

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

Warszawa, dnia 15 maja 2023 r.

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

Zamawiający:

Gdański Uniwersytet Medyczny
ul. M. Skłodowskiej – Curie 3A, 80-210 Gdańsk
NIP: 584-09-55-985
jednostka prowadząca postępowanie:
Sekcja Zamówień Publicznych
e-mail: zp@gumed.edu.pl
e-mail: Tomasz.krysiak@gumed.edu.pl
tel.: +48 58 349 12 13
tel.: +48 58 349 12 34

Odwołujący:

Budimex S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowany przez:
r.pr. Annę Wrzesień
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: anna.wrzesien@budimex.pl
tel.: +48 22 623 61 33

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku” (nr referencyjny: GUM2023ZP0039, dalej jako „Postępowanie”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 maja 2023 r. pod nr 2023/S 086-265846

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC.

budimex

Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- 1. art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 447 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień umożliwiających Zamawiającemu wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nieprzekazania dowodów i oświadczeń potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców bez wskazania części zatrzymywanego wynagrodzenia oraz bez jednoznacznego wskazania, iż chodzi o wynagrodzenie wymagalne w sytuacji, w której dyspozycja art. 447 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, tj. w zakresie, dla którego nie przedstawiono dowodów zapłaty i tylko w sytuacji braku uregulowania wynagrodzenia o wymagalnym charakterze;
- 2. art. 433 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 455 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego uprawnienia do jednostronnego zmniejszenia zakresu rzeczowego Umowy, bez wskazania zakresu możliwych zmian z tego wynikających, co stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, generującą ryzyka niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego;
- 3. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473§ 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 433 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Umowy kar umownych za opóźnienie, pomimo braku uzasadnienia dla takiej sankcji w istniejących okolicznościach czy zakresie zamówienia, jak również zastrzeżenie kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy, wymuszającym na wykonawcach konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnej kalkulacji, ryzyk w ramach ceny ofertowej;
- 4. art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie w ramach Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinujący jej nieefektywność i nierealność;
- 5. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień naruszających bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzących do naruszenia praw podmiotowych wykonawców, a przejawiających się w przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, zobowiązujących wykonawców do uwzględnienia w cenie ofertowej wszelkich kosztów związanych z realizacją zamierzenia inwestycyjnego, nawet nie mających



oparcia w udostępnionym opisie przedmiotu zamówienia czy istniejących na dzień złożenia oferty normach i rozporządzeniach.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 maja 2023 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści projektowanych warunków Umowy udostępnionych przez Zamawiającego w ramach załączników do SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie**



może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.¹ Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.² W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353¹ KC.

2. I tak, 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.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**³

II. Zarzut dotyczący możliwości wstrzymania wynagrodzenia należnego wykonawcy – zarzut nr 1

1. Zamawiający w ramach Umowy wprowadził następujące zasady działania związane z weryfikacją uregulowania przez wykonawcę płatności na rzecz podwykonawców:
 - §13 ust. 6 Umowy: **Warunkiem dokonania każdorazowej zapłaty, jest ponadto złożenie przez Wykonawcę wraz z Protokołem Zaawansowania Robót oświadczenia, iż brak jest jakichkolwiek zaległości w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, a także oświadczenia opisanego w § 7 ust. 14 powyżej. Na żądanie Zamawiającego, Wykonawca przedstawi dowody uiszczenia wynagrodzenia.**

¹ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

² Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.

³ Tak KIO przykładowo w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.

budimex

Budimex SA, NIP 526 10 03 187, REGON 010732630, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, KRS 0000001764
Bank Pekao SA rachunek nr 02 1240 1037 1111 0010 0480 4334, Fortis Bank Polska SA rachunek nr 41 1630 1127 0003 0121 9975 5001, kapitał zakładowy 127 650 490 zł w całości

- §14 ust. 3 Umowy: **Warunkiem dokonania każdorazowej zapłaty, jest ponadto złożenie przez Wykonawcę oświadczenia, iż brak jest jakichkolwiek zaległości w zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, a także oświadczenia opisanego w § 7 ust. 14 powyżej. Na żądanie Zamawiającego, Wykonawca przedstawi dowody uiszczenia wynagrodzenia.**
- 2. Mając na uwadze treść wyżej przywołanych postanowień, Odwołujący zwraca uwagę, że w jego ocenie stanowią one próbę rozszerzenia uprawnień Zamawiającego poza treść obowiązujących przepisów, w szczególności art. 447 ustawy Pzp, cechując się także niejednoznacznością, generującą wątpliwości po stronie wykonawców co do realnych intencji Zamawiającego. Po pierwsze, w ramach ww. postanowień Umowy nie ma bowiem mowy wprost o wymagalności wynagrodzenia należnego podwykonawcom, jako elementu warunkującego możliwość dokonania rozliczeń z wykonawcą. Po drugie zaś, w ramach rzeczonych postanowień Zamawiający nie sprecyzował w jakiej części miałoby następować wstrzymanie wypłaty wynagrodzenia w sytuacji braku przedstawienia oświadczeń bądź dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy dotyczącego zakresu rozliczanego w danej fakturze. Użyte w ramach §13 ust. 6 i §14 ust. 3 Umowy sformułowanie „warunkiem dokonania każdorazowej zapłaty” sugeruje wręcz uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania całości wynagrodzenia z danej faktury, a więc w zakresie wykraczającym poza uprawnienie wynikające z art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.
- 3. Co za tym idzie, wykonawcy nie mogą mieć pewności co do intencji Zamawiającego, w tym w szczególności, czy jego intencją nie jest rozszerzenie jego uprawnień poza dyrektywy wynikające z art. 447 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji wymaga korekty i wyeliminowania powstałych na tym gruncie wątpliwości. Uprawnienia Zamawiającego w zakresie ewentualnego wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy **winny być bowiem ograniczone w tym wypadku jedynie do wstrzymania płatności co do wymagalnych kwot nie potwierdzonych stosownymi dowodami zapłaty.**
- 4. Zamawiający nie ma prawa modyfikacji zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (tak KIO w wyroku z 11.2.2014 r., KIO/UZP 139/14, KIO/UZP 148/14, KIO/UZP 150/14, niepubl.). Co za tym idzie, *gdy wykonawca tylko częściowo udokumentuje rozliczenia z tytułu umów o podwykonawstwo, otrzymuje wynagrodzenie w wysokości pomniejszonej o wysokość kwoty wymagalnych wynagrodzeń, niewypłaconych podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Wstrzymuje się zatem odpowiednio wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane oraz udzielenie kolejnej zaliczki w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty* (tak: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, komentarz do art. 143a ustawy Pzp z 2004 r. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, Lex, 2020 r.).
- 5. W konsekwencji, pozostawienie dotychczasowych postanowień Umowy budzi wątpliwości co do realnych intencji i uprawnień przysługujących Zamawiającemu, co z kolei stanowi istotne ryzyko realizacyjne, które wykonawca miałby obowiązek w kalkulować w cenę swojej oferty, które to będzie kolejnym kosztem w ramach kalkulowanej oferty i może przyczynić się do



nieporównywalności złożonych ofert. Ukształtowanie takich zasad wypłaty wynagrodzenia, w ramach których w przypadku nieudokumentowania zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy w niewielkiej tylko kwocie zagrożone byłoby całe i/lub dana, ale wciąż istotna część wynagrodzenia należnego wykonawcy, nie tylko jest wprost sprzeczne z przywołanymi powyżej, bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, ale też byłoby postanowieniem nadmiernym i nieadekwatnym.

6. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez nadanie jej przykładowo następującego brzmienia:

- §13 ust. 6 Umowy: *Warunkiem dokonania każdorazowej zapłaty, jest ponadto złożenie przez Wykonawcę wraz z Protokołem Zaawansowania Robót oświadczenia, iż brak jest jakichkolwiek zaległości w zapłacie **wymagalnego wynagrodzenia** na rzecz podwykonawców, a także oświadczenia opisanego w § 7 ust. 14 powyżej. Na żądanie Zamawiającego, Wykonawca przedstawi dowody uiszczenia wynagrodzenia. **W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę oświadczeń bądź dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania wypłaty należnego wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych oświadczeń bądź dowodów zapłaty.***
- §14 ust. 3 Umowy: *Warunkiem dokonania każdorazowej zapłaty, jest ponadto złożenie przez Wykonawcę oświadczenia, iż brak jest jakichkolwiek zaległości w zapłacie **wymagalnego wynagrodzenia** na rzecz podwykonawców, a także oświadczenia opisanego w § 7 ust. 14 powyżej. Na żądanie Zamawiającego, Wykonawca przedstawi dowody uiszczenia wynagrodzenia. **W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę oświadczeń bądź dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, Zamawiający jest uprawniony do wstrzymania wypłaty należnego wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych oświadczeń bądź dowodów zapłaty.***

III. Zarzut dotyczący zastrzeżenia możliwości zmniejszenia zakresu rzeczowego umowy bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia - zarzut nr 2

1. W ramach §34 Umowy **Zamawiający zastrzegł prawo do rezygnacji z wykonania niektórych elementów umowy, bez określenia zakresu prac, których ma to dotyczyć i bez wprowadzania jakiegokolwiek limitu swoich uprawnień.** W ramach §34 ust. 2 i 3 Umowy wskazane bowiem zostało, iż:
 2. *W przypadku jeżeli Zamawiający rezygnuje z wykonywania zawartego w projekcie fragmentu robót rozliczenie będzie następować poprzez obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego w oparciu o postanowienia ust. 1 powyżej.*
 3. *Zamawiający może zrezygnować z wykonania robót w okresie obowiązywania niniejszej umowy oraz przed wykonaniem tychże robót.*
2. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje, że zasadą jest, że umowa winna zakładać realizację całości inwestycji, która wyceniana była w ramach oferty, a wszelkie odstępstwa od tej zasady rozpatrywane być powinny w kontekście art. 455 ust. 1 ustawy



Pzp, który jasno wskazuje na zakres dopuszczalnych zmian zawartej umowy i sposób zdefiniowania przesłanek warunkujących jej wprowadzenie. Chcąc zabezpieczyć ewentualne zmiany zakresu rzeczowego realizowanej inwestycji, Zamawiający winien więc sytuację taką zakwalifikować jako możliwą zmianę treści umowy, precyzując jednocześnie sposób i zakres jej wprowadzenia.

3. O ile bowiem możliwe jest ograniczenie zakresu zamówienia przez zamawiającego, to dopuszczalność tego mechanizmu **warunkowana jest określeniem przez zamawiającego w dokumentach zamówienia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia** (vide art. 433 pkt 4) ustawy Pzp). Co więcej, **powyższe może nastąpić w trybie zmiany umowy przewidzianym w art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych** (...) [vide komentarz do art. 433 pkt 4) ustawy Pzp [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021].
4. Podkreślenia wymaga jednocześnie, że wykonawcy tworząc ofertę oraz oszacowując koszty realizacji danej inwestycji **biorą pod uwagę wykonanie całości inwestycji**. Podmioty ubiegające się o zamówienie, składając ofertę liczą, że będą realizować całą umowę, na tej podstawie kalkulują więc koszty personelu, zabezpieczeń, zagospodarowania placu, ubezpieczeń, ochrony itp. W sposób proporcjonalny obliczają też koszty pośrednie i zyski związane z daną realizacją, które to kalkulacje mogą okazać się nieadekwatne przy możliwości dowolnego wyłączania zakresów rzeczowych robót i braku jednoznacznego mechanizmu rekompensat dla wykonawców. W skrajnych przypadkach wyłączenia znaczącej części robót z zakresu umowy, taka realizacja może stać się nieopłacalna z perspektywy wykonawcy. Byłoby to nieuzasadnione nie tylko ekonomiczne, ale też nieadekwatne do koniecznego przygotowania osobowego i technicznego związanego z przygotowaniem oferty, niwecząc cel ubiegania się o dane zamówienie. W sytuacji, w której doszłoby do zmniejszenia zakresu rzeczowego realizacji, wykonawca niezmiennie ponosić musiałby koszty stałe (plac budowy, ubezpieczenia, sprzęt itp.) na analogicznym poziomie jak przy wykonywaniu całej inwestycji. Prowadzi to wprost do sytuacji, w której w sposób nieuprawniony wykonawca pozbawiony byłby wynagrodzenia w takiej wysokości jaką przewidział w ofercie złożonej Zamawiającemu, która stanowiła ekonomiczny warunek ubiegania się o udzielenie zamówienia.
5. Z tych też względów ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie treści przepisu art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, podkreślając, że *art 433 Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców (...)* W zamówieniach publicznych klauzule abuzywne oznaczają projektowane postanowienia umowne kształtujące obowiązki wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją [vide komentarz do art. 433 ustawy Pzp [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021].



6. Uprawnienie zastrzeżone przez Zamawiającego, bazujące na możliwości zmniejszenia zakresu świadczenia bez określenia jego minimalnej wielkości bądź wartości, **stanowi więc klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 4) ustawy Pzp**, wykraczając poza dozwoloną i akceptowalną swobodę umów, gdyż mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający jednostronnie będzie miał prawo do dowolnego kształtowania przedmiotu umowy i arbitralnej zmiany wcześniej ustalonych warunków.
7. Naganność tego rodzaju praktyk, Krajowa Izba Odwoławcza podkreślała zresztą już wielokrotnie, nawet na gruncie wcześniej obowiązującej ustawy, nie zawierającej tak jednoznacznego ograniczenia uprawnień Zamawiającego jak zdefiniowane w art. 433 pkt 4) ustawy Pzp. W ramach orzecznictwa konsekwentnie akcentuje się bowiem, że brak określenia warunków ograniczenia rzeczowego realizacji umowy, stanowi wyraz nadmiernego przerzucenia ryzyka na wykonawców, którzy pozostają w niepewności co do zakresu swojego świadczenia, będąc jednocześnie pozbawionymi jakichkolwiek uprawnień. Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała zresztą nawet pogląd, iż w sytuacji tak skrajnych zaniechań po stronie Zamawiającego jak określenie warunków zmniejszenia rzeczowego inwestycji byłby on nawet pozbawiony możliwości skorzystania z zastrzeżonej przez siebie możliwości zmniejszenia rzeczowego realizacji inwestycji. Tak np. KIO wyroku z dnia 1.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1776/10: *„Zamawiający formułując brzmienie klauzuli 15.6 określił jedynie, że może zmniejszyć zakres rzeczowy robót, bez wskazania jednak, w jakich sytuacjach takie zmniejszenie może nastąpić. Zamawiający nie określił także zakresu takiej zmiany. W skrajnym przypadku mogłaby zaistnieć sytuacja, w której zamawiający zmniejszyłby zakres rzeczowy do zera, wówczas arbitralność decyzji zamawiającego w tym zakresie godziłaby w interes wykonawcy realizującego umowę. Wobec uznania zarzut przez zamawiającego, Izba zwraca uwagę na konieczność dostosowania brzmienia klauzuli 15.6 do wymogów przepisu art. 144 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby jednakże brak określenia warunków zmiany umowy w siwz, a w przedmiotowej sprawie w warunkach kontraktu, skutkowałby nie negatywnymi konsekwencjami dla odwołującego, czyli arbitralną decyzją zamawiającego o zmniejszeniu zakresu robót, ale niedopuszczalnością dokonania zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 ustawy”*.
8. Nie przewidując zakresu zmniejszenia zakresu rzeczowego umowy, Zamawiający próbuje więc w sposób nieuprawniony przerzucić na wykonawców całość ryzyka i odpowiedzialności finansowej za zaistnienie takiej sytuacji. Zamawiający kreując swoje uprawnienie do zmiany zakresu rzeczowego, nie wskazał, jakich prac może dotyczyć zmniejszenie zakresu bądź w jakim stosunku odpowiadają one realizacji całego kontraktu. Wobec powyższego **wykonawca nie jest w stanie oszacować w jakim zakresie może dojść do zmniejszenia zakresu umowy**. Kalkulacja takich ryzyk przy takim zastrzeżeniu poczynionym przez Zamawiającego byłaby przy tym na tyle spekulacyjna, że prowadzić mogłaby wprost do nieporównywalności składanych ofert. W konsekwencji oznacza to, że obecny kształt postanowień przewidzianych przez Zamawiającego nie tylko wprost godzi w założenia ustawodawcy wyrażone w ramach art. 433 pkt 4) ustawy Pzp, ale też naraża go na kalkulację ryzyk po stronie wykonawców z tego wynikających, które to ryzyka mogą nigdy się nie zaktualizować (co oznaczałoby wydatkowanie środków publicznych zakładające ekstraordynaryjne koszty). Tymczasem jak wskazała KIO w wyroku z dnia 22.01.2014 r. (sygn. akt KIO 24/14): *„Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające*



wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. **Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.**

9. **Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez nadanie jej przykładowo następującego brzmienia:**

- §34 ust. 2 Umowy: *W przypadku jeżeli Zamawiający rezygnuje z wykonywania zawartego w projekcie fragmentu robót rozliczenie będzie następować poprzez obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego w oparciu o postanowienia ust. 1 powyżej. **Strony ustalają, iż minimalna wielkość świadczenia stron odpowiadać będzie 90 % wynagrodzenia określonego w § 12 ust. 1 niniejszej umowy.***
- §34 ust. 3: *Zamawiający może zrezygnować z wykonania robót w okresie obowiązywania niniejszej umowy oraz przed wykonaniem tychże robót. **Zmiany zakresu rzeczowego wprowadzone zostaną w ramach aneksu, zgodnie z §33 niniejszej umowy.***

IV. Zarzuty dotyczące kar umownych – zarzut nr 3

1. W przedmiotowym postępowaniu, w ramach §26 ust. 1 Umowy, Zamawiający zdefiniował katalog kar umownych obciążających Wykonawcę, wskazując m.in. na następujące podstawy ich naliczania:

Zamawiający może żądać od Wykonawcy zapłaty kary umownej:

- a) *za zwłokę w zakończeniu realizacji Przedmiotu Umowy (tj. osiągnięciu CZR) w wysokości **0,1 % wartości wynagrodzenia** ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy, za każdy dzień zwłoki;*
- 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;*
- c) *za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze albo w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości w wysokości **0,1 % wartości wynagrodzenia** ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy, za każdy dzień zwłoki, licząc termin do usunięcia wad wynikający z SWZ, a w braku takiego terminu od wyznaczonego przez Zamawiającego odpowiedniego terminu do usunięcia wad;*
- d) *za 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*

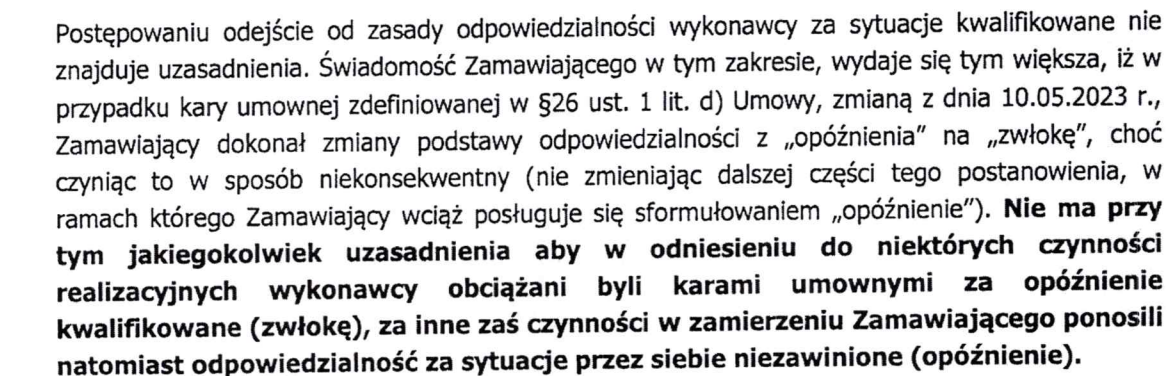


niniejszej umowy, w wysokości **0,1 % wynagrodzenia ryczałtowego** określonego w §12 ust. 1 za przedmiot umowy za każdy dzień zwłoki;

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**.

2. Jednocześnie w ramach §25 ust. 3 Umowy Zamawiający wprowadził maksymalny limit wysokości naliczanych kar umownych wskazując, że: *Wysokość wszystkich naliczonych kar dla każdej ze Stron nie może przekroczyć **20 % wynagrodzenia** określonego w § 12 ust. 1.*
3. Oceniając powyższy katalog kar umownych należy w pierwszej kolejności wskazać, że jako podstawę naliczania kar umownych zdefiniowanych w §26 ust. 1 lit. e) oraz h) Umowy, Zamawiający wskazał „opóźnienie” w realizacji poszczególnych czynności przez Wykonawcę, co pozostaje w sprzeczności z art. 433 pkt 1) ustawy Pzp, kreującym zasadę odpowiedzialności za okoliczności zawinione. Z przepisu art. 433 pkt 1) ustawy Pzp wynika bowiem, iż intencją ustawodawcy było, by kary umowne były co do zasady związane ze zwłoką, czyli „kwalifikowaną” formą opóźnienia, a nie z każdym potencjalnym opóźnieniem bez względu na jego genezę (tak *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021). **Tylko w przypadkach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia** dozwolona jest odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym, tj. za każde opóźnienie, niezależne od winy dłużnika. Odpowiedzialność taka **może być stosowana wyjątkowo**, w celu maksymalnego zdopingowania wykonawcy do terminowego wykonania zamówienia (np. zamówienia skomplikowanego o znaczącym zakresie, realizowanego w kilku etapach, w których należyte wykonanie kolejnych etapów uzależnione jest od terminowego wykonania poprzednich). [tak *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, red. M.Jaworska, Legalis 2022).
4. W przedmiotowym przypadku ani zakres zamówienia (nie odbiegający od standardowych realizacji kubaturowych tego rodzaju), ani okoliczności sprawy **nie uzasadniają odejścia przez Zamawiającego od podstawowej zasady wykreowanej przez ustawodawcę**, zwłaszcza jeśli uwzględnić, że podstawy naliczania kar umownych, dla których Zamawiający zastosował schemat oparcia odpowiedzialności za „opóźnienie” w wykonaniu poszczególnych zobowiązań, dotyczą kwestii niezwiązanych bezpośrednio z zabezpieczeniem podstawowego celu przedmiotowej realizacji. Schemat odpowiedzialności opartej na „opóźnieniu” wykonawcy, Zamawiający zastosował bowiem zasadniczo w odniesieniu do kwestii związanych z zobowiązaniami dotyczącymi umów podwykonawczych. W pozostałych przypadkach (również w odniesieniu do pozostałych kar umownych dotyczących umów podwykonawczych) Zamawiający w ramach określania katalogu kar w Postępowaniu sankcjonuje natomiast sytuacje zwłoki w wykonaniu określonych czynności, dając więc poniekąd sam wyraz temu, że w przedmiotowym



- www.budimex.pl



praktyk – przykładowo w wyroku o sygn. KIO 1339/17, gdzie wskazane zostało, że: **„Ponadto zastrzeżenie kary umownej za każde opóźnienie, które obejmuje wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione, jak i niezawinione, co tym samym jest nieproporcjonalnym obciążeniem, gdyż wykonawca powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie, czyli za zwłokę”**. Abuzowność tego typu postanowień ustawodawca podkreśla też w nowym projekcie ustawy Pzp, w ramach którego za niedozwolone uznano zastrzeganie przez zamawiającego kar umownych za opóźnienie, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (vide art. 462 ust. 2 projektowanej ustawy Prawo zamówień publicznych).

7. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosi, że kary umowne zdefiniowane w zacytowanym powyżej §26 ust.1 lit. a) – h) Umowy **mają charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego**, a zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) podkreślamy zwłaszcza, że **wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy.** (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie.
8. Rażąco wygórowany charakter zdefiniowanych na wstępie kar umownych potwierdza już chociażby analiza innych analogicznych postępowań, która winna być wzięta pod uwagę przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, że jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13) obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też **ocena sytuacji rynkowej**. Co za tym idzie, praktyka rynkowa i standardy stosowane przez innych publicznych zamawiających winny być wzięte pod uwagę podczas oceny rynkowości i współmierności wymagań i zobowiązań nakładanych przez Zamawiającego na Wykonawców. I tak:

- **kary umowne zdefiniowane w §26 ust. 1 lit. a) – b) Umowy**

za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy (kary umowne określone przez Zamawiającego w §26 ust. 1 lit. a) i b) Umowy na poziomie 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki), standardowo zamawiający publiczni przewidują kary umowne **na poziomie nie wyższym niż 0,05%** wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, np.:

- Postępowanie pn. „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce” – (ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/S 067-175968 z dnia 05/04/2022 r.): kara umowna w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy;
- Postępowanie pn. Rozbudowa zajezdni tramwajowej przy ul. Kołobrzeskiej 40 w Olsztynie (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 201-521061 z dnia 15/10/2021 r.): kara umowna w wysokości 0,05% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy;



- Postępowanie pn. *Budowa budynku Białostockiego Centrum Obrazowania Molekularnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną, wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia* (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 255-672837 z dnia 31/12/2021 r.): kara umowna w wysokości 0,05% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy.

- **kara umowna zdefiniowana w §26 ust. 1 lit. c) Umowy**

za zwłokę w usuwaniu wad przedmiotu umowy (kara umowna określona przez Zamawiającego w §26 ust. 1 lit. c) Umowy na poziomie 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki), standardowo zamawiający publiczni przewidują kary umowne na poziomie znacznie niższym **nawet 0,02% wynagrodzenia umownego** za każdy dzień zwłoki, np.:

- Postępowanie pn. „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce” – (ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/S 067-175968 z dnia 05/04/2022 r.): kara umowna w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad;
- Postępowanie pn. Rozbudowa zajezdni tramwajowej przy ul. Kołobrzeskiej 40 w Olsztynie (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 201-521061 z dnia 15/10/2021 r.): kara umowna w wysokości 0,025% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad;
- Postępowanie pn. Budowa budynku Białostockiego Centrum Obrazowania Molekularnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną, wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia (ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 255-672837 z dnia 31/12/2021 r.): kara umowna w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia za każdy dzień zwłoki w usuwaniu wad.

- **kara umowna zdefiniowana w §26 ust. 1 lit. d) Umowy**

za nieterminowe przedstawienie wymaganych dokumentów określonych w umowie, Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia ryczałtowego za każdy dzień. Rażąco wygórowany charakter rzeczony kary unaoczniony jest już chociażby poprzez zestawienie kar umownych przewidzianych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowej Umowy. Za nieterminową realizację zamówienia (przewinienie jak się zdaje o kluczowym znaczeniu z perspektywy prawidłowości wykonania inwestycji), Zamawiający przewidział bowiem karę o identycznej wysokości jak w przypadku niewywiązania się z obowiązków związanych z dostarczeniem określonych dokumentów. W konsekwencji, uwzględniając wartość szacunkową przedmiotowej inwestycji (ok 100 mln złotych) oznaczałoby to, że za uchybienie niezwiązane z podstawowym celem inwestycji jakim jest prawidłowa i terminowa realizacja zamówienia, wykonawca miałby być obciążony karą umowną w wysokości ok 100 tys. złotych za każdy dzień zwłoki w przedstawieniu dokumentów żądanych przez Zamawiającego.

Rażąco wygórowany charakter tej kary umownej potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, w ramach których to zamawiający standardowo w ogóle nie przewidują kary umownej z tytułu zwłoki w przedstawieniu różnego rodzaju dokumentów kontraktowych (np. Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego), względnie zastrzegają karę umowną z tego tytułu o znacznie niższej wysokości. Przykładem jaki zidentyfikował w tym zakresie Odwołujący spośród niedawno wszczętych postępowań jest np. postępowanie pn. Budowa budynku kliniczno-dydaktyczno-badawczego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie



(ogłoszenie nr 2022/S 077-209258 z dn. 20/04/2022), gdzie w ramach § 34 ust. 1 pkt 6 Umowy przewidziano karę umowną „za zwłokę w przedłożeniu Zamawiającemu w formie wymaganej Umową: Kosztorysu, HRF, Planu płatności lub Harmonogramu wprowadzenia podwykonawców i dalszych podwykonawców lub jego aktualizacji w terminach wynikających z § 5 i 6 lub innych postanowień Umowy (...) - w wysokości **1.500,00 (jeden tysiąc pięćset) złotych za każdy rozpoczęty dzień zwłoki**”.

• **kary umowne zdefiniowane w §26 ust.1 lit. e)- h) Umowy**

Wspólnym mianownikiem kar umownych zdefiniowanych przez Zamawiającego w §26 ust. 1 lit. e) – h) Umowy jest powiązanie podstawy ich naliczenia z ewentualnymi nieprawidłowościami występującymi na linii wykonawca – podwykonawca, w tym związanymi z treścią zawieranych umów podwykonawczych. Za wszelkie tego rodzaju przewinienia Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień opóźnienia bądź zwłoki.

W konsekwencji, rażąco wygórowany charakter tych kar umownych wynika już z samej konstrukcji wyliczenia wartości danej kary umownej, która dotycząc ewentualnych uchybień związanych z umowami podwykonawczymi i ich zgłaszaniem Zamawiającemu, odnosi się jednocześnie do wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Prowadzi to do sytuacji, w której przykładowo za brak dostosowania treści umowy o podwykonawstwo o bagatelnej wartości w zakresie terminu zapłaty (§26 ust. 1 lit. h) Umowy), Wykonawca ponosił będzie odpowiedzialność zupełnie niewspółmierną do rangi tego przewinienia – **kara umowna obliczana byłaby bowiem w takiej sytuacji nie od wartości umowy podwykonawczej, której dotyczy przewinienie, a od wartości całego wynagrodzenia Wykonawcy** (wynosząc przy symulacji rachunkowej przeprowadzonej przez Odwołującego ok. 100 tys. złotych za każdy dzień opóźnienia bądź zwłoki).

Rażąco wygórowany charakter tych kar potwierdza też analiza innych analogicznych postępowań, w których to Zamawiający za tego typu przewinienia przewidywali kary umowne bądź w zryczałtowanej wysokości bądź odnoszące się do wartości danej umowy podwykonawczej, np.:

- postępowanie pn. *Budowa Centralnego Zintegrowanego Szpitala Klinicznego w Poznaniu - (etap IB CZSK) w zakresie Modułów 3a, 4a, 4b, 5a, 5b CZSK wraz z pawilonem wejściowym w formule „zaprojektuj i wybuduj”* (ogłoszenie nr 2022/S 225-647033 z dn. 22/11/2022), gdzie przewidziano:
 - *za każdy przypadek braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty (w przypadku, gdy będzie dłuższy, niż wskazany w § 18 ust. 3) – w wysokości 200,00 zł”.*
- postępowanie pn. *„Podniesienie jakości i kompleksowości leczenia poprzez konsolidację usług zdrowotnych w zakresie leczenia zachowawczego i zabiegowego w Szpitalu Miejskim św. Jana Pawła II w Elblągu, Zadanie nr 1: Rozbudowa budynku Szpitala Miejskiego św. Jana Pawła II w Elblągu poprzez rozbudowę bloku operacyjnego do budynku szpitala przy ul. Komeńskiego w związku z konsolidacją szpitali miejskich i reorganizacją oddziałów zabiegowych”* (ogłoszenie nr 2022/S 197-558032 z dn. 12/10/2022), gdzie przewidziano:
 - *za brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom w wysokości 500,00 zł za każde dokonanie przez Zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców,*



- za nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom **500,00 zł** za każdy dzień opóźnienia od dnia upływu terminu zapłaty do dnia zapłaty,
 - za brak dokonania wymaganej przez Zamawiającego zmiany Umowy o podwykonawstwo w zakresie dostaw lub usług w zakresie terminu zapłaty we wskazanym przez Zamawiającego terminie, w wysokości **500,00 złotych**.
 - postępowanie pn. *Budowa budynku kliniczno-dydaktyczno-badawczego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie* (ogłoszenie nr 2022/S 077-209258 z dn. 20/04/2022), gdzie przewidziano karę umowną w wysokości **5.000,00 (pięć tysięcy) złotych** za naruszenie polegające na:
 - nieprzedłożeniu do zaakceptowania Zamawiającemu projektu umowy, o podwykonawstwo której przedmiotem są roboty budowlane (lub projektu jej zmiany) zgodnie postanowieniami § 21 Umowy,
 - braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, o którym mowa w § 12 ust. 17 Umowy.
9. Niezależnie od powyższego, jak zostało to zasygnalizowane na wstępie Zamawiający w ramach §25 ust. 3 Umowy przewidział łączny limit kar umownych na poziomie 20%. W tym kontekście Odwołujący podnosi więc, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a **w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484§2 KC** (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że **roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy** (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), **co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienia nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 10%** (vide §26 ust. 1 lit. i) Umowy).
10. Takie stanowisko zajęła też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1601/18), gdzie wskazane zostało, że: **„Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty”**.



11. Biorąc pod uwagę powyższe, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), podkreślamy zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie. Zwracamy przy tym uwagę, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, którzy tak jak zostało to wskazane w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, **limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy**. Tak np. w ramach postępowania pn. „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce” - nr referencyjny: PI.I.271.6.2022 (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy); w ramach postępowania na Budowę Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, nr postępowania 04/MSN/PN/2018 (limit kar umownych na poziomie 15% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy); czy w ramach postępowania pn. „Budowa budynku TR Warszawa na Placu Defilad w Warszawie” (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy).

12. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie poszczególnym postanowieniom umownym następującego brzmienia:**

• **§26 ust. 1 lit. a) – h) Umowy:**

a) za zwłokę w zakończeniu realizacji Przedmiotu Umowy (tj. osiągnięciu CZR) w wysokości **0,05% wartości wynagrodzenia** ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy, za każdy dzień zwłoki;

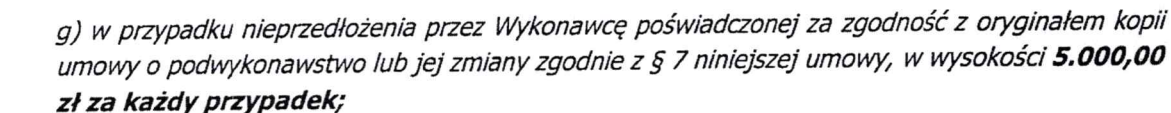
b) za zwłokę w rozpoczęciu lub zakończeniu elementu robót określonego w Harmonogramie w wysokości **0,05% wartości tego elementu** za każdy dzień zwłoki. W przypadku dotrzymania przez Wykonawcę umownego terminu realizacji Przedmiotu umowy, Zamawiający zobowiązany będzie dokonać zwrotu naliczonych i pobranych kar umownych;

c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze albo w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości w wysokości **0,05 % wartości wynagrodzenia** ryczałtowego określonego w § 12 ust. 1 umowy za przedmiot umowy, za każdy dzień zwłoki, licząc termin do usunięcia wad wynikający z SWZ, a w braku takiego terminu od wyznaczonego przez Zamawiającego odpowiedniego terminu do usunięcia wad;

d) za zwłokę w dostarczeniu wymaganych dokumentów określonych w niniejszej umowie w wysokości **5.000,00 zł za każdy dzień zwłoki**;

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 **5.000,00 zł za każdy dzień 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 **5.000,00 zł za każdy przypadek**;



- **§25 ust. 3 Umowy:** Wysokość wszystkich naliczonych kar dla każdej ze Stron nie może przekroczyć **10 % wynagrodzenia** określonego w § 12 ust. 1.

1. Zamawiający w ramach §33 Umowy przewidział m.in. postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, wskazując m.in., że:

1) Waloryzacja będzie przeprowadzana zarówno dla wzrostu, jak i dla spadku cen materiałów lub poziomu kosztów. W pierwszym przypadku wynagrodzenie zostanie zwiększone, a w drugim obniżone o wskaźnik waloryzacji.

3) Przy spełnieniu ku temu przesłanek, pierwsza waloryzacja wynagrodzenia będzie możliwa po upływie pierwszego pełnego miesiąca realizacji umowy następującego po okresie, o którym mowa w pkt 2) powyżej.

4) Poziom zmiany ceny materiałów lub wysokości kosztów, uzasadniający dokonanie waloryzacji wynagrodzenia nie może być mniejszy niż (+) (-) 4 % w okresie, za który Strony dopuściły waloryzację. W innym wypadku waloryzacji nie przeprowadza się.

5) Waloryzacja dokonywana będzie w oparciu o ogłaszany w komunikacie przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej (tablica 1), a w razie, gdyby w toku obowiązywania umowy wskaźnik ten przestał być ogłaszany przez Prezesa GUS – w oparciu o inny zbliżony wskaźnik opisujący wskaźniki cen dla branży budowlano-montażowej.

6) Wzrost cen i kosztów będzie ustalany jako procentowy wzrost wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w miesiącu złożenia wniosku przez Wykonawcę w stosunku do wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej z miesiąca, w którym nastąpiło zawarcie umowy (wskaźnik WGUS).

7) Waloryzacji, podlega wyłącznie pozostała do wypłaty część Wynagrodzenia należnego Wykonawcy tj. część wynagrodzenia należna za prace i roboty wykonane w kolejnym okresie tj. po waloryzacji, a nie wynagrodzenie wypłacone lub zafakturowane przed waloryzacją. Strony ustalają, iż wynagrodzenie Wykonawcy za prace i roboty wykonywane po upływie terminu zakończenia realizacji umowy, gdy nie został podpisany aneks do umowy, nie będzie podlegać waloryzacji.

(...)

13. 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**, 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.

2. Z kolei zgodnie z art. 439 ustawy Pzp:
 1. *Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.*
 2. *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 (...).*
3. Uwzględniając powyższe, pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmu waloryzacyjnego, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość doboru najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). **Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.** Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „*W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych*”.
4. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne **Zamawiający podporządkowany jest temu aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji.** Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający **podporządkowany jest też**



zasadzie proporcjonalności i przejrzystości, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego nakazuje ustalić chociażby czy wdrożenie przewidzianego mechanizmu waloryzacyjnego pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami.

5. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego **w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne**, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klausuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej **urealnienia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami**, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.
6. Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego przypadku, wskazania wymaga, że łączne respektowanie wszystkich parametrów dotyczących zasad i sposobu waloryzacji określonych w Umowie determinować będzie, iż **realnie to wykonawca będzie stroną ponoszącą znacznie wyższe ryzyka związane z ewentualnym wzrostem cen materiałów lub kosztów realizacji**, o tyle, że:
 - przez okres pierwszych 12 miesięcy wynagrodzenie nie będzie podlegało jakiegokolwiek waloryzacji, co uwzględniając zakładany czas realizacji przedmiotowego kontraktu (21 miesięcy) oznaczałoby, że przez większość czasu realizacji, ryzykiem wzrostu cen obciążona byłaby wyłącznie jedna strona umowy;
 - całym ryzykiem wzrostu cen do poziomu 4% w całości obciążony byłby wyłącznie wykonawca, z uwagi na fakt, iż aktywator mechanizmu waloryzacyjnego ustalony został przez Zamawiającego na poziomie +/- 4%;
 - nawet przy wzroście cen powyżej 4%, zgodnie z założeniem Zamawiającego, w dalszym ciągu przeważające ryzyka (w proporcji 70 do 30) miałyby ponosić wykonawca, co wynika z przyjętego przez Zamawiającego we wzorze obliczania wartości waloryzacji współczynnika korygującego.
7. W związku z tym, Odwołujący zwraca uwagę przede wszystkim na przyjęty przez Zamawiającego w ramach §33 ust. 13 Umowy współczynnik korygujący ustalony na poziomie 0,3, który nie tylko **abstrahuje od standardów rynkowych podziału ryzyka realizacyjnego pomiędzy wykonawcą a zamawiającym**, ale też determinuje całkowity **brak symetrii w ponoszeniu konsekwencji wystąpienia okoliczności wzrostu cen**, których wszak żadna ze stron nie jest w stanie przewidzieć na obecnym etapie postępowania. Nieprawidłowość i nieproporcjonalność przyjęcia mechanizmu opartego na tak określonym współczynniku korygującym unaoczniona jest chociażby poprzez poniższą symulację, w której to Odwołujący przyjął jako szacunkową wartość niniejszego zamówienia kwotę 100 mln zł, biorąc jednocześnie pod uwagę ostatnie opublikowane w komunikacie Prezesa GUS dane obrazuje wskaźnik cen produkcji budowlano – montażowej (tablica 1) oraz odpowiadające im dane z analogicznego okresu sprzed 12 miesięcy:



Wzór obliczania wartości waloryzacji:

13. 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, 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.

Dane z Głównego Urzędu Statystycznego:

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w lutym 2022 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	01 2022		02 2022		01-02 2022		Nazwa s Dane zm
	12 2021=100	analogiczny okres 2021=100	01 2022=100	12 2021=100	01-02 2021=100		
OGÓŁEM	101,1	108,3	109,3	101,2	102,3	108,8	
Budowa budynków ^a	101,1	108,7	109,7	101,2	102,3	109,2	
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	101,2*	108,6*	109,6	101,2	102,4	109,1	
Roboty budowlane specjalistyczne	101,1*	107,4*	108,5	101,1	102,2	108,0	

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu i lutym 2023r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	01 2023		02 2023		01-02 2023	
	12 2022=100	analogiczny okres 2022=100	01 2023=100	12 2022=100	01-02 2022=100	
OGÓŁEM	100,4*	113,6*	112,9	100,6	101,0	113,3
Budowa budynków ^a	100,5*	114,7*	113,9	100,5	101,0	114,3
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,6*	113,9*	113,4	100,6	101,4	113,7
Roboty budowlane specjalistyczne	100,1*	111,7*	110,9	100,3	100,4	111,3

Wzrost wskaźnika produkcji budowlano – montażowej na podstawie danych GUS w okresie 02.2022 – 02.2023:

113,3 (wskaźnik produkcji budowlano montażowej z 02.2023 r.) – 108,8 (wskaźnik produkcji budowlano montażowej z 02.2022 r.) = **4,50**

Wartość waloryzacji przy założeniu zawarcia umowy w 02.2022 r.:



	Waloryzowany okres	KW	=	WK	x	WU	x	WGUS	/	100,00
Według wzoru zamawiającego	02.2022 do 02.2023	1 350 000,00		0,30		100 000 000,00		4,50%		100,00
Realny wzrost cen na bazie współczynników	02.2022 do 02.2023	4 500 000,00		1,00		100 000 000,00		4,50%		100,00

8. Powyższe obrazuje, że przy przyjęciu proponowanego przez Zamawiającego współczynnika korygującego, przy wzroście cen wyliczonym wskaźnikowo na poziomie 4.500.000,00 zł, waloryzacja pokrywałaby jedynie 1.350.000,00 zł rzeczonoego wzrostu, obciążając więc wykonawców negatywnymi konsekwencjami jego wystąpienia na poziomie przekraczającym 3.000.000,00 zł. **Rzeczono wartości bezwzględne jednoznacznie obrazują więc brak równomiernego podziału ryzyk pomiędzy stronami**, wskazując na realne, znaczne ryzyka finansowe, które obciążać miałyby wykonawców. Trudno w takiej sytuacji mówić o jakiegokolwiek efektywności zastosowanej klauzuli waloryzacyjnej, jeśli z założenia, nie doprowadzi ona do przywrócenia równowagi ekonomicznej pomiędzy stronami, w sposób znaczący i nadmierny przesuwając ciężar konsekwencji wystąpienia nieprzewidywalnych okoliczności wyłącznie na jedną stronę stosunku zobowiązaniowego.

9. W tym kontekście Odwołujący podkreśla jednocześnie, że **przyjętym, rynkowym standardem podziału ryzyka wzrostu cen pomiędzy stronami, jest podział w stosunku 50:50**, który respektowany jest przez największych publicznych zamawiających w kraju, w tym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, która nie tylko oparła wyliczenie waloryzacji na takim stosunku podziału ryzyk, ale też z perspektywy funkcjonowania mechanizmów waloryzacyjnych, dokonuje pozytywnej oceny przyjętego rozwiązania. *Jednym z głównych założeń mechanizmu waloryzacyjnego jest **solidarny (50/50) podział ryzyka** związanego ze wzrostem/spadkiem kosztów realizacji kontraktów pomiędzy wykonawcą a zamawiającego (GDDKiA)⁴*. Podobne zasady podziału ryzyk w mechanizmie waloryzacyjnym przyjmują też zamawiający na gruncie inwestycji kubaturowych – np. w postępowaniu pn. *Budowa budynku kliniczno-dydaktyczno-badawczego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu przy ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie* (DZP-240/3/PN/2023).

10. Przy przyjęciu rzeczonoego, solidarnego podziału ryzyka pomiędzy stronami w ramach współczynnika korygującego, o który wnioskuje Odwołujący w ramach niniejszego odwołania, w przedstawianej powyżej symulacji wyliczenia waloryzacji, kwotowe obciążenie każdej ze stron konsekwencjami wzrostu cen przedstawiałby się w sposób następujący (obciążając każdą ze stron finansowymi konsekwencjami na poziomie 2.250.000,00 zł):

	Waloryzowany okres	KW	=	WK	x	WU	x	WGUS	/	100,00
Według wzoru proponowanego przez Odwołującego	02.2022 do 02.2023	2 250 000,00		0,50		100 000 000,00		4,50%		100,00
Realny wzrost cen na bazie współczynników	02.2022 do 02.2023	4 500 000,00		1,00		100 000 000,00		4,50%		100,00

⁴ <https://www.gov.pl/web/gddkia/waloryzacja-a-zmiany-cen-na-ryнку---nowe-dane22>



11. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty zastosowanego przez Zamawiającego współczynnika korygującego, poprzez jego zmianę do poziomu 0,5. Uwzględnienie rzeczonego postulatu, nieznacznie modyfikującego założenie przyjęte przez Zamawiającego, pozwoli na urealnienie mechanizmu waloryzacji i zmniejszenie ryzyk obciążających wykonawców, którzy i tak – z uwagi na przewidziany okres pierwszej waloryzacji i aktywator waloryzacji ustalony na poziomie +/- 4% - ponosić będą znacznie większe niż Zamawiający konsekwencje związane z ewentualnym wzrostem cen i kosztów realizacji inwestycji. Utrzymanie dotychczasowego wskaźnika korygującego, stanowiącego kolejny przewidziany przez Zamawiającego element ograniczający uprawnienia wykonawców i przerzucających na wykonawców dalsze ryzyka, doprowadzi do sytuacji, w której **wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową znacznie większe rezerwy związane z realizacją kontraktu**. W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.
12. Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że **prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu** (por. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022).
13. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §33 ust. 13 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:**
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 = 0,5, 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.

VI. Zarzut dotyczący ryzyk związanych z prawidłowym opisem przedmiotu zamówienia i zakresem kosztów koniecznych do uwzględnienia w ramach oferty – zarzut nr 5

1. Zamawiający w ramach §3 ust. 2 lit. a) – e) Umowy zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczeń, dotyczących m.in. zakresu danych uwzględnionych przez nich w procesie ofertowania, do wykonania których zobowiązują się na podstawie rzeczonego kontraktu:

Wykonawca oświadcza, że:

a) *zapoznał się szczegółowo, przed złożeniem Oferty, z warunkami Nieruchomości i placem budowy, ujął wszelkie elementy niezbędne do prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną oraz zasadami techniki wykonania Przedmiotu umowy, uwzględnił wszelkie wpływy mające znaczenie na sposób określenia ceny oraz koszty, w tym także odpowiednie rozporządzenia, zarządzenia, postanowienia i decyzje administracyjne związane z wykonaniem infrastruktury, sieci i instalacji podziemnych,*

budimex

b) nie będzie dochodził żadnych roszczeń na etapie wykonywania Przedmiotu umowy lub po jego zakończeniu z tytułu popełnionych przez siebie błędów kalkulacyjnych, a w szczególności ilości robót i prac koniecznych i niezbędnych do wykonania, jak również z tytułu zmian cen jednostkowych,

c) wszystkie okoliczności budzące wątpliwości dotyczące zarówno standardów wykonania Przedmiotu umowy, technologii, wymagań projektantów i Zamawiającego, rozwiązań eksploatacyjno-użytkowych oraz innych uwarunkowań, w tym także wynikających z decyzji administracyjnych, urzędów i służb miejskich zostały wyjaśnione i uwzględnione przy sporządzaniu kalkulacji,

d) przewidział także sytuację, związaną z ewentualnym wykonaniem przez siebie projektów wykonawczych i zobowiązuje się je wykonać w razie potrzeby, w tym projektów warsztatowych oraz projektów zamiennych wymagających każdorazowo uzgodnienia i zgody Zamawiającego,

e) wszystkie prace, elementy oraz grupy robót lub prac, co do których Wykonawca nie zasięgnął informacji od Zamawiającego na etapie dokonywania wyliczenia kosztów oraz sporządzania oferty, są także zawarte w cenie ryczałtowej (...).

2. Jednocześnie, w ramach §12 ust. 5 Umowy, Zamawiający podkreślił, że w cenie ofertowej mieścić muszą się wszelkie tak zdefiniowane zobowiązania, wskazując, że: *Kwota wynagrodzenia obejmuje wszystkie czynności niezbędne do kompleksowego wykonania całego Przedmiotu umowy zgodnie z jej treścią, wraz z koordynacją wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego, a w szczególności: odbiorami, atestami, próbami, opłatami urzędowymi, zabezpieczeniem robót, przygotowaniem dokumentów odbiorowych i dokumentacji powykonawczej, doprowadzeniem do odbiorów częściowych i odbioru końcowego oraz wypełnienia wszystkich obowiązków wynikających z obowiązujących rękopisów i gwarancji.*

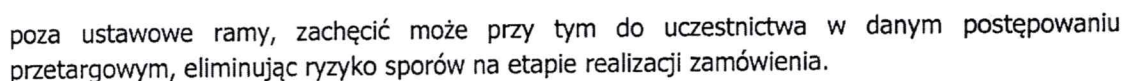
3. Odnosząc się do tak zdefiniowanych postanowień Odwołujący na wstępie pragnie podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 99 ust. 1 ustawy Pzp powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, **w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację.** Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz **uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), w ramach którego wskazał, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. W związku z tym jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) „*opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo(...)*”.

4. Przekładając powyższe na grunt cytowanego postanowienia Odwołujący wskazuje, że literalna treść §3 ust. 2 lit. e) Umowy sugeruje próbę uchylania się przez Zamawiającego od



odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, które jak wyrażnie wynika z poczynionych powyżej uwag jest jego wyłączną prerogatywą. W konsekwencji, Zamawiający usiłuje przerzucić na wykonawcę w zasadzie nieograniczony katalog ryzyk związanych z nieprecyzyznością i brakami zaistniałymi w dokumentacji projektowej, narzucając, że wynagrodzenie ryczałtowe ma konsumować wszelkie prace związane z realizacją zamówienia, które okażą się niezbędne, **nawet jeśli nie wynikają one z przekazanej dokumentacji**. Tak określony zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę **nie tylko narusza jego prawa podmiotowe ale też generuje ryzyko całkowitej nieporównywalności złożonych ofert**. Skoro bowiem wykonawcy mieliby uwzględnić konieczność wykonania prac niewynikających z dokumentacji i niemożliwych do przewidzenia na jej podstawie, szacunki każdego z wykonawców dokonywane na tej podstawie mogą być całkowicie odmienne, mając nadto charakter całkowicie spekulacyjny.

5. Jakkolwiek wykonawca akceptuje obowiązek wykonania w cenie kontraktowej wszystkich elementów wynikających z udostępnionej dokumentacji i możliwych do wywiedzenia z niej przy uwzględnieniu aktualnej wiedzy technicznej, jak również uwzględnienia aktualnie obowiązujących norm i przepisów prawa regulujących realizację kontraktu, to obowiązki nakładane na wykonawców sugerują odpowiedzialność wykonawcy również za te elementy, które ani pośrednio ani bezpośrednio z udostępnionej dokumentacji nie wynikają. Tymczasem, **zgodnie z utartą praktyką orzecniczą i realizacją to właśnie elementy możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionej dokumentacji mogą stanowić maksymalną granicę wyznaczającą zobowiązanie nałożone na wykonawcę**. Tak przykładowo w przeprowadzonym niedawno postępowaniu pn. „Budowa dwóch hal targowych wraz z infrastrukturą techniczną, murów oporowych, miejsc postojowych wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Kawalerskiej w Białymstoku” (znak sprawy NDZ.231.17.2019.DM), gdzie Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że Wykonawca *ponosi pełną odpowiedzialność za skutki braku lub mylnego rozpoznania warunków realizacji Umowy w zakresie możliwym do przewidzenia na podstawie SIWZ. Nie dotyczy to warunków niemożliwych do przewidzenia na etapie składania ofert*.
6. Wszelkie inne prace, których nie dało się wywieźć z udostępnionej dokumentacji, przeprowadzonej wizji lokalnej czy istniejących norm i przepisów prawa, siłą rzeczy nie mogą stanowić przedmiotu zamówienia, nie będąc nim objętymi. **Dla takich sytuacji ustawodawca przewidział wprost możliwość realizacji robót dodatkowych czy innych zmian w umowie**, co oznacza, że kwestionowane postanowienia umowne nie tylko naruszają przepisy prawa zdefiniowane w petitum niniejszego odwołania, ale też stanowią obejście art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.
7. W konsekwencji, respektując także jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych zdefiniowaną w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasadę przejrzystości, wykonawcy muszą na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia dysponować jednoznacznymi i klarownymi informacjami dotyczącymi zakresu nałożonych na nich zobowiązań, które powinny być wprost skorelowane z udostępnionym opisem przedmiotu zamówienia i ogólnodostępnymi informacjami możliwymi do przeanalizowania przez profesjonalnego wykonawcę. Wyeliminowanie postanowień budzących wątpliwości interpretacyjne, sugerujących nałożenie na wykonawców zobowiązań wykraczających



- §33 ust. 2 lit. e) Umowy: *wszystkie prace, elementy oraz grupy robót lub prac, co do których Wykonawca nie zasięgnął informacji od Zamawiającego na etapie dokonywania wyliczenia kosztów oraz sporządzania oferty, są także zawarte w cenie ryczałtowej o ile Wykonawca jako profesjonalista mógł przewidzieć je na etapie składania oferty;*

- §12 ust. 5 Umowy: Kwota wynagrodzenia obejmuje wszystkie czynności niezbędne do kompleksowego wykonania całego Przedmiotu umowy zgodnie z jej treścią **(o ile Wykonawca jako profesjonalista mógł przewidzieć je na etapie składania oferty)** wraz z koordynacją wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego, a w szczególności: odbiorami, atestami, próbami, opłatami urzędowymi, zabezpieczeniem robót, przygotowaniem dokumentów odbiorowych i dokumentacji powykonawczej, doprowadzeniem do odbiorów częściowych i odbioru końcowego oraz wypełnienia wszystkich obowiązków wynikających z obowiązujących rekojmii i gwarancji.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o jego uwzględnienie.

Andrzej Nowak
radca prawny

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.