

Warszawa, dnia 16.08.2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k.

ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz

KRS: 0000326054

e-mail: biuro@alstal.eu

reprezentowana przez:

r.pr. Damiana Budzisa

BUDZIS Kancelaria Prawna

ul. Targowa 84/1B, 03-448 Warszawa

e-mail: budzis@budzisprzetacka.pl

Zamawiający:

Teatr Polski im. Hieronima Konieczki

Al. Mickiewicza 2, 85-071 Bydgoszcz

przeprowadzający postępowanie w imieniu i na rzecz

Zamawiającego:

Miasto Bydgoszcz

ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz

e-mail: wzp@um.bydgoszcz.pl; przetargi@um.bydgoszcz.pl

Postępowanie o udzielenie
zamówienia publicznego
NA:

Wykonanie robót budowlanych polegających na
przebudowie, nadbudowie, rozbudowie Teatru Polskiego
im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy

Oznaczenie postępowania: WZP.271.10.2021.E

ODWOŁANIE

I. Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), dalej jako: „ustawa Pzp” w imieniu: Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w

Bydgoszczy (dalej jako: „Odwołujący”) wnoszę odwołanie wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) wraz z załącznikami, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z ustawą Pzp.

- II.** Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz SWZ w dniu 04.08.2021 r. Niniejsze odwołanie składane jest w dniu 16.08.2021 r. z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu.

- III.** Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie, nadbudowie, rozbudowie (wraz z infrastrukturą techniczną: wod.-kan., c.o., went. i elektr.) Teatru Polskiego im. Hieronima Konieczki w Bydgoszczy przy al. Adama Mickiewicza 2 w zakresie i na warunkach określonych w SWZ z załącznikami. Roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia należy wykonać zgodnie z: załącznikiem nr 2 do SWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia”, dokumentacją projektową, decyzjami administracyjnymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, obowiązującymi przepisami, w tym w szczególności z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U.2020.1333 j.t. z późn. zm.) oraz zasadami wiedzy technicznej.

- IV.** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 04 sierpnia 2021 r., numer ogłoszenia 2021/S 149-395541.

- V.** Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. i art. 484 § 2 k.c. oraz art. 652 k.c. i 655 k.c. poprzez

ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron w następującym zakresie:

- a) § 5 ust. 1 pkt. 24;
- b) § 10 ust. 8 pkt. 3;
- c) § 10 ust. 29;
- d) § 12 ust. 3;
- e) § 3 ust. 19;
- f) § 13 ust. 4 pkt 1;
- g) § 14 ust. 9 i 10.

VI. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał zmiany treści SWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu oraz przedłużył termin składania ofert w postępowaniu o co najmniej dodatkowe 14 dni od dnia dokonania zamian treści SWZ.

VII. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkoda ta wynika z faktu, że kwestionowane postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego szans na pozyskanie zamówienia, albo przynajmniej istotnie je ograniczają oraz prowadzą do nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, naruszenia uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy

Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. Wskazać należy, że wskazuje się, iż na etapie wnoszenia odwołań wobec treści SWZ przesłanki wniesienia odwołania należy interpretować szeroko, tak np. w wyroku z dnia 31 lipca 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1519/15 Izba orzekła, że: *„W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami P.z.p. oferty, zgodnie z art. 29 ust. 2 P.z.p. wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”*. Należy uznać, że orzecznictwo wypracowane na gruncie art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r. poz. 1843) (dalej: „ustawa dPzp”) zachowuje aktualność w stosunku do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Poprzez zaniechanie dokonania powyższych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych

powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

- VIII.** Kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.
- IX.** Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu, którego wartości jest równa lub przekracza progi unijne.

UZASADNIENIE

Wskazać należy, że przepisy Pzp jedynie w określonym zakresie regulują problematykę ustalenia równowagi stron projektowanych postanowień umowy. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie zaś z art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20 wskazać należy, że Zamawiający „nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość

korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)".

Przepis art. 353¹ k.c. rozstrzyga kwestię zakresu kompetencji stron umowy zobowiązaniowej za pomocą dwóch sformułowań. Po pierwsze, wskazuje ten zakres w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą „**ułożyć stosunek prawny**”. Po drugie, powołany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wyznaczając **granice**, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykroczać. Sama istota klauzuli generalnej jako zwrotu w sposób zamierzony niedookreślonego powoduje, że ani wyczerpujące wyliczenie, ani ścisła klasyfikacja możliwych postaci naruszenia zasad współżycia społecznego przez strony zawierające umowę zobowiązaniową nie są możliwe. Da się natomiast wskazać najważniejsze przypadki takich naruszeń. 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

(por. Komentarz do art. 3531 k.c. System Prawa Prywatnego, tom 5, red. Osajda 2020, wyd. 3, Legalis.).

O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jediną formą „negocjacji” jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący co do zasady nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy. Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.05.2015r., KIO 892/15.).

W realiach niniejszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytek, który jest sprzeczny z ustawą k.c., ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także 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. W ocenie Odwołującego rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 3531 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny Wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w części zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy w odniesieniu do następujących zapisów umownych:

- a) § 5 ust. 1 pkt. 24;
- b) § 10 ust. 8 pkt. 3;
- c) § 10 ust. 29;
- d) § 12 ust. 3;
- e) § 3 ust. 19;
- f) § 13 ust. 4 pkt 1;
- g) § 14 ust. 9 i 10.

Odnosząc się do poszczególnych zapisów wskazać należy, że:

Ad. a) § 5 ust. 1 pkt. 24

Zamawiający postanowił, że do obowiązków Wykonawcy, oprócz określonych w innych postanowieniach umowy, należy naprawa i doprowadzenie do stanu poprzedniego w przypadku uszkodzenia lub zniszczenia w toku realizacji umowy istniejącej infrastruktury technicznej w tym m. in. instalacji podziemnych, urządzeń, obiektów budowlanych, naruszonych nawierzchni oraz terenów przyległych(...).

Wskazać należy, że zgodnie z art. 652 k.c. jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na

zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie. Ponadto w myśl art. 655 k.c. gdyby wykonany obiekt uległ zniszczeniu lub uszkodzeniu wskutek wadliwości dostarczonych przez inwestora materiałów, maszyn lub urządzeń albo wskutek wykonania robót według wskazówek inwestora, wykonawca może żądać umówionego wynagrodzenia lub jego odpowiedniej części, jeżeli uprzedził inwestora o niebezpieczeństwie zniszczenia lub uszkodzenia obiektu albo jeżeli mimo zachowania należytej staranności nie mógł stwierdzić wadliwości dostarczonych przez inwestora materiałów, maszyn lub urządzeń.

W ocenie Odwołującego wykonawca nie może ponosić nieograniczonej odpowiedzialności za uszkodzenie infrastruktury technicznej w sytuacji gdyby w tym zakresie nie ponosił winy (odpowiedzialność na zasadach ogólnych) lub w sytuacji gdyby do uszkodzenia infrastruktury z przyczyn chociażby częściowo leżących po stronie Zamawiającego (np. błędy w przekazanej Wykonawcy dokumentacji technicznej wskazującej na umiejscowienie infrastruktury technicznej).

Wobec powyższych uwag i niejasności wnosimy o zmianę zapisów w sposób zaproponowany poniżej i nadanie mu następującego brzmienia:

**„Do obowiązków Wykonawcy, oprócz określonych w innych postanowieniach umowy, należy naprawa i doprowadzenie do stanu poprzedniego w przypadku uszkodzenia lub zniszczenia w toku realizacji umowy istniejącej infrastruktury technicznej w tym m. in. instalacji podziemnych, urządzeń, obiektów budowlanych, naruszonych nawierzchni oraz terenów przyległych(...).
Odpowiedzialność Wykonawcy w powyższym zakresie jest odpowiedzialnością na zasadach ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego i aktualizuje się tylko w przypadku, gdy do uszkodzenia istniejącej infrastruktury technicznej doszło w wyniku realizacji przedmiotu umowy w sposób sprzeczny z dokumentacją**

techniczną dostarczoną przez Zamawiającego wskazująca w sposób prawidłowy umiejscowienie infrastruktury technicznej”

Ad. b) § 10 ust. 8 pkt. 3

Zamawiający postanowił, że Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień sprzecznych z niniejszą umową oraz dopuszczających możliwość tworzenia przez zatrzymanie, wstrzymanie lub potrącenie z należności (wynagrodzeń) podwykonawców zabezpieczenia należytego wykonania umowy o podwykonawstwo; postanowienia umowy o podwykonawstwo winny wyraźnie i wprost wyłączać taką możliwość(...).

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze odpowiedzialność wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia, proponowany zapis w sposób istotny ogranicza krąg potencjalnych podwykonawców, z których skorzystać może wykonawca. W ocenie Odwołującego praktyką na rynku jest tworzenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy podwykonawczej z pierwszego wynagrodzenia, które miałyby zostać wypłacone podwykonawcy. Zapis zaproponowany przez Zamawiającego nie zabezpieczenia interesów podwykonawców, a wręcz przeciwnie – znaczącej części z nich uniemożliwia wzięcie udziału w realizacji zamówienia publicznego.

Wobec powyższych uwag i niejasności wnosimy o zmianę zapisów w sposób zaproponowany poniżej i nadanie mu następującego brzmienia:

„Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień sprzecznych z niniejszą umową.”

Ad. c) § 10 ust. 29

Postanowiono również, że Zamawiający po uprzednim odebraniu od Wykonawcy pisemnych wyjaśnień, w przypadku stwierdzenia, że Wykonawca pozostaje w zwłoce ze spełnieniem jakiegokolwiek świadczenia pieniężnego na rzecz osób trzecich np. Podwykonawcy albo spełnia przesłanki do wystąpienia z wnioskiem o ogłoszenie upadłości, może żądać udzielenia przez Wykonawcę (w całości na jego koszt) nieodwołalnej gwarancji zapłaty (spełniającej wymagania o jakich mowa w art. 649¹ i nast. K.c.) na rzecz Podwykonawcy w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty wynagrodzenia należnego od Wykonawcy na rzecz Podwykonawcy (i odpowiednio dalszego podwykonawcy) oraz dostarczenia Zamawiającemu kopii (oryginał do wglądu) udzielonej gwarancji zapłaty w terminie 45 dni od dnia otrzymania żądania(...).

Ustanowienie wymagań w zakresie gwarancji zapłaty na rzecz podwykonawcy stanowi nieuprawnioną ingerencję w stosunek prawny funkcjonujący pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą, w zakresie nieprzewidzianym w przepisach ustawy Pzp. Zamawiający posiada szereg zabezpieczeń w odniesieniu do wynagrodzenia należnego podwykonawcy, zaś nieproporcjonalne jest nakładanie na wykonawcę dodatkowych obciążeń i kosztów. Zauważenia wymaga, że opisane uprawnienie stanowi podstawę do jednostronnego działania Zamawiającego, które w istotny sposób może naruszyć interes Wykonawcy. Należy podkreślić, że Zamawiający nie ustanawia jakichkolwiek obostrzeń opisanego uprawnienia i rozciąga je w sposób nieuprawniony (niedookreślony) na wszystkie osoby trzecie, nie zaś jedynie do zgłoszonych Zamawiającemu podwykonawców. Co więcej Zamawiający nie ustanawia jakiegokolwiek warunku w zakresie przedmiotowym – związanym z realizacją zamówienia publicznego, czy też w zakresie kwotowym. Tym samym zaproponowane zapisy uznać należy za skrajnie naruszające równowagę stron umowy.

Wobec powyższych uwag i niejasności wnosimy o zmianę zapisów i wykreślenie §10 ust. 29 Umowy.

Ad. d) §12 ust. 3

Zamawiający postanowił, że łączna wysokość kar umownych należnych każdej ze stron umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia Wykonawcy określonego w umowie, za wyjątkiem kary wymienionej w ust. 2 pkt 1 lit. j) powyżej, której wysokość nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego ogółem (§3 ust. 2 niniejszej umowy) niezależnie od wysokości wcześniej naliczonych kar umownych.

W ocenie Odwołującego łączna wysokość kar umownych jaka może zostać naliczona przez każdą ze stron jest rażąco wygórowana, w szczególności mając na uwadze poziomy kar umownych ustanowione przez Zamawiającego. Zamawiający ustanawiając odrębny limit kary umownej dot. okresu rękojmi de facto zmierza do ustalenia limitu kar w podwójnej wysokości. Brak jest podstaw w oparciu o przepisy ustawy do wskazania odrębnych limitów dla odrębnie ustanowionych kar umownych bowiem może do doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający w sposób sztuczny będzie zgłaszał część swoich uwag już po okresie realizacji umowy.

Wobec powyższych uwag i niejasności wnosimy o zmianę zapisów w sposób zaproponowany poniżej i nadanie mu następującego brzmienia:

„łączna wysokość kar umownych należnych każdej ze stron umowy nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia Wykonawcy określonego w umowie.”

Ad. e) § 3 ust. 19

Zamawiający postanowił, że Strony w przypadku zmiany cen kosztów lub materiałów związanych z realizacją zamówienia przewidują możliwość zmniejszenia lub zwiększenia wynagrodzenia, według następujących zasad:

- 1) uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia przez stronę umowy powstanie w sytuacji zmiany wysokości cen kosztów wykonania przedmiotu zamówienia lub materiałów służących do wykonania zamówienia o 20% w stosunku do wartości stanowiącej podstawę wyceny wynagrodzenia umownego w oparciu o Sekocenbud na dzień złożenia przez Wykonawcę oferty;
- 2) wysokość wynagrodzenia Wykonawcy ulegnie zmianie w przypadku zmiany cen następujących nie wbudowanych materiałów, niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy: materiały termoizolacyjne (styropian, wełna mineralna, wełna skalna, styrodur), stolarka okienna i drzwiowa (z tworzyw sztucznych oraz aluminiowa), materiały metalowe (stal zbrojeniowa, kształtowniki zimnowalcowane, kształtowniki gorącowałcowane). Wynagrodzenie wzrośnie/zmaleje wyłącznie w zakresie wskazanych materiałów;
- 3) początkowy termin ustalenia wysokości zmiany wynagrodzenia wyznacza dzień zgłoszenia przez stronę umowy wzrostu kosztów lub cen o wskazaną w pkt. 1) wartość procentową, a w przypadku gdy umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert;
- 4) zmiana wynagrodzenia, o której mowa w niniejszym ustępie zostanie ustalona w oparciu o przedstawienie wzrostu/zmniejszenia kosztów lub cen wykonania robót budowlanych w oparciu o stawki Sekocenbud;
- 5) zmiana wynagrodzenia z uwagi na zmianę ceny materiałów wskazanych w pkt 2 polegać będzie na odpowiednim wzroście lub obniżeniu wynagrodzenia Wykonawcy na następujących zasadach:
 - a) ustalona zostanie zmiana procentowego wzrostu lub spadku cen materiałów wskazanych w pkt 2, liczona na podstawie średnich cen kwartalnych wskazanych

w Sekocenbud aktualnych na dzień złożenia oferty w stosunku średnich cen kwartalnych Sekocenbud aktualnych na dzień złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia,

b) cena materiałów wskazanych w pkt 2 wynikająca z przedłożonych Zamawiającemu kosztorysów ofertowych ulegnie zmianie o wysokość procentową ustaloną na podstawie lit. a) i dotyczyć będzie wyłącznie materiałów niewbudowanych,

c) w przypadku gdy cena materiałów wskazanych w pkt 2 wynikająca z przedłożonych Zamawiającemu kosztorysów ofertowych będzie wyższa od średnich cen kwartalnych Sekocenbud aktualnych na dzień złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, wzrost wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie należny, zmiana wynagrodzenia będzie obowiązywać od następnego miesiąca po miesiącu, w którym złożono wniosek o zmianę wynagrodzenia, pod warunkiem podpisania przez Strony aneksu do umowy zmieniającego wysokość wynagrodzenia i obowiązywać będzie przez okres 6 miesięcy lub do dnia zakończenia realizacji przedmiotu umowy w zależności, który termin wystąpi wcześniej,

d) jeżeli Strona niełoży wniosku przed upływem 6 miesięcy obowiązywania zmienionego wynagrodzenia, o którym mowa niniejszym punkcie, o jego przedłużeniu lub kolejną zmianę na zasadach określonych w niniejszym punkcie, wysokość wynagrodzenia Wykonawcy zostanie zmieniona i ustalona na podstawie cen materiałów wynikających z przedłożonych Zamawiającemu kosztorysów ofertowych z uwzględnieniem ilości materiałów wbudowanych w okresie obowiązywania zmienionego wynagrodzenia oraz ilości materiałów pozostałych do wbudowania. Na niniejszą okoliczność Strony sporządzą aneks do umowy.

6) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w niniejszym ustępie wynosi 5% wynagrodzenia wskazanego w ofercie Wykonawcy,

7) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z niniejszym ustępem, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- a) przedmiotem umowy są usługi lub roboty budowlane,
- b) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy,

8) Wykonawca w terminie 14 dni od dnia zawarcia aneksu zmieniającego jego wynagrodzenie, zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu, w zakresie umów przewidujących użycie materiałów wskazanych w pkt 2, projekt aneksu przewidującego zmianę wynagrodzenia podwykonawców lub oświadczenia podwykonawców, iż zmiana cen nie ma wpływu na ich wynagrodzenie(...).

Wskazać należy, że zaproponowane przez Zamawiającego zapisy mają charakter pozorny. Z badania historycznej zmienności wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej dla budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny (http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx) w ujęciu rok do roku zmiany nie przekroczyły 5% w całym okresie dostępnych danych (lata 2010-2021). Wskazania zatem wymaga, że mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z projektowanych postanowień umownych ma charakter pozorny. W praktyce nie nastąpi sytuacja uprawniająca strony do zmiany wynagrodzenia z wykorzystaniem opisanego mechanizmu. Taki sposób sformułowania warunków progowych, które de facto uniemożliwiają zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ustawy Pzp.

Za obejście przepisów ustawy uznać należy również sytuację, w której Zamawiający dopuszcza waloryzację dopiero w sytuacji zamiany cen o co najmniej 20%, przy czym ogranicza on możliwość zwaloryzowania wynagrodzenie o maksymalnie 5%.

W ocenie Odwołującego zapisy ustawy, w szczególności wymagania wynikające z art. 439 ustawy Pzp nakazują Zamawiającemu ustanowienie klauzuli waloryzacyjnej w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Ustawodawca stosuje w tym przypadku łącznik „lub” bowiem umowy o roboty budowlane może przewidywać wykorzystanie materiałów dostarczonych przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego sposób rozumienia powyższych zapisów nie pozwala na ograniczenie przedmiotowe możliwej waloryzacji tylko i wyłącznie do *niewbudowanych materiałów, niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy tj.: materiałów termoizolacyjnych (styropian, wełna mineralna, wełna skalna, styrodur), stolarki okiennej i drzwiowej (z tworzyw sztucznych oraz aluminiowa), materiałów metalowych (stal zbrojeniowa, kształtowniki zimnowalcowane, kształtowniki gorącowałcowane)*

Wobec powyższych uwag i niejasności wnosimy o zmianę zapisów dotyczących waloryzacji w sposób zaproponowany poniżej i nadanie mu następującego brzmienia:

„Wynagrodzenie Wykonawcy może zostać zwaloryzowane dla oddania zmiany (wzrostu lub spadku) cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją Przedmiotu umowy zgodnie z poniższymi postanowieniami (dalej jako „waloryzacja wynagrodzenia”):

- 1) Waloryzacja wynagrodzenia nastąpi w oparciu o miesięczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowych w miesiącu, w którym może nastąpić waloryzacja w oparciu o wskaźnik wzrostu cen ogłoszony w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.***

2) Pierwsza waloryzacja nastąpi po 12 miesiącach od podpisania umowy.

Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (dalej jako P_n) według wzoru:

$$P_n = (W_n * W_w) / 100,$$

gdzie:

P_n – współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie powyżej wskazanego wzoru stosowany do wynagrodzenia umownego ;

W_w – miesięczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej w miesiącu, w którym może nastąpić waloryzacja w porównaniu z tym samym miesiącem z roku poprzedniego, ustalany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego

W_n – wynagrodzenie, które należne jest z upływem terminów uprawniających do dokonania waloryzacji.

3) Po upływie każdych kolejnych 12 miesięcy obowiązywania umowy ustala się współczynnik waloryzacji dla kolejnych 12 miesięcy obowiązywania umowy według wyżej wskazanego wzoru dla wskaźnika P_n z tym że $P_{n1} = (W_n * W_{w1}) / 100$

gdzie:

P_{n1} – współczynnik waloryzacyjny po upływie kolejnych 12 miesięcy obowiązywania umowy;

W_{w1} – miesięczny wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej w miesiącu, w którym może nastąpić kolejna waloryzacja.

4) W przypadku umowy trwającej dłużej niż 24 miesiące współczynnik waloryzacyjny wynagrodzenia stanowi sumę wskaźników ustalanych po upływie każdych kolejnych 12 miesięcy:

$$P_n = P_{n1} + P_{n2} + P_{n3} \dots + P_{nn}$$

6) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w niniejszym ustępie wynosi 10% wynagrodzenia wskazanego w ofercie Wykonawcy,

7) Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z niniejszym ustępem, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

a) przedmiotem umowy są usługi lub roboty budowlane,

b) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy,

8) Wykonawca w terminie 14 dni od dnia zawarcia aneksu zmieniającego jego wynagrodzenie, zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu, w zakresie umów przewidujących użycie materiałów wskazanych w pkt 2, projekt aneksu przewidującego zmianę wynagrodzenia podwykonawców lub oświadczenia podwykonawców, iż zmiana cen nie ma wpływu na ich wynagrodzenie

9) początkowy termin ustalenia wysokości zmiany wynagrodzenia wyznacza dzień zgłoszenia przez stronę umowy wzrostu kosztów lub cen o wskazaną w pkt. 1) wartość procentową, a w przypadku gdy umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert.

10) uprawnienie do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia przez stronę umowy powstanie w sytuacji zmiany wysokości cen kosztów wykonania przedmiotu zamówienia lub materiałów służących do wykonania zamówienia o 3% w stosunku do wartości stanowiącej podstawę wyceny wynagrodzenia umownego w oparciu o Sekocenbud na dzień złożenia przez Wykonawcę oferty(...).”

Ad. f) § 13 ust. 4 pkt 1

Zamawiający postanowił, że jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad przedmiotu umowy lub w przypadku wad nieistotnych dokonać odbioru wraz ze wskazaniem wad oraz terminu ich usunięcia. Na okoliczność usuwania wad sporządzony zostanie protokół z usunięcia wad przedmiotu umowy(...).

W ocenie Odwołującego zapis zaproponowany przez Zamawiającego jest sprzeczny z zasadami wynikającymi z art. 353¹ k.c. oraz zasadą równowagi stron zawartej umowy, która wynika z przepisów Pzp. W ocenie Odwołującego w przypadku wad które możliwe są do usunięcia Zamawiający winien dokonać odbioru wraz ze wskazaniem terminu usunięcia stwierdzonych wad. Za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., V ACa 1302/17 wskazać należy, że gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady, świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji.

Wobec powyższych uwag i niejasności wnosimy o zmianę zapisów w sposób zaproponowany poniżej i nadanie mu następującego brzmienia:

„W przypadku wad nadających się do usunięcia lub w przypadku wad nieistotnych Zamawiający dokonuje odbioru wraz ze wskazaniem wad oraz terminu ich usunięcia. Na okoliczność usuwania wad sporządzony zostanie protokół z usunięcia wad przedmiotu umowy(...).”

Ad. g) § 14 ust. 9 i 10

Zamawiający postanowił, że zastrzega sobie prawo dokonywania corocznego przeglądu przedmiotu umowy z udziałem uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy. A ponadto Strony dokonają ostatniego przeglądu przedmiotu umowy przed upływem okresu rękojmi, a stwierdzone wówczas wady Wykonawca usunie w terminie wskazanym przez Zamawiającego na usunięcie wad.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 431 ustawy Pzp Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia. Zauważyć należy, że brak jest podstaw do jednostronne ustalania terminu usunięcia wad powstałych w okresie rękojmi za wady. Wskazania wymaga, że wady powstałe w okresie rękojmi w związku z użytkowaniem obiektu przez Zamawiającego wymaga wzmożonej oceny, która wymaga współdziałania obu stron. Przyznanie uprawnienia jednej ze strony do arbitralnego wyznaczenia terminu może, w przypadku gdy wada wynikałaby z winy Zamawiającego, spowodować uszczerbek w majątku Wykonawcy.

Wobec powyższych uwag i niejasności wnosimy o zmianę zapisów w sposób zaproponowany poniżej i nadanie mu następującego brzmienia:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonywania corocznego przeglądu przedmiotu umowy z udziałem uprawnionego przedstawiciela Wykonawcy.

Strony dokonają ostatniego przeglądu przedmiotu umowy przed upływem okresu rękojmi, a stwierdzone wówczas wady Wykonawca usunie w terminie ustalonym przez Strony na usunięcie wad.”.

Mając na uwadze powyższe wniesione odwołania uznać należy za w pełni uzasadnione.

W imieniu Odwołującego:



Signed by /
Podpisano przez:

Damian Budzis

Date / Data:
2021-08-16
19:48

Załączniki:

1. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania,
2. dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości,
3. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego komplementariusza Odwołującego,
4. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego,
5. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.