



Warszawa, dnia 15 listopada 2024 r.

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

Zamawiający: **Pomorski Uniwersytet Medyczny w
Szczecinie**
ul. Rybacka 1, 70-204 Szczecin
NIP: 852-000-67-57, REGON: 000288886
e-mail: przetargi@pum.edu.pl
tel.: +48 91 813 26 11

Odwołujący: **Budimex S.A.**
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowany przez:
r.pr. Annę Wrzesień
r.pr. Magdalenę Maksimiuk
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: anna.wrzesien@budimex.pl
magdalena.maksimiuk@budimex.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Kompleksowa rozbudowa Katedry Medycyny Sądowej PUM w Szczecinie o nowy budynek przy al. Powstańców Wielkopolskich 72* (nr referencyjny: DZP-240/25/PN/2024; dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 listopada 2024 r. pod numerem 670240-2024, nr wydania: DZ.U.S.: 215/2024.

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.



Niniejszym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w szczególności następujących przepisów:

- 1. 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. 16 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Wzoru Umowy (załącznik nr 2 do SWZ; dalej jako „Umowa”) kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, co jest postanowieniem naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 1**);
- 2. 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 wbrew wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność, stanowiąc jednocześnie wyraz nadużycia prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 2**);
- 3. art. 433 pkt 3) ustawy Pzp, w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC, art. 353(1) KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień, z których wynika odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający, tj. za prawidłowość identyfikacji uwarunkowań istotnych z punktu widzenia realizacji zamówienia, przekładających się na treść dokumentacji postępowania, co stanowi o przerzuceniu na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z nieprawidłowym i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, co stanowi klauzulę abuzywną, prowadzącą do nadużycia przez Zamawiającego prawa do kształtowania postanowień umownych i jego pozycji dominującej, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (**zarzut nr 3**);
- 4. art. 436 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 437 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 455 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 3) ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do zmiany zasad wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcom bez określenia precyzyjnych zasad możliwej modyfikacji w tym zakresie, przy jednoczesnym braku zagwarantowania możliwości korekty wysokości należnego wynagrodzenia uwzględniającego następczą konieczność finansowania inwestycji po stronie wykonawców, co generuje ryzyka niemożliwe do skalkulowania, a w konsekwencji narusza równowagę stron umowy i prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego, obciążając wykonawców konsekwencjami wystąpienia okoliczności, za które nie ponoszą oni odpowiedzialności (**zarzut nr 4**).



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 wymogom 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 5 listopada 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp został zachowany.

Odwołujący uiszczył 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 sformułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą zasadniczo treści Umowy udostępnionej przez Zamawiającego w ramach załączników do treści 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. 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

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



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 katalogu zamkniętego 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 współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy (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 współzycia 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 współzycia 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, polegającego 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 kar umownych i ustalonego limitu ich wysokości – zarzut nr 1

1. W ramach §19 Umowy, Zamawiający wprowadził do katalogu kar umownych m.in. następujące podstawy ich naliczania oraz następujący limit ich wysokości:

- **§19 ust 1 Umowy:**

- 2) *0,5% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 10 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, w zakończeniu robót budowlanych, w stosunku do terminu określonego w § 6 ust. 1 lub terminu określonego w § 6 ust. 3.*

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

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



4) 0,2% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 10 ust. 1, w przypadku zwłoki w usunięciu wady lub usterki, stwierdzonej podczas odbioru częściowego lub końcowego, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

- **§19 ust. 2 Umowy:** *Kary umowne podlegają kumulacji. Maksymalna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekraczać 30% całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 10 ust. 1.*
 - **§21 ust. 1 pkt 7) Umowy:** *łącznie wysokość naliczonych Wykonawcy kar umownych wynosi co najmniej 30% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1.*
2. Oceniając cytowane powyżej postanowienia umowne wskazać należy, że określony w ich ramach pułap wysokości kar umownych ma charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy jest nieadekwatne. Kara umowna określona w ten sposób nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego, tylko 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) należy zwłaszcza podkreślić, 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.**
 3. Rażąco wygórowany charakter zdefiniowanych na wstępie kar umownych potwierdza też 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.
 4. Uwzględniając powyższe i odnosząc się do poszczególnych kar umownych zdefiniowanych na wstępie, kwestionowanych w ramach niniejszego odwołania, Odwołujący wskazuje co następuje:
 - **kara umowna za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy - §19 ust. 1 pkt 2) Umowy**
 5. Jakkolwiek Odwołujący nie neguje, że terminowość wykonania inwestycji stanowi jeden z podstawowych aspektów jej realizacji i zasadnie zabezpieczona jest karą umowną na rzecz Zamawiającego, to nie sposób uznać aby wysokość kary proponowana obecnie z tego tytułu miała charakter adekwatny i proporcjonalny do przewinienia, stanowiąc czynnik mobilizujący wykonawców. Uwzględniając bowiem wysokości kar proponowane przez Zamawiającego, **przy 30 dniach zwłoki w realizacji zamówienia, kara umowna, którą miałyby być obciążony**



wykonawca byłaby zrównana z karą umowną za odstąpienie od umowy. Paradoksalnie więc przy zwłóce w wykonaniu zamówienia, przekraczającej planowany termin realizacji za ledwie o 30 dni (co nie jest okresem niespotykanym czy świadczącym o braku potencjału na prawidłowe wykonanie inwestycji), wykonawcy bardziej opłacałoby się od umowy odstąpić niż kontynuować jej realizację i narażać się na ponoszenie dalszych kosztów z nią związanych. Dobitnie obrazuje to, że zastrzeżona przez Zamawiającego kara umowna nie spełnia swojej funkcji, działając na wykonawców wręcz demobilizująco i zniechęcając w ogóle do podejmowania starań celem zakończenia kontraktu przy wystąpieniu pewnego rodzaju opóźnień.

6. Pułapy kar proponowane przez Zamawiającego zupełnie abstrahują przy tym od realiów rynkowych, w ramach których publiczni zamawiający przy inwestycjach o zbliżonej skali i wartości za zwłókę w realizacji zamówienia standardowo przyjmują karę umowną na poziomie maksymalnie ok. 0,05% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, np.:
- 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. *„Poprawa jakości i dostępności w diagnostyce i terapii chorób cywilizacyjnych poprzez rozbudowę szpitala specjalistycznego im. F. Ceynowy w Wejherowie”* (znak postępowania: D25C/251/N/25-49rj/19, Zamawiający: Szpitale Pomorskie Sp. z o.o.): kara umowna na poziomie 0,05% za każdy dzień zwłoki;
 - Postępowanie pn. *„Budowa budynku CK STOS z zagospodarowaniem terenu w ramach projektu: „Utworzenie w Gdańsku Centrum Kompetencji STOS (Smart and Transdisciplinary Knowledge Services) w zakresie infrastruktury B+R.”* (znak postępowania: ZP/229/022/R/19, Zamawiający: Politechnika Gdańska): kara umowna na poziomie 0,05% za każdy dzień zwłoki,
 - Postępowanie pn. *„Budowa Centrum Dydaktyczno-Egzaminacyjnego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku wraz z zagospodarowaniem terenu oraz opracowaniem dokumentacji projektowej, uzyskaniem pozwolenia na budowę i ostatecznej złożeniem wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”* (znak postępowania: AZP.25.3.2024, Zamawiający: Uniwersytet Medyczny w Białymstoku): kara umowna na poziomie 0,02% za każdy dzień zwłoki;
 - Postępowanie pn. *Zaprojektowanie i budowa budynku biurowego w Łodzi przy ul. Limanowskiego 147/149 na potrzeby MPK- Łódź Sp. z o.o.* (nr postępowania: WZ-091-128/23, Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Łódź sp. z o.o.): kara umowna na poziomie 0,01% za każdy dzień zwłoki.

• **kary umowne za zwłókę w usuwaniu wad lub usterek - §19 ust. 1 pkt 4) Umowy**

7. Odwołujący w całej rozciągłości podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej. Dodatkowo, Odwołujący akcentuje konieczność jeszcze dalej idącej modyfikacji postanowień umownych w tym zakresie, o tyle, że dotyczą one przewinienia o relatywnie mniejszej wadze niż uchybienie terminowi realizacji zamówienia. Co do zasady bowiem w sytuacji wystąpienia wad lub usterek i ich usuwania przez wykonawcę, zamawiający może już korzystać z efektów wykonanych prac, a podstawowy cel zamówienia jakim jest terminowe oddanie obiektu do użytkowania jest już



zachowany. Trudno więc zidentyfikować w tej sytuacji tak istotną szkodę występującą po stronie Zamawiającego, której wystąpienie miałyby być zabezpieczone tak wysoką karą umowną.

8. W konsekwencji, za zwłokę w usuwaniu wad przedmiotu umowy, publiczni zamawiający standardowo przewidują kary niższe niż dotyczące zwłoki w terminowym wykonaniu kontraktu, przewidując kary umowne na poziomie ok. 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.
9. Niezależnie od powyższego, jak zostało to zasygnalizowane na wstępie Zamawiający w ramach §19 ust. 2 Umowy przewidział łączny limit kar umownych na poziomie **30% całkowitego wynagrodzenia umownego**, co uczynił jednak w sposób niespójny i niekonsekwentny, o tyle, że w ramach §21 ust. 1 pkt 7) Umowy wskazał już na limit kar na poziomie „co najmniej” 30%, sugerując możliwość jego nieograniczonego zwiększania, odnosząc się przy tym do innego pułapu wynagrodzenia (wynagrodzenia brutto, a nie wynagrodzenia netto jak w §19 ust. 2 Umowy). Jednocześnie, w ramach §19 ust. 2 Umowy Zamawiający założył też kumulację kar, sugerującą sumowanie kar umownych za wystąpienie tego samego przewinienia (np. ewentualne uchybienia w realizacji zamówienia mogą być podstawą naliczania poszczególnych kar umownych zdefiniowanych w §19 ust. 1 pkt 2)-14) Umowy i jednocześnie sankcjonowane być z uwagi na ewentualne odstępianie od umowy na ich podstawach). W tym kontekście, Odwoływający podkreśla więc, że tego rodzaju kumulacja kar umownych stanowi **wyraz mechanizmu „podwójnego karania”**, niedopuszczalnego przez wzgląd na zasadę proporcjonalności i zasady współzycia społecznego.
10. Co więcej, Odwoływający 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 nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 15% wartości całkowitej umowy** (vide 19 ust. 1 pkt 1) Umowy).



11. 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**”.*
12. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, 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).

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

• **§19 ust 1 Umowy:**

- 2) **0,05%** całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 10 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, w zakończeniu robót budowlanych, w stosunku do terminu określonego w § 6 ust. 1 lub terminu określonego w § 6 ust. 3.
- 4) **0,02%** całkowitego wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w § 10 ust. 1, w przypadku zwłoki w usunięciu wady lub usterki, stwierdzonej podczas odbioru częściowego lub końcowego, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;



- **§19 ust. 2 Umowy:** ~~Kary umowne podlegają kumulacji.~~ Maksymalna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekraczać **15% całkowitego wynagrodzenia umownego netto**, o którym mowa w § 10 ust. 1.
- **§21 ust. 1 pkt 7) Umowy:** łączna wysokość naliczonych Wykonawcy kar umownych wynosi € ~~najmniej~~ **maksymalnie 15% całkowitego wynagrodzenia umownego netto brutto**, o którym mowa w § 10 ust. 1.

III.Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej - zarzut nr 2

1. Zamawiający w ramach §10 Umowy wprowadził postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia o następującej treści:

18. Jeżeli w czasie trwania umowy ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, **zmieniają się o co najmniej 20%** względem ceny przyjętej w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie, znajdującej odzwierciedlenie, w przekazanym zamawiającemu wraz z harmonogramem kosztorysie pomocniczym, każda ze Stron ma prawo wystąpić do drugiej Strony z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia umownego. Strona żądająca zmiany wynagrodzenia na tej podstawie przedłoży dowody na wpływ zmiany cen lub kosztów na koszt wykonywania zamówienia, w szczególności przedstawiając zmniejszony zysk z powodu zmiany cen lub kosztów.

19. W przypadku o którym mowa w ust. 18 Strona wnioskująca o zmianę wynagrodzenia, wraz z tym wnioskiem przedkłada drugiej stronie wyliczenie zmienionych cen i kosztów z uwzględnieniem poniższych reguł:

- a. ceny jednostkowe będą odzwierciedlać realną wartość robót z uwzględnieniem zysku nie wyższego niż 5%,
- b. ceny jednostkowe będą nie wyższe niż ceny rynkowe odpowiadające zakresowi robót lub zmienianych materiałów,
- c. kosztorys będzie uwzględniać ceny nie wyższe niż ceny jednostkowe wynikające z ogólnie dostępnych cenników, np. Sekocenbudu, aktualnych na dzień sporządzenia kosztorysu.

24.Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, związana z okolicznościami, o których mowa w ust. 18 wynosi **10% pierwotnej wartości zamówienia**.

2. Oceniając prawidłowość tak zdefiniowanej klauzuli waloryzacyjnej Odwołujący na wstępie nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmem waloryzacyjnym, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana jest bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość dobrania 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.

3. 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 powinna ustalić czy określony przez Zamawiającego sposób waloryzowania wynagrodzenia pozwoli na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego.
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. „klauzuli 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 urealnia 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. Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.
7. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. **W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym**



bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

8. Przekładając powyższą argumentację na grunt skarżonych postanowień Umowy, Odwołujący akcentuje uchybienia dotyczące jej treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania klauzuli waloryzacyjnej realnego charakteru i ukształtowania sposobu waloryzowania wynagrodzenia pozwalającego na realne przywrócenie równowagi ekonomicznej stron stosunku zobowiązaniowego, tj.:
- 1) brak określenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz określenia dalszych okresów, w których może następować zmiana;
 - 2) brak wskazania dotyczącego wskaźników branych pod uwagę podczas ustalania zakresu waloryzacji wynagrodzenia;
 - 3) zastosowanie aktywatora waloryzacji na poziomie 20% względem ceny lub kosztu przyjętego w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie;
 - 4) zastosowanie limitu waloryzacji na poziomie 10% wynagrodzenia brutto.

Brak określenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz określenia dalszych okresów, w których może następować zmiana

9. Zamawiający w żadnym miejscu Umowy nie wskazał w jakim terminie nastąpi pierwsza waloryzacja, nie określając też dalszych okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia, pomimo, że **jest to literalny wymóg wynikający z treści art. 439 ust. 2 pkt 1) i pkt 3) ustawy Pzp.**
10. Jak wskazują komentatorzy, określenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia, tj. dnia, w którym zmiana wynagrodzenia wejdzie w życie powinno uwzględniać cel wprowadzenia komentowanego przepisu, tzn. zapewnienia równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Wskazuje się przy tym, że 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, co może sugerować przyjęcie założenia trwałości, niezmienności stosunku umownego w zakresie wynagrodzenia wykonawcy w okresie 6 miesięcy (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M.Jaworska, Legalis 2024). **Uwzględniając powyższe i istniejącą praktykę rynkową, Odwołujący w ramach wniosku o zmianę postanowień umownych proponuje więc ustalenie początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia na 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.**



11. Jednocześnie, uwzględniając powyższe uwagi oraz okoliczność, że okres realizacji przedmiotowej Umowy wyznaczony został na 12 miesięcy, a ustawodawca w ramach art. 439 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp posłużył się liczbą mnogą w odniesieniu do wprowadzanych do umowy okresów waloryzacji, aby zagwarantować efektywność mechanizmu waloryzacyjnego, w ramach wniosku o zmianę postanowień umownych Odwołujący wnosi jednocześnie o **ustalenie dalszych okresów waloryzacji na 3 miesiące od daty ostatniej zmiany Umowy.**

Brak wskazania dotyczącego wskaźników branych pod uwagę podczas ustalania zakresu waloryzacji wynagrodzenia

12. Jak zostało zacytowane na wstępie niniejszej części uzasadnienia odwołania, **Zamawiający nie sprecyzował na jakich wskaźnikach zmiany cen materiałów lub kosztów opierać się będzie w ramach ustalenia umownej zmiany wynagrodzenia**, pomimo, że jest to literalnym wymaganiem wynikającym z dyspozycji art. 439 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.
13. Uwzględniając powyższe, oraz okoliczność, że ustawodawca w ramach art. 439 ust. 2 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp jako zasadę i podstawowy wskaźnik mogący być stosowany w ramach umów o zamówienie publiczne wskazał na wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów ogłaszane w komunikacie Prezesa Urzędu Statystycznego, we wniosku o zmianę Umowy w tym zakresie, Odwołujący wnosi o odniesienie się do tego rodzaju wskaźnika, uwzględniając jednocześnie przedmiot niniejszego zamówienia w postaci robót budowlanych. W tym miejscu Odwołujący wskazuje bowiem, że w ramach komunikatów Prezesa GUS **ogłaszane są m.in. wskaźniki cen produkcji budowlano – montażowej i ich zmiany w poszczególnych okresach**, które to powszechnie stosowane są przez publicznych zamawiających w ramach konstruowania klauzul waloryzacyjnych.
14. W kontekście powyższych uchybień w ukształtowanej obecnie klauzuli waloryzacyjnej, Odwołujący wskazuje przy tym, że art. 439 ustawy Pzp będąc przepisem bezwzględnie obowiązującym wymaga aby klauzula waloryzacyjna wprowadzana do wzoru umowy przez Zamawiającego respektowała wszystkie elementy wymienione w tym przepisie, **tak aby następce wdrożenie klauzuli waloryzacyjnej mogło następować niejako „automatycznie” bez sporów interpretacyjnych pomiędzy stronami umowy.** Powyższy obowiązek, skorelowany z wyartykułowaną w ramach art. 16 ustawy Pzp zasadą przejrzystości, oznacza więc, że postanowienia przyszłej umowy w tym zakresie muszą być jasne i precyzyjne, eliminujące potrzebę wnioskowania co do realnych intencji Zamawiającego. W konsekwencji, Zamawiający w ramach Umowy winien w sposób jednoznaczny i klarowny określić jakie wskaźniki należy brać pod uwagę przy ustaleniu zasadności formułowania wniosku o zmianę wynagrodzenia w tym zakresie.

Ustalenie aktywatora waloryzacji na nierealnym poziomie 20%

15. Tak jak zostało zacytowane na wstępie Zamawiający przewidział aktywację waloryzacji jedynie w sytuacji, w której poziom zmiany cen materiałów lub kosztów wyniesie minimum 20% względem ceny przyjętej w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie, znajdującej



odzwierciedlenie, w przekazanym zamawiającemu wraz z harmonogramem kosztorysie pomocniczym (§10 ust. 18 Umowy).

16. Sens zastosowania tzw. „aktywatora” sprowadza się wyłącznie do ograniczenia zaangażowania (czasowego, ekonomicznego, osobowego) Stron umowy w procedowanie waloryzacji dla pewnych kwot ograniczonych procentowo, jednak w żadnej mierze nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Z uwagi więc z jednej strony na brak obligatoryjności wprowadzania postanowień tego rodzaju (dotyczących aktywatora waloryzacji), z drugiej zaś na nałożony na zamawiających obowiązek wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień, które realnie zagwarantują wdrożenie mechanizmu waloryzacyjnego, często spotykaną praktyką jest nawet całkowita rezygnacja z zastosowania aktywatorów, z dwóch podstawowych względów: a) aktywatory nie zostały uwzględnione jako elementy proponowanych klauzul waloryzacyjnych w ramach przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych publikacji z listopada 2022 r. pt.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa”, nie są też standardowo uwzględniane jako elementy klauzuli w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz PKP PLK, b) wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zbyt wysokiego progu aktywacji, mógłby nigdy nie znaleźć zastosowania, co nie jest zgodne z założeniami ustawodawcy i respektowaniem prawidłowości wydatkowania środków publicznych.
17. Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego Postępowania, **w przypadku, gdy wskaźnik zmiany cen materiałów zatrzymałby się w referencyjnym okresie, np. nawet na wartości 19,9% to klauzula waloryzacyjna w ogóle nie znalazłaby zastosowania, a całkowite ryzyko wzrostu kosztów na takim poziomie przerzucone byłoby na jedną stronę stosunku zobowiązaniowego, tj. na wykonawcę.** Taka sytuacja obrazuje, że klauzula waloryzacyjna oparta na takiej wartości aktywatora jest postanowieniem nieefektywnym, albo wręcz martwym, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu ustawy Pzp.
18. Brak efektywności klauzuli waloryzacyjnej przy zastosowanym przez Zamawiającego progu aktywatora waloryzacji na poziomie 20% potwierdza analiza danych publikowanych w ostatnich latach przez Prezesa GUS, zgodnie z którymi:
- a) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu 2023 r.:



Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2022r. i styczniu 2023r.

Wyszczególnienie	12 2022		01-12 2022	01 2023	
	11 2022=100	analogiczny okres 2021=100		01 2022=100	12 2022=100
Ogółem	100,6*	114,4*	112,7	113,1	100,0
Budowa budynków ^{a)}	100,6*	115,5*	113,5	114,2	100,1
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^{a)}	100,6*	114,4*	112,8	113,2	100,1
Roboty budowlane specjalistyczne	100,7*	113,0*	111,2	111,5	99,9

^{a)} Nazwa skrócona według PKD 2007

* Dane zmienione w stosunku do wcześniej opublikowanych.

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-styczniu-2023-roku,15,50.html>)

b) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w czerwcu 2023 r. (pub. 20.07.2023 r.):

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w maju i czerwcu 2023 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	05 2023		06 2023		01-06 2023	
	04 2023=100	analogiczny okres 2022=100		05 2023=100	12 2022=100	01-06 2022=100
OGÓŁEM	100,9	110,9	110,4	101,0	104,1	111,9
Budowa budynków ^{a)}	100,7*	110,7	109,8	100,8	103,5	112,2
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^{a)}	101,0	111,8	111,4	101,0	104,9	112,5
Roboty budowlane specjalistyczne	100,9*	109,7*	109,8	101,0	103,7	110,4

^{a)} Nazwa skrócona według PKD 2007

* Dane zmienione w stosunku do wcześniej opublikowanych.



(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-czerwcu-2023-roku,15,55.html>)

c) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. (publikacja 19.01.2024 r.):

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w listopadzie i grudniu 2023 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	11 2023		12 2023		01-12 2023
	10 2023=100	analogiczny okres 2022=100	11 2023=100	12 2023=100	01-12 2023=100
OGÓŁEM	100,5	108,0	107,5	100,3	110,2
Budowa budynków ^{a)}	100,4	107,0*	106,4	100,3	110,0
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^{a)}	100,5	109,3*	108,8	100,4	111,2
Roboty budowlane specjalistyczne	100,5	107,4	106,8	100,3	109,2

^{a)} Nazwa skrócona według PKD 2007

* Dane zmienione w stosunku do wcześniej opublikowanych.

(źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-grudniu-2023-roku,15,61.html>)

d) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej styczniu 2024 r. (publikacja 20.02.2024 r.):



Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. i styczniu 2024 r.

Wyszczególnienie	12 2023		01-12 2023	01 2024	
	11 2023=100	analogiczny okres 2022=100	01-12 2022=100	01 2023=100	12 2023=100
Ogółem	100,3	107,5	110,2	107,7	100,5
Budowa budynków ^{a)}	100,3	106,4	110,0	106,7	100,5
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^{a)}	100,4	108,8	111,2	108,8	100,5
Roboty budowlane specjalistyczne	100,3	106,8	109,2	107,4	100,5

^{a)} Nazwa skrócona według PKD 2007

* Dane zmienione w stosunku do wcześniej opublikowanych.

(źródło: file:///C:/Users/WA035667/Downloads/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_styczniu_2024_r..pdf)

e) Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej czerwca 2024 r. (publikacja 18.07.2024 r.):

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w maju i czerwcu 2024 r.

WYSZCZEGÓLNIENIE	05 2024		06 2024		01-06 2024	
	04 2024=100	analogiczny okres 2023=100	05 2024=100	12 2023=100	01-06 2023=100	
OGÓŁEM	100,4	106,6	106,0	100,3	102,4	107,0
Budowa budynków ^{a)}	100,4	106,0*	105,6	100,3	102,2	106,3
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^{a)}	100,4	107,2	106,5	100,3	102,6	107,9
Roboty budowlane specjalistyczne	100,4	106,2	105,7	100,4	102,5	106,7

^{a)} Nazwa skrócona według PKD 2007

* Dane zmienione w stosunku do wcześniej opublikowanych.

(źródło: file:///C:/Users/WA035667/Downloads/wskazniki_cen_produkcji_budowlano-montazowej_w_czerwcu_2024_r..pdf)



- f) wnioski wypływające z przywołanych komunikatów dotyczących wskaźników produkcji budowlano – montażowej:

Okresy	Wskaźnik produkcji budowlano - montażowej	Wzrost % wskaźników
sty-22	100	13,10%
sty-23	113,1	
cze-22	100	11,90%
cze-23	111,9	
gru-22	100	10,20%
gru-23	110,2	
sty-23	100	7,70%
sty-24	107,7	
cze-23	100	7,00%
cze-24	107	

19. Z powyższych danych wynika więc, że zasadniczo osiągnięcie pułapu 20% wzrostu cen przy obecnych tendencjach makroekonomicznych jest nierealnym, a jednocześnie **dane publikowane przez Prezesa GUS wskazują na spadek dynamiki wzrostu cen**, determinujący konieczność obniżenia poziomu aktywatora waloryzacji. Do tej okoliczności nawiązała Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z dnia 04.04.2024 r., sygn. akt KIO 850/24 uznając za niewspółmierny aktywator waloryzacji ustalony przez zamawiającego na poziomie 7% przy odnoszeniu się do wskaźników produkcji budowlano – montażowej. Jak wskazała Izba w ww. wyroku: *„Ustanowienie tego progu na poziomie minimum 7%, biorąc pod uwagę dane statystyczne publikowane przez Główny Urząd Statystyczny daje jednak podstawę do wniosku, że warunek dający podstawę do „uruchomienia” klauzuli waloryzacyjnej nie zaistnieje. Dane powołane przez Odwołującego jasno wskazują, że tempo wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia maleje, zatem dość prawdopodobnym jest, że w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wzrost ten nie przekroczy poziomu 7%”*.

20. **Uwzględniając powyższe, uzasadnionym jest więc wniosek, że przy obecnych postanowieniach Umowy waloryzacja wynagrodzenia nigdy nie zostanie uruchomiona, a postanowienia w tym zakresie mają charakter całkowicie martwy.** 20% poziom wzrostu cen jest bowiem nierealny do osiągnięcia i takiego pułapu wzrosty cen nie osiągały nawet w okresie najwyższej inflacji i najwyższych wahań rynkowych. Potwierdzają to powyższe dane statystyczne, które obrazują tendencje wzrostu w okresach rocznych i półrocznych, które to



charakteryzują się jeszcze mniejszą dynamiką w odniesieniu do okresów kwartalnych, o zastosowanie których w niniejszym postępowaniu wnosi Odwołujący.

21. W związku z powyższym Odwołujący wnioskuje o zmniejszenie „aktywatora” mechanizmu waloryzacyjnego do poziomu 3%, który z jednej strony uzasadniony jest historycznymi danymi porównawczymi, z drugiej zaś stanowi pewne „wypośrodkowanie” interesów każdej ze stron umowy. W tym kontekście Odwołujący przywołuje jednocześnie, że obecnie w postępowaniach o zamówienie publiczne, zamawiający o ile przewidują w ogóle aktywator waloryzacji, określają go właśnie na poziomie zbliżonym do postulowanego przez Odwołującego. W tym kontekście Odwołujący przywołuje postępowanie pn. „*Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku*”, w ramach którego zamawiający przyjął właśnie 4% aktywator waloryzacji, postępowanie pn. „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 450 w Kaliszu – etap II (odcinek od ul. Księżnej Jolanty do ul. Antycznej wraz z przebudową wiaduktu kolejowego)*”, w ramach którego zamawiający przyjął 3% aktywator waloryzacji, czy postępowanie pn. *Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów zajezdni tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy*, w ramach którego zamawiający przyjął 1% aktywator waloryzacji.

Limit waloryzacji na poziomie 10%

20. Powyższe dane publikowane przez GUS odzwierciedlają wzrosty cen występujących w okresie 1,5 roku, wskazując na kilkuprocentowe zmiany wskaźników, które nie zostałyby pokryte limitem 10% wynagrodzenia wykonawcy. Uwzględniając powyższe wprowadzony przez Zamawiającego limit waloryzacji tym bardziej winien ulec korekcie.
21. Oparcie mechanizmu waloryzacyjnego na założeniach poczynionych przez Zamawiającego sprawia, że rzeczony mechanizm waloryzacyjny jest *de facto* pozorny, stojący w konsekwencji w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy Pzp. **Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych**, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie.
22. Wskazując na obowiązujące w budownictwie infrastrukturalnym tendencje rynkowe, Odwołujący podkreśla, że **największy publiczny Zamawiający w kraju, tj. GDDKiA przewiduje obecnie limit waloryzacji na poziomie 15%**, a więc limit 50% wyższy niż obecnie zakładany przez Zamawiającego. Taka tendencja obserwowana jest zresztą również u innych publicznych zamawiających zlecających zamówienia budowlane.
23. Co więcej, podkreślenia wymaga, że nawet wskazany 15% limit waloryzacji, stanowiący obecnie pewną „normę” rynkową jest wartością absolutnie minimalną, co obrazują obecne postulaty branży budowlanej, która domaga się podwyższenia limitu waloryzacji nawet do 20%, co – zgodnie z wiedzą Odwołującego – stanowi obecnie przedmiot rozmów i ustaleń z przedstawicielami strony zamawiającej (vide np. <https://www.muratorplus.pl/biznes/wiesci-z->



[rynku/zbyt-niska-waloryzacja-w-budownictwiezagroza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-zmian-rzad-milczy-aa-pUan-79yk-wAJ9.html](https://www.budimex.pl/rynku/zbyt-niska-waloryzacja-w-budownictwiezagroza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-zmian-rzad-milczy-aa-pUan-79yk-wAJ9.html)).

24. Nadto, Odwołujący wskazuje, że analogiczne stanowisko Budimex podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków wydanym na korzyść Odwołującego (wyrok z dnia 29 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 408/24), Izba w ramach postępowania o dużo mniej skomplikowanym przedmiocie zamówienia niż niniejsze Postępowanie, orzekła na korzyść Budimex nakazując Zamawiającemu modyfikację Umowy „z uwzględnieniem okoliczności, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego w wyniku zastosowania waloryzacji nie może być wyższa niż **15% całkowitego wynagrodzenia umownego**”. Krajowa Izba Odwoławcza w powyższym wyroku uznała m.in., że przewidziany przez Zamawiającego maksymalny limit waloryzacji na poziomie zaledwie 5% wynagrodzenia umownego nie został określony prawidłowo i podkreśliła, że: „Izba wzięła pod uwagę, że materiały złożone przez Odwołującego wykazują, że progi stosowane przez różnych zamawiających przy budowie obiektów budowlanych przedmiotowo zbliżonych do budowanego przez Zamawiającego uwzględniają znacznie niższy poziom dopuszczający zmianę wynagrodzenia, uwzględniając rzeczywiste prognozy wynikające z przyjętego sposobu przeprowadzania waloryzacji, czy to przy zastosowaniu wskaźników GUS, czy odpowiednich publikatorów, jak w przypadku Zamawiającego - Sekocenbud. Ze złożonych przez Odwołującego materiałów wynika również, że wskazany przez Zamawiającego próg 5% jest niespotykany w umowach o zamówienia publiczne przy realizacji inwestycji zbliżonych przedmiotowo. Jak wynika ze złożonego zestawienia próg ten kształtuje się od 6% nawet do 50%. **Zamawiający ustalając tak niski próg próbuje całością ryzyka kontraktowego obciążyć jedną stronę umowy, podczas gdy, nawet w przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, konieczne jest dążenie do osiągnięcia równowagi stron stosunku umownego.** Izba uważa, że zaproponowany przez Odwołującego sposób zmian wzoru umowy jest wystarczający do urealnienia zasad waloryzacji w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. **Dlatego też nakazano Zamawiającemu zmianę zapisów z uwzględnieniem, że maksymalna zmiana wynagrodzenia umownego nie może być wyższa niż 15% całkowitego wynagrodzenia umownego.** Izba nakazała również zmianę zapisów umowy, z których wynika, że zmiana wynagrodzenia nastąpi procentowo o wartość procentową ustaloną według podanych reguł, gdy wahania cen materiałów lub kosztów przekroczą 5%. W obliczu znacznych wahań wskaźników makroekonomicznych, w tym inflacji urealnienie wysokości dopuszczającej możliwość waloryzacji jest konieczne.

25. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez Zamawiającego w ramach §10 Umowy. Odwołujący wskazuje raz jeszcze, że postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022), co w przedmiotowym przypadku – ze względu na uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia – nie zostało przez Zamawiającego zagwarantowane.



26. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że **nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową.** 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.
27. 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).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie poszczególnym postanowieniom §10 Umowy następującego brzmienia:

*18. Jeżeli w czasie trwania umowy ceny materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia, **zmienia się o co najmniej 3%** względem ceny przyjętej w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie, znajdującej odzwierciedlenie, w przekazanym zamawiającemu wraz z harmonogramem kosztorysie pomocniczym, każda ze Stron ma prawo wystąpić do drugiej Strony z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia umownego. Strona żądająca zmiany wynagrodzenia na tej podstawie przedłoży dowody na wpływ zmiany cen lub kosztów na koszt wykonywania zamówienia, w szczególności przedstawiając zmniejszony zysk z powodu zmiany cen lub kosztów. **Każda ze stron uprawniona jest do żądania zmiany (podwyższenia/obniżenia) wysokości wynagrodzenia jeżeli wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (GUS), zwany dalej „Wskaźnikiem waloryzacji” za kwartał poprzedzający kwartał złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia wzrośnie lub spadnie o 3%:***

- a) w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym została zawarta Umowa - w przypadku pierwszej waloryzacji:*
- b) w stosunku do wskaźnika z kwartału, w którym nastąpiła ostatnia waloryzacja - w przypadku każdej kolejnej waloryzacji*

18a. Wykonawca uprawniony jest do złożenia pierwszego wniosku o waloryzację po upływie 6 miesięcy licząc od dnia zawarcia Umowy. Wykonawca uprawniony jest, o ile zaistnieją przesłanki, do wystąpienia z każdym następnym wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia nie częściej niż po upływie pełnych 3 miesięcy od daty ostatniej zmiany Umowy w wyniku waloryzacji przeprowadzonej na niniejszych zasadach.

19. W przypadku o którym mowa w ust. 18 i 18a Strona wnioskująca o zmianę wynagrodzenia, wraz z



tym wnioskiem przedkłada drugiej stronie wyliczenie zmienionych cen i kosztów z uwzględnieniem poniższych reguł:

- a. ceny jednostkowe będą odzwierciedlać realną wartość robót z uwzględnieniem zysku nie wyższego niż 5%,
- b. ceny jednostkowe będą nie wyższe niż ceny rynkowe odpowiadające zakresowi robót lub zmienianych materiałów,
- c. kosztorys będzie uwzględniać ceny nie wyższe niż ceny jednostkowe wynikające z ogólnie dostępnych cenników, np. Sekocenbudu, aktualnych na dzień sporządzenia kosztorysu.

24. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, związana z okolicznościami, o których mowa w ust. 18 wynosi **15% pierwotnej wartości zamówienia**.

IV. Ryzyka związane z prawidłowym opisem przedmiotu zamówienia i identyfikacją uwarunkowań właściwych dla danej realizacji oraz zakresu zobowiązań nałożonych w tym zakresie na wykonawcę – zarzut nr 3

1. Zamawiający w §10 ust. 4 Umowy wskazał, że: ***Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania przedmiotu i zakresu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w umowie.***
2. Odnosząc się do tak zdefiniowanego postanowienia umownego 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 decydująca 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(...)*”.
3. Przekładając powyższe na grunt kwestionowanego postanowienia Odwołujący wskazuje, że Zamawiający za jego pośrednictwem zdaje się uchylać od odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, które jak wyraźnie wynika z poczynionych powyżej uwag jest jego wyłączną prerogatywą. W konsekwencji, Zamawiający usiłuje przerzucić na wykonawcę w zasadzie nieograniczony katalog ryzyk związanych z nieprecyzyjnością i brakami w



opisie przedmiotu zamówienia, narzucając, że wynagrodzenie ryczałtowe należne wykonawcy ma konsumować wszelkie prace związane z realizacją zamówienia, które okażą się niezbędne, **nawet jeśli nie wynikają one z przekazanej dokumentacji postępowania**. Tak zakreślony zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę **nie tylko narusza jego prawa podmiotowe ale też generuje ryzyko całkowitej nieporównywalności złożonych ofert**.

4. Zamawiający w ramach §10 ust. 4 Umowy wskazuje przede wszystkim **na obowiązek rozpoznania przedmiotu umowy**, co może wskazywać na konieczność poszukiwania i uzupełniania opisu przedmiotu zamówienia bezpośrednio przez wykonawców i przerzucania na nich odpowiedzialności za elementy, które w sposób wyczerpujący i szczegółowy winny być opisane w dokumentacji postępowania. Zamawiający w żaden sposób definiując tego rodzaju obowiązek nie nawiązał bowiem do dokumentacji postępowania jako źródła rzeczowego rozpoznania, nie wprowadził też innych granic zobowiązań nałożonych na wykonawców w tym zakresie.
5. Jakkolwiek więc Odwołujący akceptuje konieczność wszechstronnej analizy opisu przedmiotu zamówienia, to analiza ta powinna odbywać się wyłącznie w granicach wyznaczonych treścią dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, przy uwzględnieniu etapu postępowania, na którym obecnie się znajdujemy i danych weryfikacyjnych, którymi realnie mogą dysponować wykonawcy. W konsekwencji, zgodnie z utartą praktyką orzeczniczą⁴ i realizacyjną **maksymalną granicę wyznaczającą zobowiązanie nałożone na wykonawcę stanowią elementy możliwe do przewidzenia na podstawie udostępnionych przez Zamawiającego informacji i taki zakres nałożonych na wykonawcę zobowiązań winien jednoznacznie wynikać z treści umowy**. Wszelkie prace, których nie dało się wywieść z udostępnionego opisu przedmiotu zamówienia 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 postanowienia umowne włączające w zakres zobowiązania wykonawców prace nieopisane (bądź opisane w sposób sprzeczny bądź niejednoznaczny) w dokumentacji zamówienia nie tylko naruszałyby regulacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia i rozkładu ryzyk umownych, ale też stanowią obejście art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.
6. Z takiego zakresu możliwych do nałożenia na wykonawców zobowiązań standardowo zdają sobie zresztą sprawę publiczni zamawiający, którzy taki zakres obowiązków wprost artykułują w ramach projektowanych przez siebie postanowień umownych. Tak przykładowo w postępowaniu pn. „Budowa dwóch hal targowych wraz z infrastrukturą techniczną, murów oporowych, miejsc postojowych wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Kawalerskiej w Białymstoku” (znak

⁴ por. np. wyrok KIO z dnia 19.11.2021 r., sygn. akt KIO 3260/21: *Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców.*



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*”.

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. Wylimowanie postanowień budzących wątpliwości interpretacyjne, sugerujących nałożenie na wykonawców zobowiązań wykraczających poza tak określone ramy, zachęcić może przy tym do uczestnictwa w danym postępowaniu przetargowym, eliminując ryzyko sporów na etapie realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §10 ust. 4 Umowy następującego brzmienia:

Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania przedmiotu i zakresu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w umowie, z tym zastrzeżeniem, że wynagrodzeniem umownym objęte są te zobowiązania, których wystąpienie Wykonawca mógł przewidzieć i zidentyfikować na etapie składania oferty na bazie udostępnionej dokumentacji.

V. Zmiany umowy wynikające z umowy o dofinansowanie – zarzut nr 4

1. W ramach §20 ust. 16 Umowy Zamawiający, wśród podstaw do zmiany Umowy, wprowadził postanowienie o następującej treści: *Zamawiający dopuszcza zmianę sposobu rozliczania się Zamawiającego z Wykonawcą, względem sposobu przyjętego w treści § 9 niniejszej umowy. **Zmianie może ulec częstotliwość rozliczania się z wykonawcą, z miesięcznych na kwartalne lub inne.** Zmianie ulegnie wówczas także harmonogram HRF, o którym mowa w treści § 2 ust. 9 niniejszej umowy. Zmiana sposobu rozliczania się zamawiającego z Wykonawcą nastąpi, w sytuacji, gdy będzie ona musiała być zgodna z umową o dofinansowanie zadania, stanowiącego przedmiot niniejszej umowy.*
2. Z treści ww. postanowienia wynika więc:
 - możliwość nieograniczonych wręcz modyfikacji zasad wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy, bez gwarancji płatności w określonych, jakkolwiek przewidywalnych transzach,
 - brak zagwarantowania wykonawcom jakiegokolwiek mechanizmu rekompensującego zmiany zasad wypłaty wynagrodzenia, które generować będą po stronie wykonawcy konieczność finansowania inwestycji w wymiarze przekraczającym zakładane i możliwe do przewidzenia na etapie składania ofert ramy.



3. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że wykonawcy tworząc ofertę oraz szacując koszty realizacji danej inwestycji **biorą pod uwagę zasady płatności ustalone w treści umowy, które wpływają na wymagany okres finansowania inwestycji i wynikające z tego koszty obciążające wykonawcę, które należy doliczyć do oferty.** Nie bez przyczyny, ustawodawca treścią art. 436 pkt 2) oraz art. 437 pkt 4) ustawy Pzp nakazał Zamawiającemu określenie w umowie zasad i warunków zapłaty wynagrodzenia, jako elementu stanowiącego *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane, warunkującego samą decyzję wykonawców o uczestnictwie w danym postępowaniu i ocenie możliwości jego realizacji.
4. Ustawodawca wprowadzając do ustawy Pzp mechanizm częściowych płatności podkreślał, że takie rozwiązanie powinno poprawić **płynność finansową** wykonawców, **obniżyć po ich stronie koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania**, a w konsekwencji przełożyć się na zwiększenie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienia publiczne szerszej grupy wykonawców (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 85). Sam ustawodawca z jednej strony potwierdzał więc, że zasady wypłaty należnego wynagrodzenia mają bezpośredni wpływ na szacowanie wartości oferty, z drugiej zaś, że ukształtowanie zasad w tym zakresie przekłada się na samą decyzję o wzięciu udziału w danym postępowaniu, odzwierciedlając podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych.
5. Uprawnienie zastrzeżone przez Zamawiającego **wykracza zatem poza dozwoloną i akceptowalną swobodę umów**, wypaczając ideę płatności częściowych jako determinanty składanych i szacowanych ofert. Co więcej, rzeczony uprawnienie, jako nie określające jakichkolwiek granic możliwej zmiany umowy w tym zakresie, stawiając wykonawców przed niewiadomą co do kosztów jakie należałoby skalkulować w samej ofercie, nie stanowi wystarczającej podstawy do zmiany umowy na podstawie art. 455 ust. 1 ustawy Pzp.
6. Przy obecnym kształcie postanowień umownych, wykonawcy mogą zostać następczo zaskoczeni zasadami płatności, jakie miałyby zostać wdrożone w ramach realizacji kontraktu, determinującymi konieczną skalę zaangażowania finansowego po ich stronie bez możliwości jakiegokolwiek rekompensaty. W konsekwencji, wykonawcy w całości obciążani byłiby skutkami zaistnienia zdarzeń, na które nie mają jakiegokolwiek wpływu, mających swoje źródło w zawieranej przez Zamawiającego umowie o dofinansowanie, co zbliża wręcz takie postanowienie do niedozwolonej klauzuli abuzywnej zdefiniowanej w art.433 pkt 3) ustawy Pzp.
7. Nie przewidując konkretnych ram możliwych modyfikacji zakresu wypłaty wynagrodzenia, Zamawiający próbuje więc w sposób nieuprawniony przerzucić na wykonawców całość ryzyka i odpowiedzialności finansowej za zaistnienie takiej sytuacji. Wobec powyższego **wykonawca nie jest w stanie oszacować w jakim zakresie może dojść do modyfikacji zasad wypłaty wynagrodzenia**, wprost przekładających się na szacowanie wartości oferty. 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, z uwagi na jego nieprecyzyjność, nie tylko nie gwarantuje mu wdrożenia oczekiwanej zmiany, 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).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści §20 ust. 16 Umowy następującego brzmienia:

*Zamawiający dopuszcza zmianę sposobu rozliczania się Zamawiającego z Wykonawcą, względem sposobu przyjętego w treści § 9 niniejszej umowy. Zmianie może ulec częstotliwość rozliczania się z wykonawcą, z miesięcznych na kwartalne lub inne. Zmianie ulegnie wówczas także harmonogram HRF, o którym mowa w treści § 2 ust. 9 niniejszej umowy. Zmiana sposobu rozliczania się zamawiającego z Wykonawcą nastąpi, w sytuacji, gdy będzie ona musiała być zgodna z umową o dofinansowanie zadania, stanowiącego przedmiot niniejszej umowy, **przy czym Wykonawca będzie wówczas uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o dokonanie zmiany wysokości należnego mu wynagrodzenia wraz z uzasadnieniem zawierającym w szczególności szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką wynagrodzenie Wykonawcy powinno ulec zmianie, z uwagi na zmianę poziomu finansowania inwestycji po stronie Wykonawcy.***

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

Załączniki:

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