej zarzuty Odwołującej nie zasługują na uwzględnienie z powołanych poniżej przyczyn.

Na wstępie wskazać należy, że przepis art. 436 pkt. 1 PZP nie wymaga zawarcia w treści SWZ uzasadnienia dla określenia terminu wykonania umowy datą dzienną. Wystarczające jest, że taka obiektywna, uzasadniona przyczyna w danym postępowaniu zachodzi i że sposób określenia terminu realizacji zamówienia nie uniemożliwia Wykonawcy ani identyfikacji przedmiotu zamówienia, ani należytego skalkulowania oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3148/21). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opublikował komplet informacji obrazujących skalę i rozmiar inwestycji, a ustalone przez niego terminy końcowe są na tyle odległe, aby Wykonawcy zdołali w sposób należyty wykonać wszystkie roboty budowlane, uwzględniając w swojej ofercie ryzyko ukończenia robót z zakresu podstawowego zamówienia w dacie 5 grudnia 2025 r. a robót z zakresu prawa opcji w dacie 30 listopada 2027 r. Kwestionowane postanowienia nie ograniczają też konkurencji, bowiem tak określone terminy wykonania zamówienia dotyczą wszystkich wykonawców, którzy składać będą oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Wynikający z art. 436 pkt 1 PZP wymóg określenia terminu wykonania robót w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach nie ma charakteru bezwzględny. Przepis ten dopuszcza wskazanie konkretnej daty wykonania umowy (w analizowanym przypadku terminu końcowego wykonania robót) w sytuacji, gdy Zamawiający posiada uzasadnione powody oczekiwać, że roboty zostaną ukończone do określonej daty. W przedmiotowym postępowaniu przyczyną określenia przez Zamawiającego terminów realizacji prac w sposób zakwestionowany przez Odwołującą było źródło finansowania inwestycji, którym jest Program Modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Ochrony Państwa w latach 2022-2025 ustanowiony ustawą z dnia 17 grudnia 2021 r. o ustanowieniu "Programu modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Ochrony Państwa w latach 2022-2025", o ustanowieniu "Programu modernizacji Służby Więziennej w latach 2022-2025" oraz o zmianie ustawy o Policji i niektórych innych ustaw (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 86). Realizację ww. programu przewidziano na lata 2022-2025 wobec czego Zamawiający winien środki finansowe przeznaczone na realizację przedmiotu zamówienia wydatkować do 31 grudnia 2025 r. Mając na uwadze przewidzianą w projekcie umowy procedurę odbiorczą i możliwość wielokrotnego przystępowania do odbioru prac, które pomimo zgłoszenia ich do odbioru okazały się nieukończone lub wykonane wadliwie Zamawiający ustalił dla gwarantowanej

części zamówienia termin realizacji nie dłuższy niż do 5 grudnia 2025 r. Tak określony termin końcowy pozwala Zamawiającemu w trzech ostatnich tygodniach grudnia 2025 r. przeprowadzić czynności odbiorowe oraz uzyskać i zweryfikować dokumenty wymagane do rozliczenia faktury końcowej za roboty wchodzące w zakres podstawowy zamówienia. Zamawiający wskazuje, iż w komentarzu do ustawy Prawo Zamówień Publicznych przywoływanym przez Odwołującą w uzasadnieniu zarzutów i żądań (patrz str. 6 przypis nr 1 odwołania), wskazano, że „Wyjątki od powyższej zasady (*określenia terminów w dniach, tygodniach, latach*) stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione, np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania.”

Zamawiający określił termin realizacji robót dla zakresu podstawowego na 12 miesięcy, mając na uwadze, że sprawnie przeprowadzona procedura przetargowa umożliwi mu podpisanie umowy z Wykonawcą przed 5 grudnia 2024 r., co z kolei spowodowałoby, że termin realizacji gwarantowanej części zamówienia wypadnie przed datą dzienną określoną w SWZ i projekcie umowy (tj. 5 grudnia 2024 r.). Wyznaczenie daty końcowej ukończenia robót stanowi „wentyl bezpieczeństwa” mający na celu uniknięcie sytuacji, w której Zamawiający zawierając umowę z Wykonawcą naraziłby się na naruszenie dyscypliny finansów publicznych z uwagi na zaciągnięcie zobowiązania bez upoważnienia określonego planem finansowym (art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 104). W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiającego obowiązują wymogi wynikające z ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, w tym obowiązek dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, a także umożliwiający terminową realizację zadań (art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych).

Jeśli chodzi o termin końcowy realizacji robót wchodzących w zakres prawa opcji tj. 30 listopada 2027 r. to jest on dalece odleglejszy niż termin 12 miesięcy. W § 4 ust 4 projektu umowy wskazano, że: „*O skorzystaniu z prawa opcji Zamawiający powiadomi Wykonawcę w terminie 10 miesięcy od dnia protokolarnego przekazania Wykonawcy terenu budowy*”, co oznacza, że bieg 12 miesięcznego terminu realizacji robót objętych prawem opcji, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 projektu umowy rozpocznie się przed dniem 30 listopada 2026 r. Wskazać należy również, że Zamawiający planuje sfinansować roboty budowlane z zakresu prawa opcji z środków finansowych budżetu Unii Europejskiej. Przygotowywany projekt w ramach Działania (ogłoszenie konkursu nastąpi w listopadzie 2024 r.) zakłada kwalifikowalność wydatków do końca 2027 r. stąd wskazana w umowie data ukończenia robót określona na 30 listopada 2027 r.

Zamawiający jest przekonany, że oznaczenie terminu realizacji robót datą kalendarzową nie uniemożliwia wykonawcom realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami SWZ, biorąc pod uwagę całokształt regulacji zawartych we wzorze umowy, które przeczą sugestiom Odwołującej o zachwianiu równowagi stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego. Zważyć należy, że Zamawiający nie określił sztywnymi datami końca poszczególnych etapów robót pozostawiając opracowanie harmonogramu rzeczowo-finansowego Wykonawcy. Zamawiający wskazał jedynie na tyle odległe terminy końcowe, że ich dotrzymanie, z uwagi na całokształt regulacji zawartych we wzorze umowy nie jest w żadne sposób zagrożone.

Nadmienić należy, że Odwołująca nie zarzuca Zamawiającemu, że wskazane w umowie terminy są niemożliwe do dotrzymania, jak również nie wносиła ona o ich wydłużenie. Odwołująca nie wskazała również żadnego przekonywującego argumentu za usunięciem z treści umowy podanych przez Zamawiającego terminów granicznych poprzestając jedynie na ogólnikowym

stwierdzeniu, że „regulacja (art. 436 kt 1 PZP) ma na celu zapewnienie by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia...” Zamawiający wyjaśnia, że składając pytania dotyczące treści SWZ żaden z Wykonawców nie kwestionował możliwości ukończenia robót we wskazanym przez Zamawiającego terminie. Nikt też nie zgłaszał trudności z dotrzymaniem terminów końcowych wyznaczonych odpowiednio na 5 grudnia 2025 r. oraz 30 listopada 2027 r.

Odwołująca nie wykazała obiektywnej niemożności zrealizowania przedmiotu umowy terminach do dnia 5 grudnia 2025 r. oraz 30 listopada 2027 r. a okoliczność, że będzie ona miała trudności z ukończeniem robót w tym czasie nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia dla zmiany tych terminów, jeśli istnieje realna możliwość ukończenia prac we wskazanym przez Zamawiającego czasie.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującej, jakoby zastrzeżony w umowie wymóg uzyskania przez Wykonawcę ostatecznego pozwolenia na użytkowanie skracał wyznaczony Wykonawcom 12-miesięczny termin na realizację gwarantowanej części zamówienia o miesiąc do dwóch z uwagi na wskazane w art. 35 kpa terminy wydania decyzji administracyjnej Zamawiający zauważa, że ukończenie robót budowlanych wchodzących w zakres podstawowy zamówienia nie pozwala na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Dopiero wykonanie zakresu podstawowego zamówienia wraz z robotami wchodzącymi w zakres prawa opcji oznaczać będzie zakończenie budowy pozwalające na uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Tym samym w odniesieniu do terminu wskazanego w § 3 ust. 1 pkt 1 projektu umowy nie może być mowy o jego skróceniu o czas oczekiwania na wydanie pozwolenia na użytkowanie albowiem na uzyskanie ostatecznego pozwolenia na użytkowanie Wykonawca będzie miał czas do upływu 12 miesięcy od dnia zakończenia robót wchodzących w zakres podstawowy zamówienia.

Ad. 2. Zarzut wadliwego określenia w umowie momentu zakończenia realizacji przedmiotu umowy (robót budowlanych)

W § 3 ust. 3 projektu umowy Zamawiający umieścił zapis zgodnie z którym „*przedmiot umowy uznaje się za wykonany z dniem podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego robót, potwierdzającego ukończenie wszystkich robót wchodzących w zakres realizacji zamówienia.*” W ocenie Odwołującej przedmiotowy zapis narusza normę art. 433 pkt 3 PZP w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc. z czym nie sposób się zgodzić albowiem powołane przez Odwołującą przepisy nie regulują kwestii momentu zakończenia roboty budowlanej. W myśl art. 647 kc „*przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*” Przepis ten określa wzajemne obowiązki stron nakładając na Wykonawcę obowiązek oddania przewidzianego w umowie obiektu, natomiast na Zamawiającego obowiązek jego odebrania.

Zamawiający podnosi, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani ustawa Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. nie definiują pojęcia „zakończenie roboty budowlanej”. Pewną

wytyczną w tym zakresie mogą być zapisy Prawa budowlanego zgodnie z którymi do użytkowania obiektu można przystąpić jeśli nastąpiło zgłoszenie zakończenia robót budowlanych, a właściwy organ wydał pozwolenie na użytkowanie albo nie wniósł sprzeciwu w drodze decyzji. Przepisy ustawy Prawo budowlane nie pozwalają jednak jednoznacznie stwierdzić kiedy następuje wykonanie robót budowlanych, czyli świadczenia Wykonawcy. Niewątpliwie zakończenie robót musi poprzedzać wydanie pozwolenia na użytkowanie, ale ustawodawca nie określa w którym konkretnie momencie to następuje. Z przepisu art. 647 kc wynika, że odpowiednikiem obowiązku Wykonawcy wydania Zamawiającemu przewidzianego w umowie obiektu jest obowiązek Zamawiającego odebrania tego obiektu i zapłaty wynagrodzenia. Odbiór roboty budowlanej jest zatem świadczeniem wzajemnym Zamawiającego, do którego jest on zobowiązany narażając się na konsekwencje wynikające z tzw. „zwłoki wierzyciela” w przypadku uchylenia się od czynności odbiorczych. (art. 486 kc). W projekcie umowy stanowiącej załącznik do SWZ Zamawiający przewidział możliwość przerwania czynności odbiorczych tylko w ściśle określonych przypadkach tj. wtedy, gdy w toku czynności odbioru zostanie stwierdzone, że roboty budowlane będące przedmiotem odbioru nie są gotowe do odbioru z powodu ich niezakończenia, z powodu wystąpienia istotnych wad uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy, lub z powodu nieprzeprowadzenia wymaganych prób i sprawdzeń, ale nawet wówczas Zamawiający musi ponownie przystąpić do odbioru po powiadomieniu go przez wykonawcę o usunięciu wad/nieprawidłowości (§ 13 ust. 7 umowy). W przekonaniu Zamawiającego zmiana kwestionowanego zapisu w zaproponowany przez Odwołującą sposób rażąco naruszałaby interes Zamawiającego albowiem oznaczałaby aktualizowanie się po stronie Zamawiającego obowiązku zapłaty wynagrodzenia również w sytuacji, gdy zgłoszono mu do odbioru roboty faktycznie nieukończone lub roboty dotknięte istotnymi wadami uniemożliwiającymi korzystanie z przedmiotu umowy. Rację ma Odwołująca, że pomiędzy momentem zgłoszenia gotowości robót do odbioru a dniem podpisania przez strony (w tym Zamawiającego) protokołu odbioru końcowego może upłynąć pewien czas jednakże nie oznacza to, że zakwestionowany zapis narusza prawo. Zauważyć należy, że o tym kiedy w rzeczywistości doszło do ukończenia robót budowlanych decydować będą zawsze okoliczności faktyczne sprawy i może to być moment różny nie tylko od tego, w którym doszło do podpisania protokołu odbioru końcowego ale również inny niż data zgłoszenia robót do odbioru przez Wykonawcę. Tym samym to treść umowy o roboty budowlane winna określać moment, w którym świadczenie Wykonawcy uznaje się za spełnione.

Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych, został osiągnięty. Zamawiający dążąc do osiągnięcia tego celu może przedstawić Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu swoje warunki realizacji zamówienia o ile nie są one sprzeczne z zapisami PZP oraz nie stanowią nadużycia zasady swobody umów. W realiach niniejszej sprawy nie można postawić Zamawiającemu zarzutu nadużycia prawa podmiotowego czy też naruszenia zasady swobody umów albowiem przewidziane w umowie postanowienia dotyczące czynności odbiorczych rozkładają obowiązki i ryzyka na obie strony kontraktu. Wskazać należy, że zapisy § 13 projektu umowy przewidują dla Zamawiającego szereg obowiązków w zakresie współdziałania z Wykonawcą w zakresie czynności odbiorczych, w szczególności obowiązek wyznaczenia terminu odbioru, powołania komisji odbiorowej i rozpoczęcia odbioru w ściśle określonym terminie (§ 13 ust. 3 i 5). Zamawiający ma obowiązek wykonywać ww. czynności za każdym razem, gdy nastąpią jakiegokolwiek przeszkody w odbiorze częściowym lub końcowym z

przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (§ 13 ust. 6). W przypadku zgłoszenia do odbioru robót niezakończonych lub wadliwie wykonanych Zamawiający również bez ograniczeń ilościowych zobowiązany jest do podejmowania kolejnych czynności odbiorowych aż do moment skutecznego usunięcia przez Wykonawcę wad/zakończenia robót. Nie jest więc tak, jak wywodzi Odwołująca, że czynność odbioru przedmiotu umowy jest zależna tylko od Zamawiającego i ma on w tym zakresie pełną dowolność.

Odwołująca zarzuca Zamawiającemu naruszenie kwestionowanym zapisem art. 433 pkt 3 PZP wprowadzającego zakaz projektowania postanowień umowy w sposób przewidujący odpowiedzialność Wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Bez wątpienia zarzut ten jest chybiony albowiem czynności odbiorowe, które wieńczy podpisanie protokołu odbioru końcowego są czynnościami dwustronnymi, wymagającymi współdziałania stron. Zamawiający w ramach czynności odbiorczych obarczony został licznymi obowiązkami, których niewykonanie naraża go na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu zwłoki wierzyciela.

Kontynuując wątek rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 353¹ kc, stwierdzić należy, że do stwierdzenia takiego naruszenia konieczne jest wykazanie przez Odwołującą, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub właściwością stosunku lub zasadami współżycia społecznego. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do stwierdzenia, że sporne postanowienie przyszłej umowy jest sprzeczne z przepisami. Odwołująca nie wykazała również, na czym polega rzekoma sprzeczność tych postanowień z właściwością stosunku, rozumianą jako istota przyszłego zobowiązania stron i jego swoiste cechy, a w ocenie Zamawiającego określone przez niego umowne zasady odbioru robót w żadnej mierze natury tego stosunku zobowiązaniowego nie zmieniają. Nie wiadomo także, jakie zasady współżycia społecznego miałyby zostać naruszone, gdyż Odwołująca nie wskazała żadnej z tych zasad, która doznawałaby uszczerbku.

Zamawiający podnosi, iż z orzecznictwa KIO wynika, że nie jest uzasadnione powoływanie się na art. 353¹ kc tylko w celu doprowadzenia do nadania SWZ brzmienia korzystniejszego dla Wykonawcy, gdy projektowane postanowienia umowy z różnych względów go nie satysfakcjonują, choć nie są sprzeczne ani z naturą stosunku lub z zasadami współżycia społecznego.

W świetle powyższego stwierdzić należy, że analizowany zarzut Odwołującej oparty jest na wybiórczej wykładni postanowień wzoru umowy pomijając regulacje umowne odnoszące się do licznych zobowiązań Zamawiającego oraz specyfiki robót polegających na prowadzeniu budowy budynku Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków tj. historycznym zabytkowym murze obronnym Nowego Miasta. Charakter inwestycji wymusza na Zamawiającym szczególną dbałość o zapewnienie prawidłowości realizacji inwestycji oraz jej bezpieczeństwa tak dla użytkowników, jak i dla bezcennego obiektu dziedzictwa kulturowego, jakim jest obwarowanie Nowego Miasta Torunia. Potrzeba ochrony ww. dobra uzasadnia zamieszczenie w projekcie umowy zapisu uznającego przedmiot umowy za wykonany z chwilą podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego, gdyż uznanie roboty budowlanej za wykonaną już z chwilą zgłoszenia jej do odbioru przez Wykonawcę nie gwarantuje należytego stanu zrealizowanej inwestycji.

Zamawiający wskazuje również, że w jego ocenie dopuszczalne jest wprowadzenie do projektu umowy pewnych klauzul alokacji ryzyka, kształtujących zasady odpowiedzialności

kontraktowej stron poprzez ustalenie momentu przejścia odpowiedzialności za obiekt z jednej ze stron na drugą. Kwestionowany zapis jest taką właśnie klauzulą, której zadaniem jest zniwelowanie ryzyka wadliwego wykonania inwestycji oraz wydatkowania środków publicznych w sposób nienależyty, na wynagrodzenie za prace niewykonane lub wykonane wadliwie. Zapis, którego zmiany domaga się Odwołująca nie narusza przepisów ustawy PZP ani natury zobowiązania, jakim jest umowa o roboty budowlane, a jego treść staje się już elementem stałych uregulowań we współczesnych kontraktach.

Ad. 3 Zarzut wadliwego sformułowania przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 439 ust. 1, 2 i 4 PZP oraz art. 8 kc w związku z art. 353¹ kc poprzez wadliwe sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej w § 6 ust. 3 projektu umowy Zamawiający podnosi, co następuje.

Nie polega na prawdzie zarzut zamieszczenia w umowie klauzuli waloryzacyjnej nie zawierającej wszystkich elementów wymaganych zgodnie z art. 439 ust. 2 PZP. Powołany przepis stanowi, że 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 określił poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia poprzez zapis „*minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związany z realizacją przedmiotu umowy, uprawniający Wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 10 % w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym rozpoczęto realizację prac*”.

Zamawiający określił sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów poprzez zapis „*poziom zmiany wynagrodzenia ustalony zostanie z użyciem wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ustalanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w formie Komunikatu i ogłaszany Dzienniku Urzędowym Głównego Urzędu Statystycznego*”.

Zamawiający wskazał sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia Wykonawcy poprzez zapisy:

- „*pierwsza waloryzacja może nastąpić po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia niniejszej Umowy, a kolejne nie częściej niż raz na 3 miesiące*”.

- „zmiana wynagrodzenia może polegać zarówno na jego wzroście, jak i obniżeniu wynagrodzenia i nie może następować częściej niż raz na 3 miesiące”.

- „zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy dokonana na warunkach wskazanych w ust. 3 następuje na pisemny wniosek strony wnioskującej o zmianę określający wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy. Do wniosku należy dołączyć dokumenty potwierdzające jego zasadność”.

Zamawiający wskazał również maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia poprzez zapisy:

- „maksymalna wartość zwiększenia wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, to łącznie 10 % w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 niniejszej umowy”,

- „maksymalna wartość obniżenia wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, to łącznie 5 % w stosunku do łącznej wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 niniejszej umowy”.

W przekonaniu Zamawiającego zawarte w umowie postanowienia waloryzacyjne są dostatecznie jasne i wbrew temu, co wywodzi Odwołująca pozwalają Wykonawcy na żądanie zmiany wynagrodzenia jeśli w trakcie realizacji robót – po upływie 3 miesięcy od ich rozpoczęcia - nastąpi zmiana wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej o 10 % w stosunku do cen materiałów i kosztów z miesiąca, w którym Wykonawca przystąpił do realizacji robót. Projektowane postanowienia wskazują Wykonawcy, w jakich sytuacjach waloryzacja może nastąpić oraz od jakiego poziomu wskaźnika zmiany cen i kosztów robót waloryzacja będzie możliwa. Tym samym biorąc pod uwagę aktualną sytuację na rynku oraz tendencje rynkowe Wykonawcy w oparciu o projektowane zapisy będą w stanie w taki sposób skalkulować cenę oferty, aby zminimalizować ryzyko gospodarcze związane z realizacją zamówienia.

Nie sposób zgodzić się także z zarzutem, jakoby ustalony w umowie próg zmiany kosztów wynoszący 10 % był zawyżony i niemożliwy do osiągnięcia. Zamawiający wskazuje, że dla potwierdzenia słuszności swojego twierdzenia Odwołująca powołuje dane historyczne z 12 miesięcy od sierpnia 2023 do sierpnia 2024 r. kiedy to ceny produkcji budowlano-montażowej wzrosły o 5,3 %. Odwołująca pomija natomiast występujące wcześniej wartości z których wynika, że w latach 2021 – 2024 w skali roku zdarzały się wzrosty cen przekraczające 10 %. Zamawiający zauważa, że pewne tendencje rynkowe można przewidzieć i uwzględnić je w kalkulacji ceny oferty, jak przykładowo wzrost konsumpcji i skutki programów socjalnych zwiększających inflację. Pewne zdarzenia takie jak epidemia Covid-19 czy wybuch wojny na Ukrainie są jednak trudne do przewidzenia i dlatego Zamawiający wprowadził do projektu umowy zapisy przewidujące uruchomienie procedury waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w trudnej do przewidzenia dla przedsiębiorcy działającego z należytą starannością sytuacji zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia o 10 % lub więcej %.

Zamawiający podnosi, że choć Odwołująca uznaje poziom 10 % zmiany cen i kosztów za zawyżony sama nie wskazuje, jaki poziom były odpowiedni. Jest więc to polemika dla samej polemiki. Wskazać należy, że w przypadku odwołań dotyczących treści SWZ trafność zarzutu determinowana jest charakterem lub zakresem żądania Odwołującego. Aby zatem przedmiotowy zarzut odwołania mógł zostać uznany za zasadny Odwołująca oprócz wadliwości zakwestionowanych postanowień projektu umowy powinna wykazać prawidłowość i zasadność własnej propozycji zmiany umowy. W przekonaniu Zamawiającego postulat Odwołującej obniżenia poziomu 10 % do bliżej nieokreślonego poziomu nie spełnia tego wymogu.

Zamawiający podnosi, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 marca 2024 r. sygn. akt KIO 498/24 *„ryzyko związane ze zmianą cen materiałów lub kosztów nie może zostać rozłożone między obie strony umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko takie powinno więc zostać uwzględnione przez wykonawcę w cenie ofertowej. Wykonawca jako profesjonalista na podstawie własnego rozeznania, wiedzy, analizy trendów co do kierunków zmiany cen czy też ich stabilizacji winien oszacować koszty realizacji zamówienia i złożyć ofertę odzwierciedlającą uwarunkowania rynkowe.”*

Zamawiający nadmienia również, że ryzyko wzrostu cen i kosztów wykonania robót budowlanych na przestrzeni uzgodnionego okresu realizacji wynoszącego (dla zakresu podstawowego) 12 miesięcy redukuje przewidziana przez Zamawiającego możliwość udzielania zaliczek do kwoty 600 000 zł.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwołującej, że przewidziane w projekcie umowy postanowienia dotyczące waloryzacji nie mogą zawierać treści nie przewidzianych wprost w art. 439 PZP. Odwołująca się wywodzi, że skoro przepis art. 439 PZP nie przewiduje konieczności wykazania przez Wykonawcę wpływu zmieniających się cen na koszty realizacji inwestycji będące podstawą wyliczenia ceny oferty Wykonawcy Zamawiający nie może takiego warunku zastrzec w treści projektowanych postanowieniach dotyczących waloryzacji. Stanowisko to jest jednak błędne, gdyż żaden z przepisów ustawy PZP nie zakazuje wprowadzenia do umowy postanowienia obligującego stronę, która domaga się zmiany wynagrodzenia do wykazania przesłanek „związku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia” oraz „wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia”. Zamawiający wskazuje, że w wyroku KIO z dnia 6 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 151/24 wskazano, że *„Zmiana wynagrodzenia nie powinna być dokonywana automatycznie, powinna ona odzwierciedlać realny wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania przedmiotu zamówienia.”*

Zamawiający wskazuje również na wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2022 r. sygn. akt KIO 1808/22, w którym czytamy *„Zamawiający jest zatem uprawniony do żądania wykazania przez wykonawcę, czy i w jakim zakresie zmiany cen, stawek, kosztów mają wpływ na realizowaną umowę. Ustalone zasady wprowadzania zmian wiązać będą również zamawiającego, jeżeli ten chciałby obniżenia wynagrodzenia. Zapewne w takiej sytuacji wykonawca również będzie zainteresowany tym, aby zamawiający wykazał, czy uzasadnione jest obniżenie należnego mu wynagrodzenia umownego.”*

W kontekście powyższego orzeczenia Zamawiający podnosi, że w projekcie umowy Zamawiający przewidział możliwość waloryzacji wynagrodzenia zarówno przez jego podwyższenie, jak również poprzez jego obniżenie. W sytuacji spadku kosztów związanych z realizacją inwestycji (zmiana co najmniej 10 % w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym rozpoczęto realizację

prac) Zamawiający może wnieść o obniżkę wynagrodzenia (maksymalnie o 5 % podczas, gdy podwyżkę dla Wykonawcy dopuszcza się w granicach 10 %) jeśli spełni warunki przewidziane w § 6 ust. 3 pkt 11 projektu umowy, zgodnie z którym „zmiana umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia Wykonawcy dokonana na warunkach wskazanych w ust. 3 następuje na pisemny wniosek strony wnioskującej o zmianę określający wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia. Wniosek powinien zawierać wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i wskazanie podstaw prawnych oraz dokładne wyliczenie kwoty wynagrodzenia Wykonawcy po zmianie umowy. Do wniosku należy dołączyć dokumenty potwierdzające jego zasadność m.in. dokumenty potwierdzające rzeczywiste poniesienie poszczególnych kosztów w ramach realizacji zamówienia.” Tym samym Zamawiający przewidział równoważne dla obu stron umowy obowiązki w zakresie wykazania rzeczywistego wpływu zmiany cen materiałów i innych kosztów związanych z realizacją inwestycji na koszt jej wykonania. Nie tylko Wykonawca winien wykazać wpływ wzrostu cen na koszt realizacji robót ale również Zamawiający winien wykazać Wykonawcy wpływ na koszt realizacji inwestycji spadku cen i kosztów związanych z wykonaniem zamówienia. Kwestionowane przez Odwołującą postanowienia nie pozostają zatem w sprzeczności ani z przepisami PZP ani z istotną waloryzacją, jako procesu zmierzającego do dostosowania wartości świadczenia do zmieniających się warunków rynkowych.

Zamawiający nadmienia, że przepisy PZP w przypadku waloryzacji nie wymagają zastosowania automatycznych klauzul indeksacyjnych, dopuszczając również możliwość stosowania metod wymagających szacowania i podjęcia przez strony (na skutek wniosku jednej z nich) pewnego rodzaju negocjacji, co do zakresu modyfikacji wysokości wynagrodzenia znajdującej następnie odzwierciedlenie w aneksie do umowy. Metoda negocjacyjna jest może bardziej czasochłonna i skomplikowana, gdyż wymaga od stron szacowania, analizy dokumentów, badania czynników kosztotwórczych oraz wpływu zmiany ich wysokości na koszt realizacji inwestycji jednakże jest też bardziej wiarygodna i lepiej służy celowi waloryzacji. Przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji ograniczają ryzyko nieuzasadnionego zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy, a Zamawiającemu gwarantują pewną stabilność zobowiązania, jakie musi przewidzieć w budżecie. Przyjęcie mechanizmu automatycznego podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie samego wniosku Wykonawcy, bez badania wpływu zmiany cen materiałów i kosztów na koszt wykonania robót budowlanych mogłoby prowadzić do bezpodstawnego podwyższania wynagrodzenia Wykonawcy. Mając na uwadze powyższe Zamawiający zamieścił w projekcie umowy zapis dotyczący konieczności „bezsprzeczności wykazania Zamawiającemu, że wzrost wskaźnika, o którym mowa w pkt 4, ma wpływ na zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, będących podstawą opracowania przez Wykonawcę złożonej przez niego oferty”.

Ad. 4 Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 447 ust. 1 pkt 1 PZP

Odnosząc się do czwartego z kolei zarzutu odwołania Zamawiający wskazuje, że sprowadza się on do tego, że w treści projektu umowy Zamawiający użył niewłaściwego w ocenie Odwołującej sformułowania uzależniającego „zapłatę faktury częściowej” od przedstawienia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót. W przekonaniu Odwołującej zaniechanie wskazania, że wymóg ten dotyczy tylko drugiej i kolejnych faktur częściowych narusza

przepis art. 447 ust. 1 pkt 1 PZP, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych.

W ocenie Zamawiającego kwestionowany zapis nie narusza powołanej wyżej normy art. 447 ust. 1 pkt 1 PZP albowiem „de facto” realizuje intencję ustawodawcy, jaką jest zapewnienie jednoczesnej ochrony Zamawiającemu przed podwójnymi płatnościami na rzecz Wykonawcy i podwykonawców oraz ochrony samych podwykonawców przed nieuzyskaniem przez nich wymagalnego wynagrodzenia od Wykonawcy.

Kwestionowane postanowienie umowne winno podlegać analizie w kontekście normy art. 647¹ § 1 kc zgodnie z którą inwestor odpowiada solidarnie z Wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu trzydziestu dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę. Obowiązek bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy wynika również z art. 465 § 1 PZP zgodnie z którym, w przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez Zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną Zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

Zamawiający zwraca również uwagę na przepis art. 437 ust. 1 pkt 4 PZP zgodnie z którym obligatoryjnym elementem umowy o roboty budowlane winny być postanowienia dotyczące zasad zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Z przepisu art. 437 ust. 1 pkt 4 PZP nie wynika, aby warunek przedstawienia przez Wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom dotyczył tylko drugiej i kolejnych części wynagrodzenia. Sam fakt wymagalności wynagrodzenia podwykonawcy uzasadnia obligatoryjne zastrzeżenie w umowie obowiązku przedstawienia przez Wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia jego podwykonawcom.

Również w kwestionowanym postanowieniu umownym Zamawiający zastrzegł, że przedstawienie przez Wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia za udział podwykonawcy w realizacji robót odebranych przez Zamawiającego odnosi się tylko do roszczeń wymagalnych. Jeśli zatem w momencie przedstawienia Zamawiającemu do zapłaty przez Wykonawcę pierwszej faktury częściowej roszczenia podwykonawców nie będą wymagalne nie zaktualizuje się obowiązek wykazania przez Wykonawcę, że roszczenia podwykonawcy uczestniczącego w pracach pierwszego etapu zostały zaspokojone. Oczywiście jest zatem, że w

takim przypadku Zamawiający nie będzie miał prawa wstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia należnego Wykonawcy za pierwszą część prac.

Z treści projektowanej umowy o roboty budowlane wynika, że faktury częściowe będą wystawane nie częściej niż raz w miesiącu (§ 7 ust. 1 umowy) po odbiorze robot wchodzących w zakres danego etapu, określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym (§ 7 ust. 2). Jednocześnie umowa przewiduje, że harmonogram rzeczowo-finansowy sporządza Wykonawca (§ 8 ust. 2 pkt 2). W myśl § 8 ust. 3 projektu umowy harmonogram winien zawierać podział robót na etapy z wyszczególnieniem tych robót, które będą stanowiły przedmiot odbiorów częściowych oraz wartość robót w ramach etapu powierzana podwykonawcom. Zgodnie z powołanymi wyżej zapisami to Wykonawca określa ilość etapów robót podlegających odbiorom częściowym oraz ich termin. Odbiory częściowe mogą zatem następować co miesiąc (wówczas pierwsza faktura częściowa zostanie wystawiona już po miesiącu) lub co kilka miesięcy. W przypadku, gdy pierwszy odbiór częściowy następować będzie dopiero po kilku miesiącach od rozpoczęcia prac i dotyczył będzie robót zrealizowanych przez podwykonawcę, któremu zgodnie z zaakceptowaną przez Zamawiającego umową o podwykonawstwo za wykonane prace należało będzie się wynagrodzenie wymagalne na moment wystawienia pierwszej faktury częściowej przez Wykonawcę to w przekonaniu Zamawiającego zastrzeżony umownie obowiązek przedstawienia Zamawiającemu przez Wykonawcę dowodu zapłaty takiego wynagrodzenia nie narusza normy art. 447 ust. 1 pkt 1 PZP w związku z art. 437 ust. 1 pkt 4 PZP w związku z art. 465 § 1 PZP oraz art. 647¹ § 1 kc.

W ocenie Zamawiającego bezwzględnie obowiązujący charakter przepisu art. 447 ust. 1 pkt 1 PZP wymusza na Zamawiającym umowne zastrzeżenie warunku płatności drugiej i kolejnych faktur częściowych za roboty wykonywane przez podwykonawców od przedstawienia dowodów zapłaty na ich rzecz wymagalnego wynagrodzenia, jednakże nie zabrania Zamawiającemu wymagania od Wykonawcy dowodu zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy, który prawidłowo zrealizował roboty odebrane przez Zamawiającego w ramach pierwszego etapu prac. Zamawiający nie przekroczył w tym zakresie granicy dopuszczalnej swobody umów przewidzianej w art. 353¹ kc, szczególnie, że jako inwestor jest solidarnie z Wykonawcą odpowiedzialny za zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy, który prawidłowo wykonał odebrane przez Zamawiającego prace.

Odnosząc się do zarzutu wprowadzenia do projektu umowy nieuzasadnionego wymogu przedstawienia Zamawiającemu oryginału oświadczenia podwykonawcy o otrzymaniu od Wykonawcy wynagrodzenia za wskazany na fakturze podwykonawcy zakres prac (§ 7 ust. 4 lit. e) Zamawiający wskazuje, że przepisy art. 447 ust. 21 i PZP, które stanowią o obowiązku przedstawienia Zamawiającego „dowodów zapłaty” nie zabraniają Zamawiającemu żądania przedstawienia mu określonych, precyzyjnie wskazanych dokumentów. Dla Zamawiającego istotne jest, czy podwykonawcy realizujący przedmiot zamówienia otrzymali wymagalne wynagrodzenie z tytułu wykonanych robót. Zamawiający może więc w ramach swobody kontraktowej zażądać takich dokumentów, które uważa za wiarygodne. Korzystniejszym rozwiązaniem dla Wykonawcy jest precyzyjne określenie przez Zamawiającego w treści umowy, jakie dokumenty winny zostać dostarczone Zamawiającemu wraz z fakturą, niż gdyby dopiero po przedstawieniu faktury Zamawiającemu zaczął on wskazywać, że danego dokumentu nie uznaje za wystarczający dowód.

Zamawiający podnosi, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r. sygn. akt KIO 500/22 „ustawa nie określa, jakiego rodzaju dowody powinny wykazywać zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom. Stąd **Zamawiający uprawniony jest do określenia, które dowody uznaje za wystarczające. Z całą pewnością nie można uznać, aby postanowienie, zgodnie z którym Zamawiający wymagał będzie oświadczenia podwykonawcy o dokonanej zapłacie, stanowiło naruszenie powyższego przepisu prawa.**” W wyroku z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 130/14 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że ustawa PZP „nie specyfikuje dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. W ocenie Izby, kwestia ta może zostać uregulowana w umowie. Jest to tym bardziej pożądane biorąc pod uwagę spory rodzące się na kanwie przedmiotowego zagadnienia. Stąd też domaganie się przez Zamawiającego oświadczenia podwykonawcy, stanowiącego w istocie pokwitowanie w rozumieniu przepisu art. 461 § 1 KC jest jak najbardziej uprawnione.”

Ad. 5 Zarzut dotyczący zastrzeżenia płatności do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowym

Odwołująca wywodzi, że zamieszczenie w projekcie umowy (§ 7 ust. 10) zapisu, że „Zamawiający zastrzega sobie płatność do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowym” stanowi naruszenie art. 8 w związku z art. 5 kc, art. 353¹ kc oraz art. 647 kc. W uzasadnieniu ww. zarzutu Odwołująca odwołuje się do orzecznictwa sądowego dotyczącego wykładni art. 647 kc i wymagalności roszczenia Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wskazując, że co do zasady obowiązek zapłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia za roboty budowlane aktualizuje się z chwilą odebrania robót. Odwołująca twierdzi, że projektowane postanowienie § 7 ust. 10 umowy jest niezgodne z podstawowym obowiązkiem Zamawiającego, jako inwestora czyli obowiązkiem zapłaty umówionego wynagrodzenia. Odwołująca się wywodzi, że sporny zapis stanowi niedopuszczalny warunek w rozumieniu art. 89 kc, który uniemożliwia Wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów kredytowania inwestycji albowiem nie wiedzą oni jakimi środkami w kolejnych latach realizacji zamówienia będzie dysponował Zamawiający. W ocenie Odwołującej zamieszczenie w projekcie umowy zakwestionowanego postanowienia skutkuje niejasnym i niewyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie zgadza się z powyższymi zarzutami i wyjaśnia intencję zamieszczenia w umowie kwestionowanego postanowienia.

Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu jest państwową jednostką budżetową w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, co implikuje obowiązek przestrzegania przez Zamawiającego dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z § 15 ust. 3 rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych z dnia 7 grudnia 2010 r. kierownicy państwowych jednostek budżetowych dokonują wydatków do wysokości kwot ujętych w planie finansowym jednostki, przeznaczonych na dany cel lub zadanie. Z § 23 ww. rozporządzenia wynika z kolei, że państwowa jednostka budżetowa może zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości kwot wydatków ujętych w zatwierdzonym planie finansowym, pomniejszonych o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia oraz obligatoryjne wpłaty płatnika.

Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych nie może zatem ani zaciągać zobowiązań nieprzewidzianych w planie finansowym na dany rok budżetowy ani wydatkować środków w tym planie (budżecie) nie przewidzianych. Naruszenie powyższych zasad grozi odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Mając na uwadze ograniczenia, jakie spoczywają na Zamawiającym z racji dyscypliny finansów publicznych Zamawiający informacyjnie zamieścił w projekcie umowy postanowienie zgodnie z którym zastrzega sobie płatność do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowym. Zastrzeżenie to wprowadzono projektu umowy z następujących powodów:

- 1) z uwagi na przewidziane w SWZ oraz umowie zaliczkowanie inwestycji do kwoty 600 000 zł oraz
- 2) z uwagi na szacowany na przełom roku 2024 i 2025 r. termin płatności pierwszej części wynagrodzenia Wykonawcy.

Zamawiający wskazuje, że w SWZ dopuszczono możliwość wypłacenia Wykonawcom zaliczek na poczet wynagrodzenia do wysokości 600 000 zł. Kwestionowany zapis miał na celu uświadomienie Wykonawcom, że jeżeli w momencie wystąpienia Wykonawcy z wnioskiem o wypłatę zaliczki w budżecie Zamawiającego nie będzie wystarczających środków wypłata nie nastąpi w tym roku budżetowym tylko zostanie przesunięta na kolejny rok budżetowy. Wskazać należy również, że Zamawiający założył, że pierwszą fakturę częściową może otrzymać od Wykonawcy już w grudniu 2024 r. Jeśli w budżecie znajdowałyby się na koniec roku 2024 r. środki pozwalające na opłacenie tej faktury Zamawiający dokonałby jej płatności jeszcze przed nadejściem wskazanego w fakturze terminu, jeśli natomiast na moment wpływu takiej faktury nie posiadałby już środków, jej zapłata zostałaby przesunięta na kolejny rok budżetowy.

Literalna i celowościowa wykładnia sformułowania „*Zamawiający zastrzega sobie płatność do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowym*” wskazuje, że kwestionowany zapis w żaden sposób nie zwalania Zamawiającego z obowiązku zapłaty umówionego wynagrodzenia a jedynie informuje Wykonawców o tym, że Zamawiający wydatkuje środki publiczne w rocznych okresach rozliczeniowych (budżetowych). Zamawiający podnosi, iż projekt umowy w sposób wyraźny określa obowiązki Zamawiającego w zakresie zapłaty wynagrodzenia o czym świadczą następujące postanowienia odnoszące się do tej kwestii:

- „*Za wykonanie przedmiotu Umowy Wykonawca otrzyma od Zamawiającego wynagrodzenie całkowite zgodnie ze złożoną ofertą w wysokości.*” - § 5 ust. 1 umowy,
- „*Zapłata wynagrodzenia należnego Wykonawcy za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy nastąpi na podstawie faktur częściowych (wystawianych proporcjonalnie do uzgodnionego przez strony stanu zaawansowania wykonanych etapów prac, wyszczególnionych w harmonogramie rzeczowo-finansowym), nie częściej niż raz w miesiącu oraz 1 faktury końcowej wystawionej po wykonaniu całości robót i akceptacji przez Zamawiającego protokołu końcowego wykonania i odbioru robót*” - § 7 ust. 1 umowy,
- „*Płatność zostanie dokonana przelewem na wskazany przez Wykonawcę rachunek bankowy w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury wraz z dokumentami warunkującymi zapłatę zgodnie z zapisami niniejszego paragrafu*” - § 7 ust. 8 umowy.

Analiza kwestionowanego zapisu w kontekście ww. postanowień umownych wskazuje, że obowiązek zapłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia Wykonawcy aktualizuje się z chwilą dostarczenia Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z dokumentami wymienionymi w § 7 ust. 4 umowy. Powołane postanowienia są jasne i precyzyjnie określają moment, w którym Wykonawca może żądać zapłaty wynagrodzenia a Zamawiający zobowiązany jest je wypłacić. Z powyższych względów Zamawiający uznaje również i ten zarzut Odwołującej za chybiony. Zamawiający nadmienia przy tym, że Odwołująca zgłaszając rzekome naruszenie norm art. 8 w związku z art. 5 kc i art. 353¹ kc nie przedstawiła żadnej argumentacji uzasadniającej słuszność tego zarzutu tj. nie wskazała, w jaki sposób Zamawiający poprzez kwestionowany zapis naruszył normę art. 8, art. 5 i art. 353¹ kc.

Zamawiający zwraca uwagę, że wnosząc odwołanie Odwołująca winna:

- wykazać że określona treść SWZ narusza przepisy PZP, oraz
- wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji zapisu, której wprowadzenie doprowadzi do zgodności postanowienia SWZ z przepisami ustawy PZP.

W przekonaniu Zamawiającego Odwołująca nie zadośćuczyniła ww. obowiązkowi, gdyż nie przedstawiła przekonującego uzasadnienia dla swojego wniosku „o określenie środków w jakiej wysokości w poszczególnych latach Zamawiający zamierza przeznaczyć na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy”. Wprowadzenie żądanego przez Odwołującą zapisu nie jest wymagane przepisami PZP, gdyż ustawa ta nie nakłada na Zamawiającego obowiązku ujawniania na etapie publikacji SWZ wysokości środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w kolejnych latach jego realizacji. Tym samym uwzględnienie wniosku Odwołującej nie doprowadzi do zgodności spornego postanowienia SWZ z przepisami ustawy PZP.

Mając na uwadze powołane powyżej okoliczności odwołanie uznać należy za nieuzasadnione, co winno skutkować jego oddaleniem w całości.

Jednocześnie Zamawiający pozwala sobie zauważyć, że Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia Wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 609/23 wskazała, że „zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych odwołanie podlega uwzględnieniu wówczas, gdy naruszenie zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego (takiego, które wpływa na wynik postępowania). W świetle przywołanego ww. przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania.”

Uwzględniając powyższe oraz stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w niniejszym piśmie wnoszę, jak na wstępie.

Kujawsko-Pomorski
Komendant Wojewódzki
Państwowej Straży Pożarnej

st. bryg. Rafał Świechowicz
/podpisano kwalifikowanym podpisem
elektronicznym/