



CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, dnia 15 maja 2023 r.

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

Zamawiający: **Gdański Uniwersytet Medyczny**
ul. M. Skłodowskiej-Curie 3, 80-210 Gdańsk
E-mail: tomasz.krysiak@gumed.edu.pl
Tel.: +48 583491234 Faks: +48 583491224

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,
reprezentowany przez radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza,
adres do korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
telefon: + 48 609 04 33 22
e-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 15 maja 2023 r. drogą elektroniczną na adres e-mail: zam.pub@tomaszow-maz.pl.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pn. „*Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku*”. Numer referencyjny: GUM2023ZP0039.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2023 r. pod numerem **2023/S 056-166141**.

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza progi unijne.

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. na podstawie na podstawie art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej w dalszej części „PZP”, wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „*Budowa Uniwersyteckiego*

Strona 1 z 19

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)



Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku” (dalej: Postępowanie).

I. Termin.

3 maja 2023 r. zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu i w raz z tym opublikowane na stronie internetowej zostały dokumenty w postaci SWZ oraz załączników.

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 15 maja 2023 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 pzp w zw. z art. 509 ust. 1 pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Zarzuty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego (dalej „KC”) poprzez ustalenie w § 16 ust. 3 lit d) wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ możliwości odmowy dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego Dostawy w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad co wskazuje na bezusterkowy charakter odbioru końcowego Dostawy, podczas gdy w świetle art. 647 KC w przypadku wystąpienia wad nieistotnych nie można mówić o niewykonaniu zobowiązania, a obowiązkiem inwestora (Zamawiającego) jest dokonanie odbioru robót, a uchylenie się od tego obowiązku możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru oraz wyznaczyć odpowiedni termin na usunięcie wad stwierdzonych w toku odbioru końcowego.
2. Naruszenie art. 433 pkt 4 PZP poprzez dopuszczenie w § 34 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, możliwości ograniczenia przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego poprzez zastrzeżenie możliwości zrezygnowania z wykonania robót, bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, podczas gdy jest to niedopuszczalne w świetle wyżej przywołanego przepisu PZP.
3. Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 pkt 1, 2, 3 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 PZP, art. 353¹ kc poprzez ukształtowanie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy (waloryzacji wynagrodzenia) w § 33 ust. 10 pkt 2, § 22 ust. 11 lit a), § 33 ust. 13 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, w taki sposób, że nie spełnia ona wymagań określonych w wyżej przywołanym przepisie PZP, przez co jawi się jako pozorna, nieprzejrzysta, nieproporcjonalna oraz ukształtowana z naruszeniem zasad współżycia społecznego i celami waloryzacji, tj.:

Strona 2 z 19

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków/Polska
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r, poz. 118 z późn. zm.)

- 1) Przewiduje waloryzację po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy podczas gdy aktualne brzmienie art. 439 ust. 1 PZP zakłada stałość umów zawieranych do 6 miesięcy a tym samym wskazuje, że waloryzacja powinna się odbyć po okresie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy;
 - 2) Brak jednoznacznego określenia okresów, w których będzie następować waloryzacja. Zamawiający wskazał, że przewiduje waloryzację po raz pierwszy po 12 miesiącach obowiązywania umowy a nie wskazał, kiedy nastąpi kolejna waloryzacja. W pewien sposób domniemywać można, że intencją Zamawiającego było aby waloryzacje odbywały się w okresach 12 miesięcznych, co przy terminie realizacji wynoszącym 21 miesiące wyklucza waloryzację okresową a oznacza, że pierwsza waloryzacja będzie jedyną i jednorazową waloryzacją;
 - 3) Brak ustalenia maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej
 - 4) Nieuzasadnione i nielogiczne połączenie waloryzacji wskaźnikowej z waloryzacją w oparciu o wzrost rzeczywistych kosztów poprzez wprowadzenie wymogu wykazania wpływu rzeczywistych zmian kosztów i przedłożenia dokumentów rzeczowych i finansowych wykazujących wzrostu kosztów podczas gdy aktywacja waloryzacji jak i wyliczenie wartości waloryzacji ma się odbywać wskaźnikowo a nie na podstawie rzeczywistej zmiany kosztów;
 - 5) Wprowadzenie z wykorzystaniem pozycji dominującej Zamawiającego nieproporcjonalnego wskaźnika korygującego na poziomie 0,3. Przyjęcie współczynnika korygującego na poziomie 0,3 oznacza, że Wykonawca ma ponieść 70% ryzyka wzrostu cen a Zamawiający jedynie 30%, przy czym do 4% (limit aktywacji waloryzacji) Wykonawca ponosi 100% ryzyka wzrostu cen. Oznacz to, że Wykonawca ma ponieść znaczną część ryzyka wzrostu cen (do 4% wzrostu 100%, a powyżej 4% wzrostu 70%) co jest nieproporcjonalne oraz sprzeczne celem art. 439 PZP.
4. Naruszenie art. 16 pkt 1-3 PZP i art. 8 ust. 1 PZP, art. 433 pkt 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC i art. 647 KC w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 § 1 KC i art. 473 § 1 KC poprzez zastrzeżenie w § 26 ust. 1 lit. b), d)-h) wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, kar umownych za opóźnienie, niesprecyzowanie zobowiązania zagrożenia karą, kar rażąco wygórowanych, nieproporcjonalnych do charakteru naruszeń obowiązków, mających funkcję represyjną, a nie prewencyjną lub mobilizującą, odbiegających od praktyki rynkowej, mogących prowadzić do nieuzasadnionego bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego, nieproporcjonalnych kar za uchybienie w dotrzymaniu któregośkolwiek z terminów wskazanych w harmonogramie.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności – zmiany treści wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ poprzez:

- (i) ustalenie zasad dokonywania odbiorów Dostawy analogicznie do zasad Odbioru Końcowego Robót Budowlanych określonych w § 16 ust. 2 lit i) wzoru Umowy to jest w ten sposób, że w sytuacji kiedy Dostawy nie będą posiadały wad istotnych Zamawiający zobowiązany był do dokonania odbioru robót, a w sytuacji kiedy wady będą miały charakter wad istotnych wówczas Zamawiający będzie uprawniony do wstrzymania dokonania odbioru robót do czasu usunięcia wad istotnych;
- (ii) wskazanie w postanowieniach wzoru umowy minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron z jednoczesnym ograniczeniem możliwości rezygnacji nie więcej niż 5 % wartości zamówienia określonego jako wysokość wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 Umowy;
- (iii) zmianę postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji w sposób, który będzie umożliwiał ocenę przesłanek waloryzacji po raz pierwszy po 6 miesiącach od daty zawarcia umowy, który będzie jasno i klarownie przewidywał waloryzację wskaźnikową, bez konieczności wykazywania rzeczywistych zmian kosztów, ustali maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, ustalał realne okresy waloryzacji (np. 3 miesięczne), w których następować będzie zmiana wynagrodzenia, ustali między stronami proporcjonalny i sprawiedliwy podział ryzyka zmiany cen;
- (iv) zmianę wysokości kar umownych tak, aby kary te nie były rażąco wygórowane w zakresie uchybienia w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i zgłaszania podwykonawców oraz nie stanowiły środka do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy, wyeliminuje kary za opóźnienie, wykreśli nieprecyzyjne zobowiązanie zagrożone karą lub precyzyjnie określi zobowiązanie zagrożone karami, wykreśli karę za uchybienie w dotrzymaniu którejkolwiek z terminów wskazanych w harmonogramie ewentualnie określi kluczowe terminy (tzw. kamienie milowe), które są zagrożone karami umownymi;

Odwołujący mając na uwadze powyższe wskazuje na następujące proponowane brzmienie kwestionowanych postanowień:

Ad. III. (i)

Po uwzględnieniu zmiany treść § 16 ust. 3 lit d) wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, powinien otrzymać następujące brzmienie:

~~” W przypadku negatywnego wyniku Odbioru Końcowego Dostawy, tj. stwierdzenia jakichkolwiek wad, usterek lub zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń, Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego usunięcia przyczyn negatywnego wyniku Odbioru Końcowego Dostawy i ponownego przystąpienia do Odbioru Końcowego Dostawy, w terminie nie dłuższym niż czternaście (14) dni od negatywnego wyniku Odbioru Końcowego Dostawy.~~

Strona 4 z 19

stwierdzenia przez Zamawiającego wad istotnych Dostawy nie sporządza się Protokołu Odbioru Końcowego Dostaw; Zamawiający określi powód nie odebrania i odpowiedni termin ponownego przystąpienia przez Zamawiającego do odbioru”.

Ad. III. (ii)

Po uwzględnieniu zmiany treść § 34 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, powinien otrzymać następujące brzmienie:

„Zamawiający może zrezygnować z wykonania robót w okresie obowiązywania niniejszej umowy oraz przed wykonaniem tychże robót przy czym wartość robót objętych rezygnacją nie może przekroczyć 5% wartości wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy.”

Ad. III. (iii)

Po uwzględnieniu zmiany treść § 33 ust. 10 pkt 2) wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, powinna otrzymać następujące brzmienie:

„Waloryzacja wynagrodzenia następuje po raz pierwszy po upływie pełny 12 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy i następnie odbywać się będzie kolejnych 3 miesięcznych okresach.”.

Po uwzględnieniu zmiany treść § 33 ust. 11 lit. a) wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, powinna otrzymać następujące brzmienie:

„Wynagrodzenie należne Wykonawcy zostanie zmienione:

a) na pisemny wniosek Wykonawcy o podwyższenie wynagrodzenia w związku z powyższymi zmianami. We wniosku należy wskazać: kwotę, o którą ma ulec zmianie wynagrodzenie Wykonawcy oraz całkowite wynagrodzenie po zmianie. Do wniosku należy dołączyć kalkulację oraz dokumenty rzeczowe i finansowe potwierdzające zasadność dokonania zmiany przy zastosowaniu reguł, o których mowa w niniejszym paragrafie w odniesieniu do swojej oferty i przedmiotu zamówienia. Zmiana wynagrodzenia może nastąpić wyłącznie, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Ciężar dowodu w tym zakresie obciąża Wykonawcę. Wynagrodzenie zostanie poddane waloryzacji przez Zamawiającego w drodze aneksu zawartego w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Zmiana wynagrodzenia obowiązuje od następnego okresu rozliczeniowego, licząc od daty złożenia wniosku.”

Po uwzględnieniu zmiany treść § 33 ust. 13 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, powinna otrzymać następujące brzmienie:

„Strony przyjmują, iż waloryzacja odbędzie się każdorazowo metodą uproszczoną poprzez podstawienie danych do wzoru: $KW = WK \times WU \times WGUS/100$ gdzie: KW – kwota waloryzacji, WK- współczynnik korygujący= 0,3 0,5, WU – wynagrodzenie umowne o którym mowa w pkt 7)

powyżej i pozostałe do zapłaty, WGUS – wskaźnik wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej (tablica 1), ustalony zgodnie z pkt. 5) i 6) powyżej.”

Po uwzględnieniu zmiany treść § 33 ust. 11 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ powinna zostać uzupełniona o dodatkowy punkt oznaczony jako „c)”, o następującym brzmieniu:

„ c) Maksymalnie o nie więcej niż (+/-) 15% wartości wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy – jest to wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania waloryzacji.”

Ad. III. (iv)

Po uwzględnieniu zmiany treść § 26 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ, powinna otrzymać następujące brzmienie:

~~„b) za zwłokę w rozpoczęciu lub zakończeniu elementu robót określonego w Harmonogramie w wysokości 0,1% wartości tego elementu za każdy dzień zwłoki. W przypadku dotrzymania przez Wykonawcę umownego terminu realizacji Przedmiotu umowy, Zamawiający zobowiązany będzie dokonać zwrotu naliczonych i pobranych kar umownych;~~

~~d) za opóźnienie zwłokę w dostarczeniu wymaganych dokumentów określonych w niniejszej umowie w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy za każdy dzień opóźnienia **skreślony**;~~

~~e) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, zgodnie z warunkami zawartych umów o podwykonawstwo, które Zamawiający zaakceptował, w wysokości **5.000 zł** 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 za przedmiot umowy za każdy dzień opóźnienia **zwłoki**;~~

~~f) w przypadku nieprzedłożenia przez Wykonawcę do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany zgodnie z § 7 niniejszej umowy, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 za przedmiot umowy **5.000 zł** za każdy dzień zwłoki;~~

~~g) w przypadku nieprzedłożenia przez Wykonawcę poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany zgodnie z § 7 niniejszej umowy, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 za przedmiot umowy **5.000 zł** za każdy dzień zwłoki;~~

~~h) w przypadku niedokonania zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 7 ust. 4 lub ust. 10 niniejszej umowy, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy **5.000 zł** za każdy dzień opóźnienia **zwłoki**;~~

Odwołujący zastrzega, że w związku z wyżej wskazanym zakresem i kierunkiem zmian żąda zmiany odpowiednio innych zapisów nie wymienionych a referujących w szczególności dotyczących procedury odbiorów, gdyby takie okazały się niezbędne do zachowania ciągu i konsekwencji żądanych zmian.

IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie PZP. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SWZ są niezgodne z PZP i KC. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 KC), wprowadzając odbiór o charakterze bezusterkowym poprzez ustalenie, że wykonanie przedmiotu umowy stanowi dopiero sytuacja, w której Zamawiający dokonał odbioru Dostaw w stanie wolnym od wad (jakichkolwiek). Zamawiający w innych kwestionowanych postanowieniach SWZ, w tym wzoru umowy, narusza w sposób nieuprawniony równowagę stosunku prawnego, uprzywilejowując i wzmacniając dominującą pozycję Zamawiającego, a także dopuszcza się wprowadzenia klauzul abuzywnych w świetle przepisu art. 433 PZP. Konsekwencją powyższego jest uniemożliwienie złożenia oferty w postępowaniu przez Odwołującego.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ, w tym wzoru umowy narusza zasady PZP oraz KC, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia, a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

UZASADNIENIE

- 1. Zamawiający w zakresie Dostawy wprowadził bezusterkowy odbiór końcowy. W związku z tym, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane wraz z dostawą sprzętu to dla umowy powinny mieć zastosowanie przepisy kc dotyczące umowy o roboty budowlane. Przewidziana procedura odbioru końcowego w zakresie dostawy narusza dyspozycję art. 647 KC, albowiem w świetle projektowanych zapisów umowy wystąpienie jakiegokolwiek wad lub zastrzeżeń, choćby o charakterze nieistotnym, stanowi o niewykonaniu przez wykonawcę przedmiotu umowy i stanowi podstawę do odmowy odbioru umowy w zakresie dostawy, podczas gdy zgodnie z art. 647 KC o niewykonaniu przedmiotu umowy (zobowiązania) stanowić może wyłącznie wystąpienie wad o charakterze istotnym.**

Zgodnie z art. 647 KC, podstawowym obowiązkiem inwestora (Zamawiającego) w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór robót jest kwestią kluczową oraz punktem kulminacyjnym w relacjach pomiędzy inwestora (Zamawiający) a wykonawcą. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego robót dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach, w związku z których wystąpieniem inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie przez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych orzeczeniach Sądu Najwyższego. W orzeczeniach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzeczniczą, z której wynika, że zgodnie z art. 647 KC, inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim przypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia. W pozostałych przypadkach, tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym (nienależytym) wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

Powyższe zostało ukształtowane w formie jednolitego stanowiska i wynika m.in. z wyroków Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 12 marca 2021 r. (sygn. V CSKP 14/21)

*Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. **Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji.** W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady.*

Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. (sygn. V CSK 99/07)

1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.

Strona 8 z 19

Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 07 kwietnia 1998 r. (sygn. II CKN 673/97)

W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".

Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki społecznej.

Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 07 marca 2013 r. (sygn. II CSK 476/12)

1. Skoro oświadczenie o potrąceniu może wyrzucić skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 KC), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwne stanowisko narusza art. 91 KPC, 96 KC, 61 KC i 499 KC.

2. **W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia 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.**

Podkreślić należy, że również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy PZP w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy postanowień pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych, tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej zapadły co prawda w oparciu o poprzednio obowiązującą ustawę, jednakże obecnie obowiązująca PZP nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań, jak również zmiany nie uległy przepisy KC. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnośnie poglądów Krajowej Izby Odwoławczej dotyczących odbiorów o charakterze bezusterkowym przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

- (i) wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r. w sprawie KIO 3440/20, gdzie Izba wskazała, że:

„Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie“;

- (ii) wyrok KIO z dnia 08 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19, gdzie Izba wskazała, że:

„Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia 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“.

Zdaniem Odwołującego brak jest podstaw do zastrzegania bezusterkowego odbioru końcowego części przedmiotu umowy to jest w zakresie dostawy. Zamawiający w

Strona 10 z 19

przypadku brak wad istotnych powinien przedmiot umowy w zakresie dostawy uznać za wykonany, a stwierdzone wady wyspecyfikować w protokole odbioru końcowego oraz wyznaczyć terminu ich usunięcia. Jest to o tyle zasadne, że w przypadku odbioru końcowego robót budowlanych w § 16 ust. 2 lit. i) zamawiający uznał, że tylko wady istotne stanowią podstawę do odmowy odbioru końcowego robót budowlanych. Brak jest jednocześnie podstaw aby wprowadzać odmienne reguły w przypadku dostaw.

Z uwagi na powyższe Odwołujący żąda zmiany postanowień wzoru umowy, jak w części III Odwołania.

2. Zaniechanie wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z § 34 ust. 3 wzoru umowy – „Zamawiający może zrezygnować z wykonania robót w okresie obowiązywania niniejszej umowy oraz przed wykonaniem tychże robót.”. Postanowienie kreuje nielimitowane uprawnienie po stronie Zamawiającego do ograniczenia zakresu zamówienia. Zwrócić należy uwagę, że samo wystąpienie okoliczności uzasadniających zmniejszenie ilości robót lub rezygnację z określonych ich elementów powodować będzie zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy, na podstawie czego stwierdzić należy, że uprawnienia może zostać wykonane przez Zamawiającego z pominięciem zgody Wykonawcy. Nadto zauważyć należy, że Zamawiający nie sprecyzował, w jakich okolicznościach i w jakim zakresie może nastąpić rezygnacja z określonych robót, poprzestając jedynie na wskazaniu, że może to nastąpić przed wykonaniem robót.

Kwestionowane postanowienie wzoru umowy stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 PZP. Zgodnie z treścią wskazanego przepisu, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron umowy. Pomimo jasnej dyspozycji przepisu art. 433 pkt 4 PZP, Zamawiający zaniechał wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron umowy.

Z uwagi na powyższe Odwołujący żąda zmiany postanowień wzoru umowy, jak w części III Odwołania.

3. Klauzula waloryzacyjna niespełniająca wymagań określonych art. 439 ust. 2 PZP.

1) W oceni Wykonawcy brak jest podstaw do ustalenia pierwszej waloryzacji po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Z treści art. 439 ust. 1 pzp klauzule waloryzacyjne muszą być wprowadzone do umów zartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy. W przepisie nie ustalono, kiedy powinna nastąpić pierwsza waloryzacja nie mniej jednak ustalenie pierwszej waloryzacji i okresów kolejnych waloryzacji powinno nastąpić w taki sposób aby zapewnić realność stosowania klauzuli waloryzacyjnej. W tym zakresie można odwołać się do poglądów doktryny, zgonie z którymi:

Strona 11 z 19

„Odpowiednie określenie tego terminu zawsze powinno uwzględniać cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tzn. zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Pewną wskazówką, choć z pewnością nie do automatycznego stosowania, może być przyjęcie przez ustawodawcę potrzeby stosowania klauzul waloryzacyjnych w odniesieniu do umów zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Może to wskazywać na przyjęcie założenia trwałości, niezmienności stosunku umownego w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w okresie 6 miesięcy, szczególnie w przypadku realizowania długoterminowych umów.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok: 2022, komentarz do art. 439).

W ocenie odwołującego przedłużenie pierwszej waloryzacji na okres przypadający po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy w sposób nieproporcjonalny przerzuca ryzyko zmiany cen na Wykonawcę. Jest to o tyle nie uzasadnione, że w chwili obecnej zmiany cen charakteryzują się znaczną nieprzewidywalnością a powszechnie jest obserwowana wysoka inflacja. Utrzymywanie wynagrodzenia na niezmiennym poziomie w dłuższym okresie jest uzasadnione w sytuacji stabilizacji cen i tym samym większej ich przewidywalności. Potwierdzeniem tego jest okoliczność, że pierwotnie wymóg waloryzacji został przewidziany dla umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Ustalenie brzmienia przepisu nastąpiło w 2019 r., kiedy to zmiany cen miały charakter niewielki a inflacja była na niskim poziomie. Zmiana art. 439 pzp w tym zakresie nastąpiła po okresie zaburzeń gospodarczych spowodowanych najpierw pandemią COVID-19 a następnie wojną w Ukrainie, co doprowadziło do wysokiej inflacji i nieprzewidywalnych zmian cen. Sytuacja ta skłoniła ustawodawcę do skrócenia okresu realizacji umów, w których musi zostać przewidziana waloryzacja z 12 miesięcy na 6 miesięcy.

Uwzględniając powyższe przyjąć należy, że założenie waloryzacji po 12 miesiącach realizacji umowy jest nadmiernym przerzuceniem ryzyka zmiany cen na wykonawcę.

2) Zaniechanie określenia okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy.

W § 33 ust. 10 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał jedynie, kiedy może nastąpić waloryzacja po raz pierwszy – „Waloryzacja wynagrodzenia następuje po raz pierwszy po upływie pełnych 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.”.

Zamawiający nie określił we wzorze umowy okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy taki obowiązek wynika z art. 439 ust. 2 pkt 3 PZP. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że w umowie określa się okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy, co tym samym oznacza, że waloryzacja nie może mieć charakteru jednorazowego.

Z uwagi na powyższe Odwołujący żąda zmiany postanowień wzoru umowy, jak w części III Odwołania.

3) Brak wskazania maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia.

Z treści art. 439 ust. 2 pkt 4) pzp jednoznacznie wynika, że w umowie powinna zostać ustalona maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia. W projekcie umowy brak jest zapisu, który realizowałby ten wymóg i w związku z tym projekt umowy powinien zostać uzupełniony w tym zakresie.

4) Łączenia waloryzacji wskaźnikowej z waloryzacją w oparciu o rzeczywiste koszty jest sprzeczne z treścią art. 439 ust. 2 pkt 2) pzp, gdyż przepis ten zawiera dwa alternatywne rozwiązania w zakresie sposobu waloryzacji, które nie podlegają łączeniu.

W art. 439 ust. 2 pkt 2 pzp ustawodawca przewidział co do zasady dwa rodzaje waloryzacji wskaźnikową i kosztową. W tym zakresie wskazać należy, że:

- 1) Waloryzacja wskaźnikowa została przewidziana w art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a) pzp zaś waloryzacja kosztowa w art. 439 ust. 2 pkt 2 lit b) pzp
- 2) Te dwa warianty zostały rozdzielone słowem „lub” co wskazuje na alternatywę tych rozwiązań a nie na koniunkcję.
- 3) Alternatywne traktowanie tych mechanizmów opiera się na dwóch różnych założeniach i tym samym dwóch różnych metodach ustalania waloryzacji;
- 4) W pierwszym przypadku to jest waloryzacji wskaźnikowej ustawodawca uznał, że dla ustalenia zmiany wynagrodzenia wystarczające jest odwołanie się do publicznie dostępnych wskaźników. Opiera się to na założeniu, że zmiana wskaźników jest pochodną zmian w gospodarce i zmieniających się cen. Skoro w całej gospodarce zmieniają się ceny i znajduje to odzwierciedlenie w zmianie wartości wskaźników to zmiany cen wpływają na koszty wykonania i tym samym uzasadniania to zmianę wysokości wynagrodzenia. W tym wypadku zmiany cen poszczególnych materiałów nie mają znaczenia a istotne jest jak zmienia się określony przez zamawiającego wskaźnik zmiany cen materiałów. Jednocześnie w przypadku waloryzacji wskaźnikowej ustalony jest wzór wyliczenia wartości zmiany wynagrodzenia i po podstawieniu odpowiednich wartości do wzoru wyliczana jest wartość zmiany wynagrodzenia.
- 5) W drugim przypadku to jest waloryzacji kosztowej ustawodawca uznał, że ustalenie zmiany wynagrodzenia może się odbyć poprzez wskazanie materiałów lub kosztów, których zmiana cen powinna skutkować zmianą wynagrodzenia. W tym skoro następuje wskazanie konkretnych materiałów lub kosztów to konieczne jest wykazanie jak cen tych materiałów lub kosztów się zmieniają oraz w jaki sposób zmiana ta wpływa na koszty wykonania przedmiotu zamówienia. W tym wypadku zasadnym jest oczekiwanie wykazania, jakie ceny materiałów zostały przewidziane w ofercie i jak ten ceny uległy zmianie.

Z powyższych względów skoro zamawiający zdecydował się na waloryzację wskaźnikową w oparciu o podany wzór to brak jest podstaw do oczekiwania aby Wykonawca do wniosku o waloryzację załączał kalkulację oraz dokumenty rzeczowe i finansowe potwierdzające zasadność dokonania zmiany. Dla zastosowania wzoru przewidzianego w umowie informacje te nie mają żadnego znaczenia i nie są uwzględniane jako dane, które mają być wstawione do wzoru w celu wyliczenia wynagrodzenia.

5) Zastosowanie wskaźnika korygującego na poziomie 0,3 oznacza, że większość ryzyka waloryzacyjnego ma ponieść wykonawca, który ma ponieść ryzyko do 4% wartości zmiany cen oraz 70% wartości zmiany cen powyżej 4%.

W ocenie wykonawcy wymóg wprowadzenia do umów zawieranych w trybie pzp klauzul waloryzacyjnych miał stanowić element przeciwdziałający niepewności czy też nieprzewidywalności w realizacji umów zawieranych na dłuższy czas. Ustawodawca wskazując, że waloryzacji mają podlegać umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Przyjęcie takie założenia oznacza, że to na wykonawcy ciąży ryzyko niezmienności ceny przy umowach zawieranych na okres do 6 miesięcy. Powyżej tego okresu ustawodawca uznał, że wykonawca nie powinien być w całości obarczany ryzykiem zmiany cen i ryzyko te powinno zostać podzielone pomiędzy wykonawcę i zamawiającego.

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Trwający ponad 6 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. 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 czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

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 niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna

Strona 14 z 19

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.

Biorąc pod uwagę przybliżone powyżej kwestie, należy w szczególności wskazać, że prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna:

1. jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
2. jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
3. sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
4. winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że klauzula waloryzacyjna określona przez Zamawiającego nie spełnia powyższych założeń poprzez przerzucenie na wykonawcę większości ryzyka zmiany cen. Obarczenie wykonawcy większością ryzyka zmiany cen nie prowadzi do przewrócenia równowagi ekonomicznej stron a ramach stosunku umownego.

W powyższym zakresie można odwołać się do poglądów zawartych w stanowisku Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej w opracowaniu zatytułowanym „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)”, gdzie wskazano, że

*„(22) Analizując gospodarność planowanej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy należy podkreślić, że **zasadą jest równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy. Stwierdzenie to nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo, nieuzasadnione jest natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na zamawiającego.**”*

A contractio wskazać należy, że nie jest uzasadnione przerzucanie na wykonawcę całości lub większości ryzyka zmiany cen.

4. Wysokość kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków związanych z umowami o podwykonawstwo, zastrzeżenie kar za opóźnienie.

W § 16 ust. 1 lit b), d)-h) wzoru umowy Zamawiający zastrzegł następujące kary umowne:

„b) za zwłokę w rozpoczęciu lub zakończeniu elementu robót określonego w Harmonogramie w wysokości 0,1% wartości tego elementu za każdy dzień zwłoki. W przypadku dotrzymania przez Wykonawcę umownego terminu realizacji Przedmiotu umowy, Zamawiający zobowiązany będzie dokonać zwrotu naliczonych i pobranych kar umownych;

d) za opóźnienie zwłokę w dostarczeniu wymaganych dokumentów określonych w niniejszej umowie w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy za każdy dzień opóźnienia;

- e) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, zgodnie z warunkami zawartych umów o podwykonawstwo, które Zamawiający zaakceptował, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 za przedmiot umowy za każdy dzień opóźnienia;
- f) w przypadku nieprzedłożenia przez Wykonawcę do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany zgodnie z § 7 niniejszej umowy, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 za przedmiot umowy za każdy dzień zwłoki;
- g) w przypadku nieprzedłożenia przez Wykonawcę poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany zgodnie z § 7 niniejszej umowy, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 za przedmiot umowy za każdy dzień zwłoki;
- h) w przypadku niedokonania zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 7 ust. 4 lub ust. 10 niniejszej umowy, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy za każdy dzień opóźnienia."

Zdaniem Odwołującego przytoczone powyżej kary umowne zostały zastrzeżone w wysokości rażąco wygórowanej, odbiegającej od praktyki rynku zamówień publicznych, mogącej prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego oraz naruszają zasadę proporcjonalności jak również zastrzeżone zostały w sposób nieprecyzyjny, nieprzejrzysty uniemożliwiający ustalenie, które zobowiązanie zagrożone jest karą umowną.

W przypadku kary wskazanej w lity b) na etapie postępowania i składania oferty Wykonawca nie jest w stanie zidentyfikować, które terminy określone w harmonogramie zostaną zagrożone karą umowną. Z treści zapisu nie jednoznacznie czy wszystkie terminy wskazane w harmonogramie (wszystkie pozycje z harmonogramu) są zagrożone karą umowną czy też karą mają być zagrożone jedynie konkretne terminy z harmonogramu (terminy pośrednie). Zwrócić należy uwagę, że harmonogram nie jest załącznikiem do SWZ a ma zostać ustalony pomiędzy stronami dopiero po zawarciu umowy zgodnie z § 5 ust. 3 projektu umowy – wykonawca ma przedłożyć projekt harmonogramu, który podlegać będzie zatwierdzeniu. Oznacza to, że poszczególne terminy zagrożone karą umowną będą kształtowane dopiero po zawarciu umowy. Jednocześnie poprzez procedurę zatwierdzania harmonogramu zamawiający może narzucać wykonawcy terminy realizacji poszczególnych zadań (nie akceptując propozycji wykonawcy i odmawiając zatwierdzenia harmonogramu) i tym samym dopiero po zawarciu umowy kształtować obowiązki wykonawcy zagrożone karą umowną.

W przypadku kary wskazanej w lit d) nie wiadomo uchybienia w dostarczeniu, których dokumentów są zagrożone karą umowną. W ocenie wykonawcy zapis wskazany w tym punkcie nie spełnia wymagań określonych w art. 483 § 1 kc to jest nie precyzuje wystarczająco jednoznacznie, naruszenie którego z obowiązków umownych jest zagrożone karą umowną. Zapis ten nie spełnia również wymogu zawartego w art. 16 pkt 2) pzp to jest wymogu przejrzystości postępowania. Podkreślić należy, że w ramach umowy wykonawca jest zobligowany do



przedkładania najróżniejszych dokumentów Zamawiającemu. Brak jest racjonalnego uzasadnienia aby każdy z tych obowiązków był zagrożony karą umowną.

Kary w lit e) i h) zostały zastrzeżone za opóźnienie co jest sprzeczne z treścią art. 433 pkt 1 pzp.

Rażąco wygórowana są kary umowne z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy, nieprzedłożenia poświadczona za zgodność z oryginałem kopii umowy oraz braku zmiany umowy, albowiem ich wysokość została zastrzeżona w oderwaniu od wagi naruszenia obowiązku przez wykonawcę. Zwrócić należy również uwagę, że Zamawiający zastrzegł wyżej wymienione kary umowne (za obowiązki uboczne) w wysokości kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu zamówienia (za obowiązek główny), co tylko potwierdza zasadność twierdzenia o rażąco wygórowaniu tych kar.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:

Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych

Wskazać należy, że przedmiotowe kary umowne dotyczą zobowiązań wykonawcy, które mają służebny (uboczny) charakter wobec celu umowy, jakim jest wykonanie robót budowlanych. Ich celem jest zapewnienie objęcia solidarną odpowiedzialnością zamawiającego i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawców, a w dalszej perspektywie zabezpieczyć terminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawców. Dostrzec należy, że

Strona 17 z 19

wprowadzenie przedmiotowych kar umownych w niniejszym postępowaniu jest realizacją dyspozycji art. 437 ust. 1 PZP. Przepisy te zostały wprowadzone do uprzednio obowiązującej ustawy na mocy ustawy z 08 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2013 poz. 1473) i w aktualnym PZP zostały powielone. Jak dowiedzieć się można z uzasadnienia do powyższej ustawy postanowienia te wprowadzone zostały mając na względzie potrzebę zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ. Projektodawca wskazał, że: *„W celu zapewnienia skuteczności proponowanych rozwiązań konieczne jest wprowadzenie wymogów w zakresie przewidzienia przez zamawiającego w umowie o zamówienie publiczne obowiązków wykonawcy związanych z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub nienależytego wykonania (...) Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwić zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zleceńodawców.”*. Dodatkowo odwołać należy się do poglądów doktryny, zgodnie z którymi: *„Dostrzeżenia wymaga, że kary umowne, które powinny znaleźć się w umowie o roboty budowlane nie są w jakikolwiek sposób uzależnione od powstania szkody. Nie pełnią zatem funkcji kompensacyjnej (jako zryczałtowane odszkodowanie umowne), lecz **funkcję prewencyjną**, mającą na celu dyscyplinowanie podmiotów odpowiedzialnych w umowie o podwykonawstwo za zapłatę wynagrodzenia.”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2019).

W świetle powyższego w pełni uprawnione jest stwierdzenie, że celem unormowań zawartych w art. 437 ust. 1 PZP oraz kar umownych zastrzeganych na tej podstawie, jest zabezpieczenie zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, a nie zrekompensowanie szkody zamawiającego. Konstrukcja tych przepisów zakłada, że podwykonawcy na bieżąco będą zgłaszani przez wykonawców do zamawiających i dzięki temu zostaną objęci ochroną w ramach solidarnej odpowiedzialności a jednocześnie wykonawca będzie zobowiązany do terminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, czemu ma służyć obowiązek przedkładania dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wynikający z art. 447 PZP. W celu zapewnienia prawidłowej realizacji tych obowiązków ustawodawca zobowiązał zamawiających do ustanowienia w umowach o roboty budowlane kar umownych zabezpieczających realizację tych obowiązków. Istotne jest to, że kary te w istocie nie mają w pierwszym rzędzie zabezpieczać interesów zamawiającego, ale mają zabezpieczać interesy podwykonawców.

Podkreślić należy, że kary umowne nie mogą prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, co zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyrokach z dnia 04.09.2018 r. (KIO 1601/18) oraz 30.10.2020 r. (KIO 2652/20).

Zwrócić również należy uwagę na fakt, że wysokość zastrzeżonych kar umownych odbiega praktyki rynku zamówień publicznych. Tytułem przykładu wskazać można na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Rozbudowa i dostosowanie Wojewódzkiej Biblioteki Publicznej – Książnicy Kopernikańskiej w Toruniu do nowych funkcji użytkowych*” – nr ref. ADM.3810.1.2023, ogłoszone w dniu 15.02.2023 r., w którym zamawiający zastrzegł kwestionowane kary umowne w wysokości od 3 tys. do 5 tys. PLN za każdy stwierdzony przypadek naruszenia.

Zdaniem Odwołującego w przypadku zastrzegania kwestionowanych kar umownych poprzez określenie procentowej wartości w relacji do oznaczonej kwoty, dobrą praktyką na rynku zamówień publicznych jest odnoszenie procentowej wartości do wartości wynagrodzenia wynikającego z umowy o podwykonawstwo. Nie znajduje bowiem uzasadnienia oraz może stanowić potwierdzenie represyjnego charakteru kary umownej zastrzeżenie jej wysokości w odniesieniu do wartości wynagrodzenia wykonawcy. Tytułem przykładu wskazać można postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa parkingów Park&Ride w Toruniu*” – nr DZP-271.16.2021, ogłoszone w dniu 20.07.2021 r. (nr ogłoszenia 2021/BZP 00119870/01), w którym Zamawiający zastrzegł wysokość kwestionowanych kar umownych, odnosząc procentową wartość do wynagrodzenia wynikającego z umowy o podwykonawstwo, z którą związane jest naruszenie obowiązku przez wykonawcę.

Z uwagi na powyższe Odwołujący żąda zmiany postanowień wzoru umowy, jak w części III Odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego