



Pruszków, dnia 17.03.2023 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina – Miasto Grudziądz
ul. Ratuszowa 1
86-300 Grudziądz
NIP: 876-24-26-842
REGON: 871118833
poczta elektroniczna: bzp@um.grudziadz.pl

Odwołujący:

STRABAG Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego
prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie
XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
pod numerem KRS 0000054588

reprezentowany przez:

radcę prawnego Magdalenę Marciniak

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
E-mail: magdalena.marciniak@bauholding.com
Tel.: 788-957-521

*Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego, prowadzone w trybie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), którego przedmiotem jest: **Budowa Delfinka przy ZSO w Grudziądzu** Numer referencyjny: WIR.271.1.2023*

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie opublikowane w Suplemencie do DUUE w dniu 07/03/2023 pod numerem 2023/S 047-138844

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Spółki Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych

(zwanej dalej „ustawa Pzp”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego. Projektowane zapisu umowne naruszają ww. przepisy min i w następującym zakresie tj.:

I.Zakres

1. Zamawiający w **§ 1 ust. 5 wzoru umowy** przerzuca na wykonawcę ryzyko i odpowiedzialność za wady i nieścisłości przekazanych mu dokumentów związanych z realizacją (Dokumentacja Projektowa, STWIOR), co narusza art. 433 pkt 3) ustawy Pzp. Wykonawca ma z momentem podpisania umowy oświadczyć, że nie będzie wnosi żadnych roszczeń w stosunku do przekazanych mu dokumentów że otrzymał wszelkie niezbędne informacje co jest niemożliwe do ustalenia w momencie zawarcia umowy. Zgodnie z art. 651 kodeksu cywilnego („kc”) wykonawca ma obowiązek zgłaszania przeszkód w realizacji Inwestycji co nie następuje w momencie zawierania umowy ale w trakcie realizacji inwestycji, kiedy możliwe staje wykrycie ewentualnych wad w szczególności Projektu Budowlanego i Wykonawczego.
2. Poprzez niezgodne z prawem uregulowanie w **§ 6 ust. 3 wzoru umowy**, że wykonawca będzie uprawniony do wystawienia faktury VAT dopiero w momencie podpisania bezusterkowego protokołu wykonania robót, podczas gdy takie wstrzymywanie możliwości wystawienia faktury, a co za tym idzie płatności jest niezgodne z przepisami prawa, stanowi naruszenie art. 436 pkt 2 i art. 443 pkt 1 ustawy Pzp, ponadto narusza art. 647 kc nakazujący zapłacić wykonawcy wynagrodzenie należne za wykonany i odebrany obiekt. Inwestor ma obowiązek odebrać obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie w sytuacji gdy nie stwierdzono wad istotnych a jakiegokolwiek drobne wady nie powinny wstrzymywać odbioru, a co za tym idzie płatności wynagrodzenia.
3. Zamawiający w treści **§ 7 ust 2 i 3 wzoru umowy** warunkuje płatność wynagrodzenia wykonawcy od dostarczenia dowodów zapłaty, jakimi są oświadczenia podwykonawców i dalszych podwykonawców potwierdzające uregulowanie przez wykonawcę wszelkich należności (bez wskazania czy dotyczy należności wymagalnych czy niewymagalnych), jak i żądania wyłącznie oświadczeń podpisanych przez podwykonawców bez możliwości złożenia innych dowodów zapłaty, podczas gdy art. 437 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o dowodach (nie tylko i wyłącznie oświadczeniach) potwierdzających zapłatę wyłącznie wymagalnych należności a więc wynagrodzenia należnego i wymagalnego względem podwykonawców i dalszych podwykonawców.
4. Zamawiający ustanowił w **§ 9 ust 1 wzoru umowy** kary umowne na poziomie nieadekwatnym do przewinienia, nieproporcjonalne i odstrasżające Wykonawców, co może wpływać na nadmierne zawyżanie ofert w celu kompensacji wysokiego ryzyka. Zamawiający zmienił zasady ustalania kar umownych na kary represyjne, stanowiące dla Zamawiającego dodatkowe źródło zwrotu wydatków na inwestycję, podczas gdy kary mają pełnić funkcje prewencyjne i dyscyplinujące a nie represyjne.
5. Poprzez określenie w **§ 13 ust 1, 2 i 3 wzoru umowy**, że Zamawiający będzie miał możliwość dokonania waloryzacji, podczas gdy przepis art. 439 ustawy Pzp do tego obliguje a ponad to Zamawiający bezzasadnie przyjął, że podstawą do waloryzacji wynagrodzenia będzie zmiana wskaźnika a nie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w odniesieniu do wskaźników budowlano-montażowych GUS przy czym

wyznacza poziom różnicy na 20 %, podczas gdy wyznaczony na takim poziomie pułap realnie uniemożliwia dokonanie waloryzacji, jest pułapem znacząco zawyżonym, nie odpowiada realiom ani dotychczasowym wahaniom wskaźnika (nawet mając na względzie nadzwyczajny rok 2022), niezasadnie pozbawia wykonawcę waloryzacji w sytuacji opóźnień nie z jego winy oraz przewiduje zbyt niski górny limit waloryzacji. Oznacza to, że mimo pozornie wypełnienia dyspozycji przepis art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp i wskazania mechanizmu waloryzacji z limitem, waloryzacja ta ma charakter pozorny i w rzeczywistości nie doprowadzi do wyrównania zachwianej równowagi ekonomicznej obu stronom stosunku prawnego.

II. Zarzuty

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. **Naruszenie art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc i art. 651 kc** poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności w tym za dokumentację projektową oraz wady i nieścisłości tej dokumentacji projektowej poprzez złożenie oświadczeń w momencie zawierania umowy, które eliminują lub znacząco utrudniają zgłaszanie roszczeń i wad w rozumieniu art. 651 kc. Wykonawca ma z momentem podpisania umowy oświadczyć, że nie będzie wnosił żadnych roszczeń w stosunku do przekazanej mu dokumentacji projektowej, co jest niemożliwe do ustalenia w momencie zawarcia umowy.
2. **Naruszenie art. 436 pkt 2, art. 447 ust. 1 pkt 1 art. 450, art. 452 ust 2, art. 453 ust 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353¹ kc i 647 i 654 kc** poprzez niezasadne i niezgodne z prawem wstrzymywanie płatności wynagrodzenia należnego wykonawcy za zrealizowane prace w sytuacji stwierdzenia wad podczas odbioru, co stanowi podwójne zabezpieczenie ponad wymagane zgodnie z umową w § 15 umowy i pkt XXII SWZ (5 % ceny brutto oferty) które to zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi górny limit zabezpieczenia, jakiego można się domagać zgodnie z art. 452 ust 2 ustawy Pzp a wszelkie dalsze zabezpieczenia, w tym w postaci wstrzymywania płatności przekracza ten próg i stanowi o naruszeniu ustawy. Co więcej, Inwestor ma obowiązek zapłaty za wykonany i odebrany obiekt zgodnie z art. 647 kc a więc wstrzymywanie płatności w sytuacji dokonania odbioru końcowego (odbiór jest tylko kiedy nie ma wad istotnych) stanowi o naruszeniu obowiązku wynikającego z tego przepisu.
3. **Naruszenie art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp** w zakresie w jakim Zamawiający:
 - a) uzależnia dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy (wystawienia faktury VAT) od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy co do uregulowania względem nich wszelkich zobowiązań wykonawcy (§ 7 ust. 2),
 - b) wstrzymuje płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w momencie nieprzedłożenia wymaganych oświadczeń podwykonawców lub dalszych podwykonawców podpisanych przez osoby upoważnione do ich reprezentowania jako jedynych dowodów zapłaty (§ 7 ust. 3),podczas gdy ww przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd. i nie wymagają dla swej skuteczności łącznego składania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. Jednocześnie nadmierne i niezgodne z ustawą jest żądanie złożenia oświadczenia o wierzytelnościach niewymagalnych, podczas gdy ustawa wymaga jedynie przedstawienia dowodów zapłaty wynagrodzenia wymagalnego i należnego podwykonawcy i dalszemu podwykonawcy.
4. **art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na zastrzeżeniem w § 9 ust 1

wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych, mającej funkcje represyjną a nie prewencyjną.

5. **art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 58 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy pzp** poprzez sformułowanie projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie waloryzacji wynagrodzenia tj. zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zastrzeżenia pułapu 20 % zmiany wskaźnika cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (w odniesieniu do wskaźnika budowlano-montażowego GUS), podczas gdy zmiany powinny odnosić się do zmiany cen a nie samej wartości wskaźnika (co najwyżej przez niego wyrażanej) a ponadto taki pułap jest nadmierny w stosunku do aktualnej i prognozowanej dynamiki wzrostu cen. Podobnie wykonawca nie powinien ponosić ryzyka opóźnienia a zwłoki i odmowa waloryzacji z powodu opóźnień nie z jego winy jest obejściem ww. przepisów podobnie jak przewidzenie limitu waloryzacji odnoszącego się do części niezrealizowanej wraz z zbyt niskim poziomem waloryzacji w odniesieniu do całości wynagrodzenia.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści załącznika do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez:

- (i) wyeliminowanie odpowiedzialności za wady i nieprawidłowości dokumentacji projektowej i żądanie złożenia oświadczenia o braku uwag przy podpisywaniu umowy, w tym przewidzenie możliwości zgłaszania przeszkód przez wykonawcę robót zgodnie z art. 651 kc.
- (ii) wyeliminowanie możliwości wystawienia faktury VAT i rozliczenia wykonanej umowy wyłącznie od podpisania bezusterkowych protokołów odbioru
- (iii) wskazanie, że warunkiem odbioru przedmiotu umowy jak i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia lub wystawienia faktury VAT będzie złożenie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom bez równoległego bądź łącznego żądania oświadczenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w tym zakresie.
- (iv) Zmianę poprzez obniżenie limitu kar umownych według propozycji poniżej.
- (v) Ustalenie sposobu liczenia waloryzacji według propozycji wskazanej poniżej.

Odwołujący w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postępowań, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań:

§ 1

Ust 5. Zawierając niniejszą umowę Wykonawca potwierdza, że ~~upewnił się co do prawidłowości niniejszej umowy oraz zapoznał się z przełożonymi przez Zamawiającego dokumentami~~ związanych z jej realizacją, w szczególności zapoznał się z dokumentami , o których mowa w ust. 2 wyżej niniejszej umowy i nie wnosi uwag co do ich kompletności co nie wyłącza prawa do zgłoszenia zastrzeżeń, w trybie art. 651 kc w trakcie realizacji umowy. ~~do nich żadnych zastrzeżeń.~~

§ 6

Ust 3. Podstawę wystawiania faktury VAT za wykonanie przedmiotu umowy stanowi zatwierdzony i podpisany protokół ~~bezusterkowy~~ wykonania robót.

§ 7

2. *Wykonawca zobowiązany jest do złożenia dowodów zapłaty zobowiązań wobec Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, którego wierzycelność jest częścią składową*

wystawionej faktury. Dowodem zapłaty są **min** oświadczenia Podwykonawców i dalszych Podwykonawców o uregulowaniu względem nich ~~wszystkich~~ **wymagalnych** należności **lub inne dowody np. potwierdzenia przelewu**. Oświadczenia muszą być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania składających je Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców powinny potwierdzać brak zaległości **w zapłacie należnego wynagrodzenia** Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy ~~w uregulowaniu wszystkich wymagalnych w tym okresie wynagrodzeń Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców~~ wynikających z umów o podwykonawstwo.

3. W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę ~~wszystkich~~ dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 2 powyżej, Zamawiający wstrzymuje wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty, przy czym powyższe nie stanowi opóźnienia w zapłacie i nie będzie skutkowało naliczeniem odsetek od nieterminowych płatności.

§ 9

kary umowne otrzymuje brzmienie:

ust. 1 pkt 1 wzoru umowy:

„za zwłokę w terminie realizacji przedmiotu umowy w wysokości **0,1%** wynagrodzenia netto określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 niniejszej umowy”,

ust. 1 pkt 2 wzoru umowy:

„za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości w wysokości **0,025%** wynagrodzenia netto określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do dnia wyznaczonego na usunięcie wad lub usterek”,

ust. 1 pkt 4 wzoru umowy:

„w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom, każdorazowo w wysokości **3.000,00 PLN**”,

ust. 1 pkt 5 wzoru umowy:

„w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub projektu jej zmiany, każdorazowo w wysokości **3.000,00 PLN**”,

ust. 1 pkt 6 wzoru umowy:

„w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, każdorazowo w wysokości **3.000,00 PLN**”,

ust. 1 pkt 7 wzoru umowy:

„w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, każdorazowo wysokości **3.000,00 PLN**”,

ust. 1 pkt 8 wzoru umowy:

„**3.000,00 PLN** każdorazowo za każdy przypadek nie zawarcia umowy o pracę, tj. za każdą osobę, z którą wbrew obowiązкови określone w § 2 ust. 5 umowy nie została zawarta umowa o pracę”.

§ 13

W zakresie zarzutu dotyczącego określenia zasad waloryzacji Odwołujący wnosi o:

- 1) **Dokonanie zmiany w §13 ust. 1 poprzez:**

- wykreślenie słowa: „możliwości” zmiany umowy i nadanie brzmienia zgodnego z przepisami Pzp a więc „Zamawiający dokona zmiany”;
- wykreślenie odwołania do §13, ponieważ jest to błędne odwołanie do zapisów paragrafu, który reguluje zasady zmiany wynagrodzenia w przypadku zmian cen i materiałów,

i nadanie mu na przykład następującego brzmienia:

„Zamawiający na podstawie art. 439 P.z.p., **dokona** zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia innych niż te wskazane § 12 i ~~§ 13~~.”

2) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt. 1, 3, 6 poprzez zmianę wskaźnika określającego zmianę cen produkcji budowlano-montażowej uprawniającej Strony do żądania zmiany wynagrodzenia na „5%”.

3) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt 1 Umowy poprzez odniesienie do wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej zamiast do zmiany tego wskaźnika i nadanie mu następującego brzmienia:

„każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się ~~zmianą~~ **wskaźnikiem** zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej „Wskaźnik GUS”) o ponad ~~20%~~ **5%;**”

4) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt 2 Umowy poprzez odwołanie się do poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów i nadanie mu następującego brzmienia:

5) „wartość zmiany **cen produkcji budowlano-montażowej** w trakcie realizacji przedmiotu umowy **w stosunku do kwartału** bezpośrednio poprzedzającym dzień otwarcia ofert w postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy **zostanie wykazana** Wskaźnikiem GUS ogłaszanym przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego ~~porównywana będzie do wartości Wskaźnika GUS ogłoszonego w terminie~~ („Bazowy Wskaźnik GUS”);”

6) Dokonanie zmiany w §13 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 7 poprzez wykreślenia słowa „ewentualna” (zmiana);

7) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt 3 Umowy poprzez odwołanie się do poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów i nadanie mu na przykład następującego brzmienia:

„~~ewentualna~~ zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od kwartału, którego dotyczył będzie komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego podający Wskaźnik GUS **zmiany cen produkcji budowlano-montażowej o więcej lub mniej niż większy albo mniejszy o 20 5 % niż w okresie bezpośrednio poprzedzającym dzień otwarcia ofert;**”

8) Dokonanie zmiany w §13 ust. 2 pkt 7 Umowy:

„ewentualna zmiana wynagrodzenia nie będzie dotyczyć części zakresu przedmiotu umowy realizowanych okresu, w którym przedmiot umowy będzie realizowany w warunkach opóźnienia ~~zawinionego~~ niezawinionego przez Zamawiającego ~~Wykonawcę~~.”

9) Dokonanie zmiany w §13 ust. 3 Umowy

„Strony ustalają maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania powyższych postanowień na poziomie do ~~5~~% 15% kwoty nominalnej łącznego wynagrodzenia netto określonej w dniu zawarcia umowy.”

10) Dokonanie wykreślenia zapisów §13 ust. 5 Umowy

~~„Jeżeli w terminie, o którym mowa ust.2 Wykonawca wystąpi z wnioskiem o zmianę Wynagrodzenia jednocześnie na podstawie postanowień ust. 2 i § 12, to Wykonawcy będzie należny wzrost Wynagrodzenia jedynie w oparciu o jedną z tych podstaw, w zależności od tego, która z kwot zmiany będzie wyższa.”~~

IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy Pzp. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SWZ są niezgodne z Pzp i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), gdyż w sposób niezgodny z kc i ustawy Pzp odmawia zapłaty wynagrodzenia do czasu podpisania „bezusterkowego” protokołu odbioru końcowego. Ponadto Zamawiający naruszył inne przepisy prawa żądają dowodów zapłaty niewymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub ich oświadczenia podczas gdy przepisy wymagają dowodów zapłaty wynagrodzenia wymagalnego. Przewidziany mechanizm waloryzacyjny z pozoru wyplenia normy art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp a w rzeczywistości nie doprowadzi do wyrównania sytuacji ekonomicznej stron stosunku prawnego. Wszystkie podniesione w części I i II Odwołania zarzuty wpływają na sposób odpowiedzialności Wykonawcy na etapie realizacji Umowy a z uwagi, iż proponowane zapisy naruszają przepisy prawa są nieakceptowalne dla potencjalnego oferenta i wykonawcy przyszłego zamówienia, jakim może być wykonawca Strabag sp. z o.o., to tym samym zachodzi konieczność ich zaskarżenia.

Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę w sprawie zamówienia publicznego.

V. Termin i wymogi formalne

- w dniu 7 marca 2023 r. Zostało opublikowane w BZP ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 17 marca 2023 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu

- dowody w załączeniu.

UZASADNIENIE

Ad.1 niezasadne przerzucanie odpowiedzialności na Wykonawcę, w tym z dokumentacją projektową, która jest dostarczana przez Inwestora co z mocy prawa rodzi odpowiedzialność po jego stronie za wady i braki tej dokumentacji.

Poprzez art. 433 pkt 3 ustawy Pzp ustawodawca zakazał Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałyby na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego. Tylko zamawiający ma odpowiadać za to, co jest w gestii jego odpowiedzialności, bez obarczania za to Wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w tym zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia obiektywnie niemożliwych do zrealizowania oświadczeń, z których wynika, że Wykonawca uwzględnił na etapie sporządzania oferty, przy wycenie zamówienia publicznego, wszelkie ryzyka koszty i roboty budowlane niedające się wówczas przewidzieć na podstawie sporządzonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia i dokumentów udostępnionych w ramach przetargu. Przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane polegające na budowie obiektu, Zamawiający więc powinien dołożyć staranności wymaganej przez przepisy prawa w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, na podstawie, którego Wykonawca dokonuje wyceny oferty. Mając zaś na uwadze treść skarżonych zapisów projektu umowy, wykonawcy składający ofertę w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musieliby uwzględnić podczas wyceny oferty ryzyka, koszty i roboty budowlane niewynikające wprost z opisu przedmiotu zamówienia i udostępnionych dokumentów w ramach przetargu, a to oznacza, że każdy wykonawca będzie dokonywał wyceny swojej oferty w oparciu o inne czynniki. Zapis ten daje również Zamawiającemu prawo do odrzucania w toku realizacji Inwestycji ewentualnych roszczeń finansowych Wykonawcy w związku z czynnikami, które podczas wyceny nie zostały wzięte pod uwagę.

Co więcej zgodnie z art. 651 k.c. *„Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora.”* Tym samym pozostawienie zaskarżonych postanowień wzoru umowy będzie również oznaczać, że Wykonawca, nawet jeśli zgłosi Zamawiającemu już w toku realizacji pozyskanego zamówienia publicznego przeszkody w prawidłowym wykonaniu robót, których nie mógł przewidzieć na etapie składania oferty, to i tak w myśl zapisów wzoru umowy będzie ponosił pełną odpowiedzialność i koszty związane z konsekwencjami zidentyfikowania takich przeszkód.

Przerzucenie tej odpowiedzialności na Wykonawcę jest sprzeczne z art. 651 KC, zgodnie z którym Wykonawca ma jedynie obowiązek niezwłocznie zawiadomić inwestora o błędach w dokumentacji, ale w żadnym razie nie ponosi za te błędy odpowiedzialności. Z postanowienia Umowy wynika obowiązek Wykonawcy dokładnego sprawdzenia dokumentacji projektowej sporządzonej przez Zamawiającego jeszcze na etapie poprzedzającym złożenie oferty, który to obowiązek jest niezgodny z przepisami prawa i w sposób nieuprawniony rozszerza obowiązki Wykonawcy. Tak również orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2219/17, stwierdzając, że *„Wymaganie od wykonawcy złożenia przed podpisaniem umowy oświadczenia, że zapoznał się z projektami budowlanymi, projektami wykonawczymi, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, decyzjami administracyjnymi oraz pozostałymi załącznikami do umowy i oświadcza, że akceptuje przyjęte w nich rozwiązania, że nie wnosi do nich jakichkolwiek zastrzeżeń oraz że nadają się one do prawidłowego wykonania zamówienia - takie oświadczenie w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za błędy dokumentacji projektowej, co jest wprost sprzeczne z art. 651 KC. Zamawiający nie może oczekiwać sprawdzenia prawidłowości dokumentacji projektowej od wykonawcy, a taki nakaz wynika z literalnego brzmienia wskazanej*

klauzuli. Wykonawca ma jedynie obowiązek niezwłocznie zgłaszać dostrzeżone wady dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót budowlanych, co nie powoduje jednak odpowiedzialności wykonawcy za wady tego projektu.”

Mając na uwadze powyższe, nie dość więc, że Zamawiający przerzuca na Wykonawcę w całości odpowiedzialność za sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami prawa, to dodatkowo narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. Opis przedmiotu zamówienia powinien bowiem stanowić wyraz rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i nie powinien wprowadzać nieuzasadnionych barier zniechęcających lub wręcz uniemożliwiających ubieganie się o dane zamówienie. Przedmiotowe postanowienia projektu umowy stanowią taką barierę i tym samym wymagają zmiany, o które Odwołujący wnioskuje.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę zapisu jak w części III Odwołania.

Ad. 2 Zamawiający niezasadnie blokuje możliwość wystawienia faktury VAT i zapłaty wynagrodzenia od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnia świadczenia wystawiane przez inwestora.

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

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

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

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 marca 2021 r. V CSKP 14/21

*Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. **Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia***

co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07

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

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

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97

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

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

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12

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

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

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę nie mniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnośnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

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

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

(ii) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19

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

W ocenie Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. Przy czym dla Wykonawcy nie jest jasne czy w niniejszej umowie Zamawiający przewidział procedurę bezusterkową czy też nie gdyż umowa jest niekonsekwentna.

W pierwszej kolejności zaznaczamy, iż w § 5 ust 17 i 20 stanowi, że tylko Wady Istotne mogą blokować odbiór końcowy a w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych, Strony uzgodnią w treści protokołu termin i sposób usunięcia wad, co oznacza że protokół będzie wówczas podpisany. **Jeżeli Zamawiający zgodnie z prawem przewidział odbiór w sytuacji stwierdzenia wad nieistotnych (tak interpretuje to Odwołujący) to tym samym wstrzymanie płatności wynagrodzenia w § 6 ust 3 do czasu usunięcia wszelkich wad jest z nim niezgodne i narusza wyżej wskazane przepisy prawa.**

W związku z tym zapisy zawarty w § 6 ust 3 powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych oraz zapłaty za nie umówionego wynagrodzenia.

Zastrzegając możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy Zamawiający w istocie traktuje płatność wynagrodzenia Wykonawcy jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy to jest zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych. Potraktowanie płatności jako dodatkowego zabezpieczenia względem zabezpieczenia należytego wykonania umowy określonego w § 16 ust 4 wzoru umowy stanowi naruszenie Ustawy Pzp. Zgodnie z art. 450 ust. 1 pzp to wykonawca ma prawo wyboru formy zabezpieczenia. Traktując płatność wynagrodzenia jako zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych Zamawiający narzuca wykonawcy formę zabezpieczenia pozbawiając go jednocześnie prawa wyboru. Po drugie zgodnie z ustawą pzp wysokość zabezpieczenia nie może przekraczać 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy (a takiej sumy zabezpieczenie Zamawiający żąda w § 15 i pkt XXII SWZ). Przy obecnych zapisach wzoru umowy wartość zabezpieczenia przysługującego Zamawiającemu będzie przekraczać tę

wartość, gdyż Zamawiający zgodnie z § 15 ust. 1 wzoru umowy otrzyma zabezpieczenie wynoszące 5% oraz zabezpieczenie w postaci zatrzymanej płatności wynagrodzenia, które będą przekraczać ustaloną wartość zabezpieczenia co tworzy nowe i nieznanie ustawie Pzp zabezpieczenie a przez to narusza ww. zapisy.

W związku z powyższym Odwołujący żąda zmiany zapisu jak w części III Odwołania.

Ad. 3 żądanie oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców jako koniecznych dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, żądanie dowodów płatności wynagrodzenia niewymagalnego.

Zamawiający niezgodnie z przepisami art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp żąda obligatoryjnego złożenia oświadczeń podwykonawców, podczas gdy zgodnie z ww. przepisami ustawy Pzp możliwe jest przedstawienie wszelkich możliwych dowodów potwierdzających zapłatę, bez ograniczania tych dowodów wyłącznie do oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Art. 447 ust. 1 pzp nie wskazuje jako koniecznego dowodu potwierdzającego zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców jedynie oświadczenia podwykonawców lecz dopuszcza szeroki wachlarz dowodów, głównie dlatego żeby nie wstrzymywać niezasadnie wynagrodzenia wykonawcy, jak podwykonawca, z różnych przyczyn, często szantażu odmówi mu wystawienia właściwych oświadczeń własnych. Wręcz przeciwnie wykonawca zgodnie z art. 447 ust. 1 pzp może przedstawić dowolne dowody w celu wykazania, że dokonał zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i z tego tytułu nie występują zaległości. Wskazać należy, że wynagrodzenie podwykonawcy może zostać zaspokojone (umorzenie wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia) nie tylko poprzez dokonanie bezpośredniej zapłaty, może to nastąpić czy to na mocy porozumienia stron (ugoda), na mocy jednostronnych oświadczeń woli (potrącenie i to zarówno przez podwykonawcę jak i wykonawcę, przekaz, zwolnienie z długu) czy też umów (cesja wierzytelności, faktoring itp.). Ograniczenie katalogu dowodów lub żądanie niektórych z nich nie uwzględnia zatem nie tylko praktyki obrotu gospodarczego jak i obowiązujących przepisów kc (dopuszczających różne działania prowadzące do umorzenia czy też zaspokojenia wierzytelności) czy też ustawy Pzp.

Niezgodne z przepisami ustawy Pzp pozostają wymogi nakazujące składanie oświadczeń wszystkich podwykonawców oraz dalszych podwykonawców co do wszelkich nieuregulowanych, w tym także niewymagalnych zobowiązań Wykonawcy z tytułu realizacji Przedmiotu Umowy. Solidarna odpowiedzialność Zamawiającego zgodnie z art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp, została ograniczona do należności wymagalnych, tym samym brak jest racjonalnych oraz prawnych argumentów do żądania przedstawienia płatności niewymagalnych. Tak samo ograniczenie się wyłącznie do jednej kategorii dowodów jak oświadczenie podwykonawców jest niezgodne z przepisami.

Ustawa Pzp nie wskazuje definicji zobowiązań wymagalnych. Z definicji pojęć stosowanych w statystyce publicznej (publikowanych przez urząd statystyczny) definiuje się je jako wszystkie bezsporne zobowiązania, których termin płatności minął, a nie są przedawnione ani umorzone. (<https://stat.gov.pl/metainformacje/slownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/2205.pojecie.html>).

Zobowiązania to wynikający z przeszłych zdarzeń obowiązek wykonania świadczeń o wiarygodnie określonej wartości, które spowodują wykorzystanie już posiadanych lub przyszłych aktywów. Istotą zobowiązań jest istnienie aktualnego obowiązku podmiotu, wynikającego ze stosunku prawnego (np. zawarcie umowy o pracę z pracownikiem) lub z przepisów prawa (np. podatkowego). Czasami jednak zobowiązanie może także wynikać z praktyki gospodarczej lub zwyczajów handlowych (tak Dorota Adamek-Hyska, Iwona Franczak. Zobowiązania wymagalne

jednostek samorządu terytorialnego –zakres ujawnień, Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości, Nr 108 (164), 2020, s. 9–2)

Definicja zobowiązań wymagalnych znajduje się m.in w przepisach wykonawczych do ustawy o finansach publicznych. I tak: zobowiązania wymagalne, o których mowa w art. 72 ust. 1 pkt 4 ustawy o finansach publicznych, rozumiane są jako bezsporne zobowiązania, których termin płatności dla dłużnika minął, a które nie zostały ani przedawnione, ani umorzone (Rozporządzenie Ministra Finansów z 28 grudnia 2011, § 3 pkt 4).

Niezgodne z ustawą Pzp będzie także wstrzymywanie płatności na rzecz wykonawców lub odmowa wypłaty w sytuacji, gdy wykonawca nie zdoła przedłożyć oświadczenia podwykonawców co do istnienia bądź nie i wysokości roszczeń niewymagalnych. Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę. Art. 647 kodeksu cywilnego stanowi , że *przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*

Przepis art. 465 ustawy Pzp precyzuje, kiedy Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawcy lub kiedy może wstrzymać się z taką zapłatą. Oznacza to, że dopiero ziszczenie się konkretnie i ściśle wskazanych tam przesłanek uprawni Zamawiającego do braku zapłaty części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie - V Wydział Gospodarczy z dnia 10 października 2019 r. V GC 3/19:

Dla aktywacji obowiązku zamawiającego dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, musiałyby zostać kumulatywnie spełnione trzy przesłanki: 1) roszczenie o zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy musiało być wymagalne, 2) zamawiający musiał zaakceptować umowę o podwykonawstwo i 3) wykonawca musiał uchylać się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Aby zamawiający stał się legitymowany do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, to wszystkie wyżej wymienione przesłanki musiały zostać spełnione łącznie. Brak ziszczenia się którejkolwiek z nich, negował obowiązek zamawiającego w opisywanym zakresie.

Całościowe brzmienie art. 465 ustawy Pzp wskazuje zatem, że dopiero w sytuacji ziszczenia się przesłanek do bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy, istnieje możliwość wstrzymania się z zapłatą jeżeli wykonawca zgłosi zastrzeżenia co do zasadności takiej zapłaty. Dotyczy to sytuacji kiedy wynagrodzenie jest wymagalne, upłynął termin ich płatności, a wykonawca niezasadnie się uchyla od ich zapłaty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmianę jak w części III Odwołania.

Ad. 4 ustalone poszczególne limity kar umownych są nieadekwatne i nieproporcjonalne do zamówienia

W ocenie Odwołującego kary umowne zastrzeżone zostały przez Zamawiającego we wzorze umowy w wysokości rażąco wygórowanej, a także odbiegającej od praktyki rynku zamówień publicznych.

- 1) W zakresie kary umownej zastrzeżonej w § 9 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy, tj. kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy Odwołujący wskazuje, że poprzez określenie jej wysokości na poziomie 0,2% wynagrodzenia umownego brutto kara ta staje się

rażąco wygórowana i odbiega od praktyki rynku zamówień publicznych. Tytułem przykładu wskazać należy inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego np.:

- postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych polegających na budowie krytego basenu wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu, zlok. na terenie Zespołu Szkół Nr 29 przy ul. Kromera 11 w Bydgoszczy” – nr ref. WZP.271.0.2018.E, ogłoszone w dniu 01.08.2018 r., w którym zamawiający wprowadził karę umowną za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego;
- postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa i dostosowanie Wojewódzkiej Biblioteki Publicznej – Książnicy Kopernikańskiej w Toruniu do nowych funkcji użytkowych” – nr ref. ADM.3810.1.2023, ogłoszone w dniu 15.02.2023 r., w którym zamawiający, wskutek odwołania wniesionego przez wykonawcę, zmniejszył karę umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z 0,2% do 0,1% wynagrodzenia umownego.

Mając powyższe na uwadze zmniejszenie w niniejszym postępowaniu wysokości kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z 0,2% do poziomu 0,1% wynagrodzenia umownego brutto należy uznać za zasadne.

Przywołane powyżej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią również punkt odniesienia dla żądań wykonawcy w zakresie wysokości pozostałych, opisywanych poniżej kar umownych.

- 2) W zakresie kary umownej zastrzeżonej w § 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, tj. kary umownej za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji jakości Odwołujący wskazuje, że zrównanie wysokości tej kary umownej z karą umowną za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy należy uznać za nadmierne i nieproporcjonalne do charakteru naruszenia zobowiązania przez wykonawcę. Zwrócić należy uwagę, że przedmiotowa kara umowna nie różnicuje charakteru stwierdzonych wad, a zatem nieusunięcie najdrobniejszej wady może prowadzić do obowiązku zapłaty przez wykonawcę kary umownej tak, jakby pozostawał w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy. Odwołujący ponadto podkreśla, że przedmiotowa kara umowna nie ma charakteru kary wyłącznej, albowiem Zamawiający w § 9 ust. 4 wzoru umowy zastrzegł na swoją rzecz uprawnienie do dochodzenia odszkodowania przenoszącego wartość zastrzeżonej kary umownej. W związku z powyższym stwierdzić należy, że przedmiotowa kara umowna ma na celu przede wszystkim mobilizację wykonawcy do usunięcia wady. Uwagę należy również zwrócić na krótkie terminy usuwania wad, albowiem w przypadku wad stwierdzonych w toku odbioru termin ich usunięcia wynosić będzie co do zasady 10 dni, a w przypadku okresu gwarancji jakości nie więcej niż 14 dni.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazuje, że obniżenie wysokości przedmiotowej kary umownej do wnioskowanego poziomu należy uznać za słuszne.

- 3) W zakresie kary umownej zastrzeżonej w § 9 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy, tj. kary umownej za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom Odwołujący wskazuje, że przedmiotowa kara umowna z tytułu niewykonania lub nienależytego ubocznego zobowiązania wykonawcy wysokością (0,3% wynagrodzenia) przewyższa karę umowną z tytułu nienależytego wykonania głównego zobowiązania wykonawcy, tj. za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy (0,2% wynagrodzenia). Powyższe świadczy o oczywistej nieproporcjonalności tej kary umownej do naruszenia zobowiązania wykonawcy, a zdaniem Odwołującego nie powinno ulegać wątpliwości, że obniżenie wysokości przedmiotowej kary umownej do wnioskowanego poziomu należy uznać za słuszne.

- 4) W zakresie kar umownych zastrzeżonych w § 9 ust. 1 pkt 5 – 8 wzoru umowy, tj. kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków w zakresie podzlecenia części zamówienia podwykonawcom oraz spełnienia obowiązku zatrudnienia Odwołujący podnosi, że również w tym przypadku wysokość kar umownych jest nieproporcjonalna do charakteru naruszenia powinności kontraktowych wykonawcy. Podkreślić należy, że przedmiotowe kary umowne dotyczą zobowiązań wykonawcy, które mają służebny charakter wobec celu umowy jakim jest wykonanie robót budowlanych. Ponadto ich podstawowym celem jest mobilizacja wykonawcy do wykonania ciężących na nim obowiązków, a nie kompensacja szkody poniesionej przez Zamawiającego, o ile w tym przypadku w ogóle możliwa jest mowa o poniesieniu szkody przez Zamawiającego. Jakkolwiek cel tych kar umownych należy uznać za słuszny, a obowiązek ich wprowadzenia w niniejszym postępowaniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika m.in. z art. 437 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tak ich wysokość określona przez Zamawiającego jest nadmierna – zaledwie dwukrotnie niższa niż wysokość kary umownej z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu umowy, tj. za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnioskuje o zmianę jak w pkt III Odwołania.

Ad. 5 Zapisy dotyczące waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy przewidziane w § 13 wzoru umowy przewidują waloryzację pozorną, oderwaną od realiów rynkowych

Przyjęte przez Zamawiającego wskaźniki i sposoby waloryzacji zostały ustalone w oderwaniu od bieżącej i przewidywalnej sytuacji rynkowej.

Wykonawca zwraca uwagę na najistotniejsze elementy klauzuli waloryzacyjnej, co czynią ją niezgodną z celem wyrażonym w art. 439 ustawy Pzp tj:

- 1. Dowolność waloryzacji poprzez użycie słów pozwalających zwaloryzować wynagrodzenie a nie nakazujących waloryzacji w przypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w klauzuli.**
- 2. Sposób liczenia różnicy 20% w ujęciu „Wskaźnik GUS” do „Wskaźnika GUS” podczas gdy art. 439 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowi o zmianie cen materiałów i kosztów danego zamówienia w oparciu o wskaźnik, a nie zmianie samego wskaźnika GUS (co świadczy jedynie o dynamice wzrostu cen ale jest oderwane od realiów zamówienia).**
- 3. Poziom zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej o 20 % jest nadmiernie wygórowanym i niemożliwym do osiągnięcia w dobie względnej stabilizacji cen w świetle niżej przedstawionych danych i wyliczeń**
- 4. Ograniczenie możliwości waloryzacji o okres w którym przedmiot umowy będzie realizowany w warunkach opóźnienia niezawinionego przez Zamawiającego co oznacza, że w przypadku innych opóźnień nadal niezależnych od wykonawcy wynikających np. z opóźnień organów administracji w wydaniu decyzji lub np. wstrzymania przez te organy robót, działania siły wyższej itd. waloryzacja nie będzie przysługiwać.**
- 5. Ustalenie limitu górnego waloryzacji na 5 % wynagrodzenia całościowego jest limitem zbyt niskim w obecnych realiach rynkowych.**

a) zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej o 20 %

Złożenie oferty w przedmiotowym zamówieniu odbywa się w czasie dużej niepewności co do kształtowania się cen materiałów, usług i innych kosztów związanych z wykonywaniem Umowy w przyszłości, które ma charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu. Klauzula waloryzacyjna stanowi narzędzie pozwalające na dostosowanie zobowiązań

stron do zmieniających się okoliczności, nie tylko pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron, ale również zabezpiecza Zamawiającego przed negatywnymi konsekwencjami zachwiania taka równowagą, czego skutkiem mogą być trudności z wykonaniem zamówienia.

Warunki umowne zostały postawione w sposób, który uniemożliwi wykonawcy uzyskania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacjach, gdy zmiana cen materiałów lub kosztów realizacji będzie znacząca, stąd zarzut Odwołującego, że zasady dokonywania waloryzacji w umowie zostały ukształtowane w sposób mający na celu obejście przepisów prawa.

Analiza danych historycznych

Planowany termin realizacji inwestycji, zgodnie z §2 ust. 1, to 36 miesięcy.

Biorąc pod uwagę dane GUS w zakresie wskaźnika kwartalnego zmiany cen produkcji budowlano-montażowej, biorąc pod uwagę analogiczny okres do planowanego okresu realizacji inwestycji, wartość wskaźnika kształtowała się następująco:

| 2020 | | | | 2021 | | | | 2022 | | | |
|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| QI | QII | QIII | QIV | QI | QII | QIII | QIV | QI | QII | QIII | QIV |
| 0,70% | 0,50% | 0,60% | 0,60% | 0,70% | 1,30% | 1,70% | 2,60% | 3,40% | 4,00% | 3,50% | 3,20% |

Tabela 1 – Wskaźniki kwartalne GUS – zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do kwartału poprzedniego

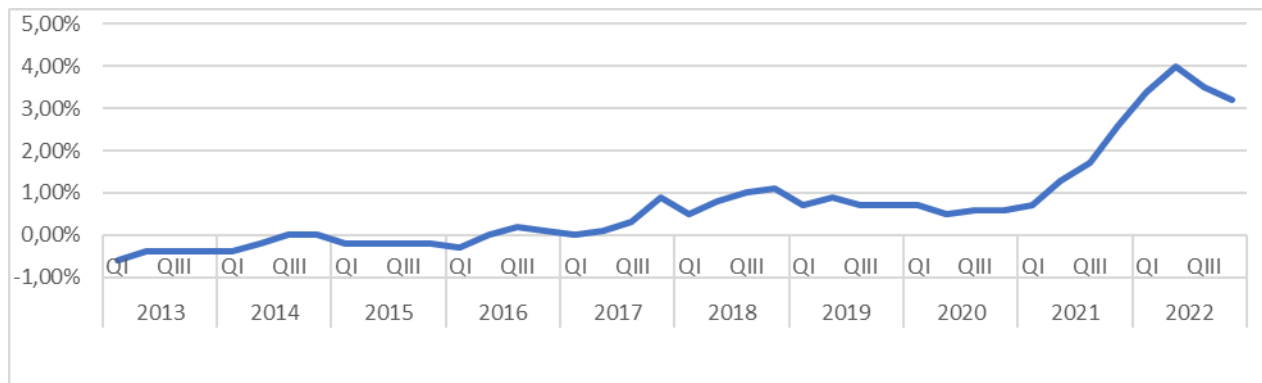
Zgodnie z projektem umowy, z pomocą powyżej przywołanych wskaźników, obliczany jest wskaźnik zmiany cen w stosunku do cen z okresu złożenia oferty, stąd konieczne jest obliczenie wskaźnika narastająco – obejmującego wpływ zmian cen od początku naliczania waloryzacji:

| Rok | | 2020 | | | | 2021 | | | | 2022 | | | |
|------------------------|------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| Kwartał | | QI | QII | QIII | QIV | QI | QII | QIII | QIV | QI | QII | QIII | QIV |
| Wskaźnik kwartalny | | 0,70% | 0,50% | 0,60% | 0,60% | 0,70% | 1,30% | 1,70% | 2,60% | 3,40% | 4,00% | 3,50% | 3,20% |
| Wzrost cen narastająco | 100% | 100,70% | 101,20% | 101,80% | 102,40% | 103,10% | 104,40% | 106,10% | 108,70% | 112,10% | 116,10% | 119,60% | 122,80% |

Tabela 2 – Wzrost cen produkcji budowlano-montażowej w okresie od I 2020r. do XII 2022r.

Jak wynika z powyższej tabeli – warunek wzrostu cen uprawniającego Wykonawcę do złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia w historycznym okresie ostatnich 36 miesięcy, tj. od stycznia 2020 do grudnia 2022r. nastąpiłby dopiero po opublikowaniu wskaźnika za ostatni kwartał realizacji Umowy. **Należy jednak pamiętać, że rok 2022 roku był rokiem nadzwyczajnym pod względem odczuwalnych skutków pandemii z ubiegłych lat, jak i wybuchu wojny na Ukrainie. Waloryzacja z art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp nie dotyczy przypadków nadzwyczajnych, ale ma odzwierciedlać normalne warunki rynkowe i zmiany cen nawet bez nadzwyczajnych ich skoków. Niezasadne jest zatem ustalanie limitów lub punktów startowych do waloryzacji niemożliwych od osiągnięcia w warunkach normalnego lub przeciętnego wzrostu cen. Nadzwyczajne skoki i zdarzenia wyczerpują normę art. 455 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp toteż zrównywanie jej z waloryzacją tzw „bazową” wynikającą z art. 439 Pzp byłoby wypaczeniem celu obu zapisów.**

Analizując dane od 2013 r. należy stwierdzić, że historycznie w okresie od 2013 – 2022 roku, poza okresem 3-letnim w latach 2020-2022, nie występuje okres, w którym urzeczywistnił by się warunek wzrostu cen uprawniającego Wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia, przy czym w latach 2020-2022 uprawnienie to dotyczyłoby tylko znikomej wartości wynagrodzenia (zgodnie z projektem umowy waloryzowana będzie część wynagrodzenia pozostająca do zapłaty).



Wykres 3 – Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej (w stosunku do poprzedniego kwartału) w okresie od I 2013r. do XII 2022r.

Prognozy

Co do prognoz, Odwołujący wskazuje, że w dokumencie Narodowego Banku Polskiego z grudnia 2022r. „Prognozy makroekonomiczne profesjonalnych prognostów - Wyniki Ankiety Makroekonomicznej NBP”, Inflacja CPI w 2023 r. powinna się zawierać – zgodnie z typowymi scenariuszami (tj. wartościami wyznaczonymi przez krańce 50-procentowego przedziału prawdopodobieństwa rozkładu zagregowanego) – między 11,7% a 15,3% (przy prognozie centralnej równej 13,6%). Typowe scenariusze dla inflacji w 2024 r. sugerują, że powinna się ona zawierać w przedziale 4,9%-9,2%, przy prognozie centralnej równej 6,8%.

Tendencje wskaźników makroekonomicznych, nie odbiegają w sposób znaczący od siebie, na podstawie powyższych prognoz dotyczących Inflacji CPI można również założyć dalszy wzrost, choć już nie tak dynamiczny, jak w 2022r., wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej. Z uwagi jednak, że będzie to dalszy wzrost, choć być może nie tak dynamiczny, wciąż będzie miał wpływ na koszty realizacji Inwestycji.

Biorąc pod uwagę prognozy centralne inflacji CPI Wykonawca będzie uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia po ziszczeniu się warunku przekroczenia wzrostu cen materiałów i kosztów o ponad 20% dopiero pod koniec drugiego roku realizacji Inwestycji (o ile spełnią się te prognozy).

Tak długi okres, upływający do pierwszej możliwej waloryzacji wynagrodzenia, stoi w sprzeczności z celami przepisu Pzp. Odwołujący wskazuje, że ustawodawca wprowadzając w dniu 11 września 2019 r. do ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych, ustanowił taki obowiązek w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Zgodnie z ust. 2 pkt 1 Pzp zamawiający określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, ale w praktyce ust. 3 wyznaczył granice tej swobody, jeśli postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia przedłuża się ponad 180 dni. Następnie, w dniu 07 października 2022r. Ustawodawca wprowadził kolejną zmianę do ustawy Pzp – skracając okres trwania umowy na roboty budowlane, dostawy i usługi, które obejmuje obowiązek wprowadzenia postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy (podwykonawcy) do 6 miesięcy. Powyższe prowadzi do wniosku, że Ustawodawca uznał, że zmiana okoliczności zewnętrznych, które mogą utrudniać wykonanie zamówienia publicznego, może nastąpić już w ciągu sześciu miesięcy wykonywania umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że limit wzrostu cen materiałów i kosztów realizacji, określony przez Zamawiającego na ponad 20%, uprawniający Wykonawcę do złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia, został ustanowiony w sposób sprzeczny z celem przepisu Art. 439 Pzp, w sposób, który uniemożliwi, bądź znacząco utrudni waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy.

Należy również zwrócić uwagę, że w sytuacji, gdy ryzyko wzrostu cen materiałów i kosztów realizacji w zakresie do zmiany w wysokości 20% zostaje w całości przerzucone na Wykonawcę, a także fakt, że nawet prognozy profesjonalnych prognostów, na podstawie których zostały sporządzone prognozy NBP, różnią się pomiędzy sobą (dla roku 2023r. – od 11,7% do 15,3%, dla roku 2024r. od 4,9% do 9,2%), każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować ryzyko wzrostu cen, co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, a tym samym naruszenia art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy Pzp. Dysproporcja pomiędzy poszczególnymi ofertami zależeć będzie od wartości, jaką dany Wykonawca przyjmie przy kalkulowaniu oferty, skrajnie więc może ona stanowić różnicę pomiędzy skalkulowaniem ryzyka wzrostu cen od 0% do 20%.

Cytując Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r. KIO 440/22:

„Należy także podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen – w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty – nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegania jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.” (podkreślenie Odwoływającego)

Należy zauważyć trafność stanowiska KIO, wskazującego korzyść dla Zamawiającego w sytuacji, gdy do ceny ofertowej nie jest doliczane ryzyko wykonawców związane z możliwością wzrostu cen, a wynagrodzenie wykonawcy jest zmieniane tylko w przypadku faktycznej zmiany cen realizacji umowy, w oparciu o ogólnodostępne i obiektywne wskaźniki.

Poniżej Odwołujący zamieszcza wykres wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej w kolejnych miesiącach z ostatnich 5 lat:

Źródło:

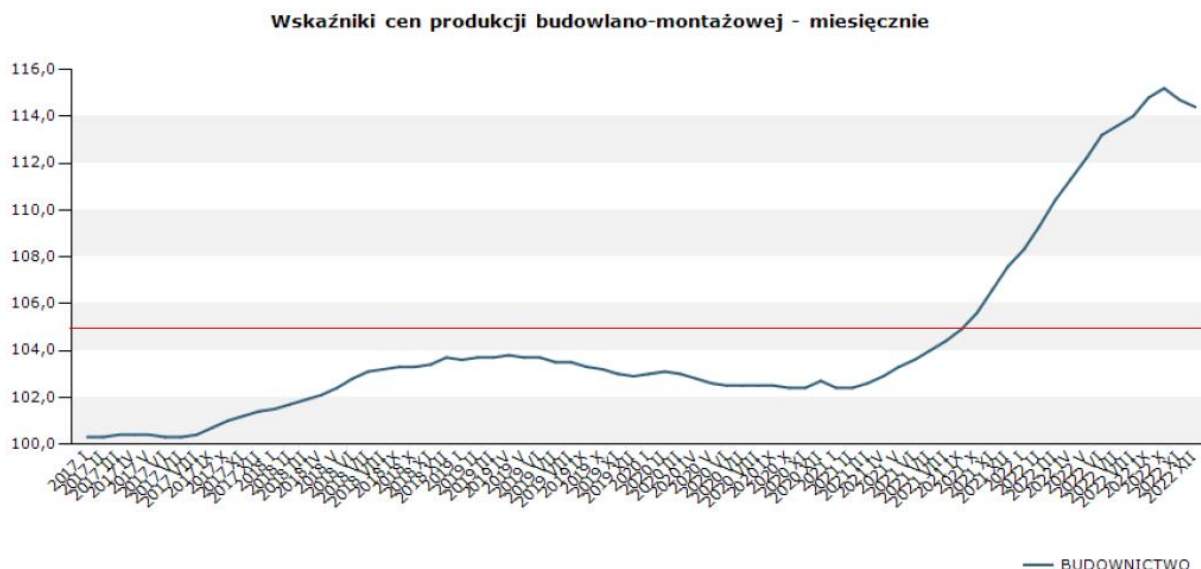
http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx

Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej - miesięcznie

Rok: 2017 - 2022

Jednostka terytorialna: Polska

Rodzaj informacji: analogiczny okres poprzedniego roku = 100



Wykres 4 – Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej (w stosunku do analogicznego miesiąca poprzedniego roku) w okresie od I 2017r. do XII 2022r.

Wykres obrazuje wartość, o jaką zmieniły się ceny produkcji budowlano-montażowej w stosunku do cen do analogicznego miesiąca poprzedniego roku.

Czerwoną linią została oznaczona wartość 105, która oznacza, że wartość cen w miesiącu bieżącego roku stanowi 105% wartości cen w tym samym miesiącu poprzedniego roku.

Z załączonego wykresu wynika, że pokazywanym okresie od stycznia 2017r. do września 2021r. roczne wzrosty cen nigdy nie przekraczały wartości 5%. Sytuacja, która miała miejsce po wrześniu 2021r. tj. sytuacja, w której roczne wzrosty cen w okresie od września 2021r. do grudnia 2022r. osiągały poziom aż do 16%, powinna zostać uznana za nadzwyczajną, stąd poziom wzrostów cen nie powinien być uznawany za wartość porównawczą.

Odwołujący uważa, że przyjęcie granicy 5% wzrostu cen, w odniesieniu do sytuacji, w której ceny kształtowały się na stabilnym poziomie, stanowi już rozłożenie ryzyka wzrostu cen między Zamawiającego a wykonawcę, gdyż w okresie stabilizacji tak wysoki wzrost nie był notowany. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o ustalenie progu uruchamiającej waloryzację od 5 % a nie 20 % wzrostu cen.

b) Błędne i nieadekwatne odnoszenie się do samej zmiany wskaźnika GUS z pominięciem zmiany cen w związku z realizacją zamówienia.

Wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej pokazuje zmiany cen następujące w danym okresie czasu. Zawsze, gdy wskaźnik ma wartość dodatnią (lub powyżej wartości 100) oznacza to, że ceny wzrosły w stosunku do badanego okresu. Wartość ujemna wskaźnika (lub poniżej wartości 100) oznacza, że ceny w badanym okresie spadły. Zastosowana przez

Zamawiającego propozycja porównywania wielkości samych wskaźników uzależnia zmianę wynagrodzenia od zmiany dynamiki zmian cen, natomiast nie odnosi się do faktycznych zmian cen.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi aby waloryzacja dotyczyła zmiany ceny materiałów lub kosztów w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej a nie samą zmianę wskaźnika. Chodzi o porównanie cen i kosztów realizacji zamówienia z momentu złożenia oferty do cen z momentu ustalania waloryzacji. Aktywatorem do zmiany powinna być zmiana wskaźnika o 5 % (zamiast przewidzianej 20%) lecz zmiana powinna obejmować zmianę ceny (nie wskaźnika) materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (literalne brzmienie art. 439 ust 1 i ust 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o doprecyzowanie §13 ust. 2 pkt 2 i 3 Umowy w sposób wskazany w części III Odwołania.

c) Niezasadne wyłączenie waloryzacji w przypadku przedłużenia czasu realizacji umowy

Odwołujący nie widzi podstaw prawnych ani uczciwych zasad rozkładania ryzyka inwestycji pomiędzy stronami w ramach których miałby ponosić wszelkie negatywne ryzyko zmiany cen w okresie, w jakim umowa ulegnie przedłużeniu nie z jego winy.

Należy wziąć pod uwagę iż w trakcie realizacji inwestycji istnieje możliwość natrafienia na niezinventaryzowane warunki gruntowe, braki lub błędny przekazanej Wykonawcy Dokumentacji Projektowej, możliwość wstrzymania inwestycji przez organy nadzoru budowlanego. Wówczas może dojść do przedłużenia czasu realizacji umowy, mimo iż wykonawca dochowa pełnej staranności po swojej stronie. Zamawiający próbuje w całości ryzyko takich okoliczności przerzucić na wykonawcę nakazując mu wówczas ponoszenie w 100 % ryzyka zmiany cen materiałów lub kosztów.

Odwołujący wskazuje że o ile Zamawiający zawsze ma silniejszą pozycję kontraktową z uwagi na fakt, iż to on gospodarzem postępowania, o tyle kształtowanie warunków przyszłej umowy nie ma charakteru absolutnego i niczym nieograniczonego.

W ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje się, iż „*Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.*

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 3531 oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. " (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż 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.

Umowa w żaden sposób nie chroni interesów Wykonawcy w momencie, w którym zostaje on pozbawiony prawa do waloryzacji cen w sytuacji zmian cen na rynku w sposób, w jaki nie mógł on się od niego uchronić na etapie składania oferty. Nierównym rozkładem ryzyka kontraktowego jest przede wszystkim obarczanie wykonawcy wszelką odpowiedzialnością za

zmiany makroekonomiczne w połączeniu z koniecznością przedłużenia czasu realizacji umowy z przyczyn, za jakie wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Wobec naruszenia podstawowych zasad kształtowania stosunku prawnego a przez to wyłączenie i wypaczenie sensu wprowadzenia art. 439 ustawy Pzp do porządku prawnego, Odwołujący wnosi o modyfikację §13 ust. 2 pkt 7 Umowy w sposób wskazany w części III Odwołania.

d) Ustalenie zbyt niskiego limitu górnego waloryzacji

Znamienne również jest to, że ustalany limit górny możliwości zmian wynagrodzenia nie powinien być ustalany wyłącznie w odniesieniu do planów finansowych czy obecnych możliwości Zamawiającego. Ryzyko zmian waloryzacyjnych jest nie tylko ryzykiem wykonawcy ale poprzez wprowadzenie jako elementu obligatoryjnego do umów, jest też ryzykiem Zamawiającego wobec czego ustalanie limitów na zbyt niskich i odstających od panujących warunków i poziomu wzrostu cen jest naruszeniem przepisu art. 439 ust 1 i 2 ustawy Pzp.

Na marginesie zaznaczamy, że ustalanie zbyt niskiego limitu górnego możliwości zmiany wynagrodzenia nie może być konwalidowane możliwościami finansowymi przy tez planami finansowymi Zamawiającego. Z

godnie z wyrokiem KIO z dnia 25.05.2022 r., KIO 1151/22: „*wykonanie obowiązku z art. 439 ustawy Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem charakteru danego przedmiotu zamówienia ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczeniu celu ww. przepisu.* (vide: wyrok KIO z dnia 10 września 2021 r. sygn. akt KIO 2355/21)”.
Z

W momencie kiedy limit wpisuje się w plan finansowy Zamawiającego ale jednocześnie wypacza sens klauzuli bo jest zbyt niski w realiach rynkowych to tym stanowi naruszenie przepisu art. 439 ust 2 pkt 4 Pzp. Jeżeli przy obecnej tendencji zmiany cen i materiałów limit taki zostanie osiągnięty już w pierwszym roku realizacji (wg prognoz NBP) podczas, gdy umowa została zawarta na okres 36 miesięcy to przerzucenie większościowego ryzyka zmiany cen na wykonawcę nie spełnia celu, jaki istnieje w związku z wprowadzeniem mechanizmów obligatoryjnej waloryzacji umów.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy o dokonanie zmian jak w części III Odwołania.

Załączniki:

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