

Warszawa, dnia 28 marca 2023 r.

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

Zamawiający:

Gmina Góra Kalwaria
ul. 3 Maja 10, 05-530 Góra Kalwaria
Tel.: 22 4843430
e-mail: przetargi@gorakalwaria.pl
REGON: 013-271-134; NIP: 123-12-16-723

Odwołujący:

Dekpol Budownictwo Sp. z o.o.
ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn
Numer KRS: 0000816545
REGON: 385010721, NIP: 5922279645

reprezentowany przez:

r.pr. Marzenę Jaworską
z JMGJ Jaworska, Matusiak, Grzeškowiak, Jarnicka Kancelaria Prawna Sp. j.
ul. Sułkowska 2/4 lok. 10, 00-746 Warszawa;
e-mail: kancelaria@jmgj.pl
tel. 501 217 256

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu podstawowego bez negocjacji, pn. Budowa ul Długiej w Moczydłowie" w systemie zaprojektuj i wybuduj II (dalej jako: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w BZP nr 2023/BZP 00149089/01 w dniu 23 marca 2023 r.

ODWOŁANIE

W imieniu Odwołującego, powołując się na załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) – dalej jako „PZP”, wnoszę odwołanie wobec projektowanych postanowień umowy (dalej jako: „Umowa”), wymienionych w treści zarzutów i w uzasadnieniu odwołania.

Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, że projektowane postanowienia umowne są niezgodne z wymaganiami wynikającymi z wymienionych, jak i wprost niewymienionych w odwołaniu przepisów, a wynikającymi z treści uzasadnienia odwołania.

I. W zakresie zarzutów dotyczących § 12 ust. 7 i 11 oraz § 13 ust. 2 zd. 1 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie:

- a. **Art. 647 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** poprzez określenie zasad odbioru robót w sposób sprzeczny z istotą umowy o roboty budowlane i obowiązkami Zamawiającego, co wpływa negatywnie na zasady rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy, rozpoczęcie biegu okresu udzielonej gwarancji i rękojmi, a także rozpoczęcie biegu terminu 30. dni przewidzianego na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- b. **Art. 353¹ w zw. art. 647 KC stosowanymi w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** poprzez zastrzeżenie prawa odmowy odbioru robót w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, a także uzależnienie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi od dnia dokonania „bezusterkowego” odbioru robót oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy od protokolarnego stwierdzenia usunięcia wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze robót, co pozostaje w sprzeczności z właściwością (naturą) umowy o roboty budowlane, a zatem narusza zasadę swobody umów;
- c. **Art. 453 ust. 1 PZP** poprzez nieprawidłowe określenie rozpoczęcia biegu terminu 30. dni przewidzianego na zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- d. **Art. 16 pkt 1 PZP** poprzez niezgodne z art. 647 KC określenie zasad dotyczących rozliczenia wykonanych robót i ich odbioru, okresu biegu gwarancji i rękojmi oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które to dodatkowo nie odpowiada regułom określonym w art. 453 ust. 1 PZP, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny i złożenie porównywalnych ofert, utrudnia uczciwą konkurencję oraz może wpłynąć na niskie zainteresowanie udziałem w postępowaniu.

II. W zakresie zarzutów dotyczących § 6 ust. 8 i 11 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie:

- a. **Art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC stosowanymi w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** poprzez objęcie obowiązkiem (określonym w § 6 ust. 8 Umowy) zrzeczenia się przez wykonawcę prawa do wykonywania nadzoru autorskiego również wobec robót wykonywanych w Etapie 1 jest, co pozostaje w rażącej sprzeczności z właściwością (naturą) umowy o roboty budowlane realizowanej w formule zaprojektuj i wybuduj (przyjętej w Etapie 1), wobec czego wykracza poza granice swobody umów;
- b. **Art. 85 PZP** poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku określonego w § 6 ust. 11 Umowy, a tym samym niezapewnienie przez Zamawiającego koniecznych środków, o których mowa w art. 85 ust. 1 PZP, mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji przez udział wykonawcy (autora

dokumentacji projektowej) w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych w Etapie 2 i 3;

- c. **Art. 99 ust. 1 PZP** poprzez nieokreślenie podstaw do oszacowania kosztów wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku, określonego w § 6 ust. 11 Umowy, które to koszty należy uwzględnić w wynagrodzeniu umownym.

III. W zakresie zarzutów dotyczących § 7 ust. 1 w zw. z § 10 ust. 3 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie art. 483 § 1 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP poprzez nieokreślenie w 7 ust. 1 Umowy konkretnego terminu, w którym Zamawiający zobowiązany jest do przekazania terenu budowy, co powoduje brak możliwości określenia wysokości kary umownej za zwłokę z tego tytułu, zastrzeżonej w § 10 ust. 3 Umowy na rzecz Wykonawcy, a nawet bezwzględną nieważność tego postanowienia Umowy, na podstawie art. 58 KC, wobec jego konstrukcji sprzecznej z art. 483 § 1 KC.

IV. W zakresie zarzutów dotyczących § 10 ust. 6 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie:

- a. **Art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 436 pkt 3 PZP** poprzez określenie maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony Umowy na poziomie 50% ogólnej wartości umowy brutto, co stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego i jako takie nie może korzystać z ochrony;
- b. **Art. 16 pkt 3 PZP** poprzez zastrzeżenie maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony Umowy na poziomie 50% ogólnej wartości umowy brutto, w sposób rażąco wygórowany i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, jego rozmiaru oraz potencjalnej szkody Zamawiającego;

V. W zakresie zarzutów dotyczących § 6 ust. 10 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie:

- a. **Art. 16 pkt 3 PZP** poprzez naruszenie zasady proporcjonalności w określeniu wysokości kary umownej (40% wynagrodzenia brutto), przewidzianej w § 6 ust. 10 Umowy, która ma charakter kary represyjnej i może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego ponad wysokość ewentualnej szkody, jaką może mu wyrządzić Wykonawca opracowując dokumentację projektową, która narusza prawa autorskie osób trzecich;
- b. **Art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** poprzez nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego do zastrzegania kary umownej w tak rażąco wygórowanej wysokości przy jednoczesnym zobowiązaniu Wykonawcy (w § 6 ust. 9 Umowy) do pokrycia wszelkich strat, kosztów, opłat, wydatków lub innych zobowiązań wynikających z faktu naruszenia tych praw, a także do zwrócenia ich Zamawiającemu w § 6 ust. 9 Umowy.

VI. W zakresie zarzutów dotyczących § 17 ust. 3 pkt 6 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie:

a. art. 436 pkt 4 lit. b PZP poprzez:

- i. uzależnienie możliwości zmiany wynagrodzenia od poziomu wzrostu kosztów wykonania zamówienia;
- ii. ograniczenie pokrycia przez Zamawiającego wzrostu kosztów wykonania zamówienia do połowy rzeczywiście zwiększonych kosztów;

1) art. 16 pkt 2 PZP poprzez nieokreślenie zasad dotyczących terminu, od którego zmiana wynagrodzenia będzie obowiązywać.

VII. W zakresie zarzutów dotyczących § 17 ust. 3 pkt 7, 8 i 10 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie:

a. art. 439 PZP poprzez:

- i. pozorne określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy – m.in. poprzez limitację zmiany wynagrodzenia do 3%, uzależnienie waloryzacji od realizacji umowy zgodnie z harmonogramem, przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy, gdy wzrost kosztów przekroczy 5% wartości umowy;
- ii. określenie niejasnych zasad waloryzacji – m.in. niejasno wskazany okres w jakim ma nastąpić wzrost cen uprawniający do waloryzacji, niejasno określony wskaźnik, który stanowi punkt odniesienia do obliczenia 3% wzrostu cen uprawniającego do waloryzacji,
- iii. wprowadzenie zasad waloryzacji będących w istocie złamaniem zasady waloryzacji wskaźnikowej – wprowadzenie konieczności sporządzania przez wykonawcę szczegółowej kalkulacji oraz możliwości kwestionowania przez Zamawiającego tej kalkulacji, pomimo oparcia waloryzacji o wskaźnik publikowany przez GUS,

b. art. 16 pkt 2 PZP poprzez sformułowanie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w sposób nieprecyzyjny, wewnętrznie sprzeczny (w tym określając w 17 ust. 3 pkt 8 Umowy zamiar waloryzacji wynagrodzenia w oparciu o wskaźnik GUS przy jednoczesnym wymogu porównania postulowanego wzrostu wynagrodzenia ze szczegółową kalkulacją wykonania zamówienia, o której mowa w § 17 ust. 3 pkt 10 Umowy), pozostawiający Zamawiającemu duże pole do uznaniowości przy ocenie wpływu wzrostu cen na rzeczywiste koszty ponoszone przez wykonawcę i ocenie zasadności wniosku o waloryzację, uniemożliwiający wykonawcom ustalenie w jaki sposób wynagrodzenie będzie waloryzowane co może zagrażać interesowi wykonawcy (uznaniowość po stronie zamawiającego).

VIII. W zakresie zarzutów dotyczących § 17 ust. 3 pkt 12 Umowy Odwołujący zarzuca naruszenie:

a. Art. 433 pkt 4 PZP poprzez zastrzeżenie prawa do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w przypadku, gdy wystąpi konieczność dokonania waloryzacji o więcej niż 5% w stosunku do wysokości wynagrodzenia

umownego brutto, co stanowi obejście tego przepisu, albowiem stanowi *de facto* jednostronną rezygnację z nieokreślonej części zamówienia przez Zamawiającego, wobec czego skutkuje brakiem możliwości rzetelnego oszacowania ceny oferty;

- b. **Art. 5 w zw. z art. 8 PZP** poprzez rażące nadużycie pozycji Zamawiającego i naruszenie równowagi stron Umowy będące skutkiem zastrzeżenia prawa do odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego w przypadku, gdy wystąpi konieczność dokonania waloryzacji o więcej niż 5% w stosunku do wysokości wynagrodzenia umownego brutto, w sytuacji, gdy wzrost kosztów wykonania zamówienia pozostaje poza jakąkolwiek wolą wykonawcy.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o:

Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych odwołaniem projektowanych postanowień umownych zgodnie z wnioskami zawartymi w uzasadnieniu, prezentowanymi odpowiednio do poszczególnych zarzutów.

Na wypadek, gdyby Izba uznała, iż nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień poprzez nadanie im konkretnego brzmienia lub ich usunięcie nie było możliwe, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany zaskarżonych postanowień Umowy poprzez doprowadzenie ich do zgodności z przepisami prawa oraz z uwzględnieniem podniesionych w odwołaniu zarzutów i argumentacji.

Odwołujący wnosi również o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 10.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na fakturze przedłożonej do akt sprawy na rozprawie oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa.

Interes i szkoda

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 PZP jako wykonawca zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia i zainteresowany złożeniem oferty, a któremu zaskarżone projektowane postanowienia umowne utrudniają złożenie konkurencyjnej oferty.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w *petitum* odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 PZP do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych

Odwołanie wniesione zostało w terminie, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 PZP, tj. w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych i dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

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

Uzasadnienie

Uwagi ogólne

1. W pkt II SWZ (s. 9) Zamawiający określił, że „Przedmiotem zamówienia jest budowa ul. Długiej w Moczydłowie – etap 1 (wariant 1), gm. Góra Kalwaria w systemie zaprojektuj i wybuduj oraz zaprojektowanie pozostałych etapów (2 i 3), zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym i Anekssem 1 w ramach zadania „Budowa ul. Długiej w Moczydłowie”.
2. W Programie Funkcjonalno-Użytkowym (s. 8) określił, poszczególne Etapy składające się na zadanie pn. „Budowa ul. Długiej w Moczydłowie” w następujący sposób:
 - o *Etap 1 – Budowa ul. Długiej od km 0+305.95 do km 1+071.35. W tym etapie zostanie zrealizowana jezdnia, zjazdy, zatoki postojowe, odwodnienie oraz budowa i przebudowa infrastruktury towarzyszącej w postaci sieci uzbrojenia terenu oraz oświetlenia. Etap ten zakłada także wykonanie wlotu skrzyżowania dla ul. Zacisze. Etap 1 nie przewiduje wykonanie ścieżki pieszo-rowerowej po południowej stronie jezdni ul. Długiej, który zostanie zrealizowany w Etapie 2.*
 - o *Etap 2 – Budowa ul. Długiej od km 0+000.00 do km 0+305.95. W tym etapie zostanie zrealizowany pełny zakres inwestycji na rozpatrywanym odcinku oraz ciąg pieszo-rowerowy na odcinku Etapu 1 (od km 0+305.95 do km 1+071.35).*
 - o *Etap 3 – Budowa ul. Zacisze od km 0+020.42 od km 0+266.18.*
3. W § 1 ust. 2 projektowanych postanowień umowy (stanowiących zał. nr 6 do SWZ; dalej również jako: „Umowa”) określił zakres zamówienia następująco:
 2. Szczegółowy zakres zamówienia obejmuje wykonanie budowy ul. Długiej w Moczydłowie – etap 1 (wariant 1), gm. Góra Kalwaria w systemie zaprojektuj i wybuduj oraz zaprojektowanie pozostałych etapów (2 i 3), zgodnie z Programem Funkcjonalno – Użytkowym i Anekssem 1 w ramach zadania „**Budowa ul. Długiej w Moczydłowie**”.W ramach zamówienia należy:
 - a. w terminie 30 dni od podpisania umowy wykonać koncepcję, którą należy uzgodnić z Zamawiającym
 - b. w oparciu o zatwierdzoną koncepcję w wykonać dokumentację projektowo – kosztorysową na całość zadania
 - c. uzyskać zezwolenie na realizację inwestycji drogowej w imieniu Zamawiającego dla całego zadania
 - d. wybudować:
 - Etap 1 – ul. Długą od km 0+305,95 do km 1+071,35 – jezdnia, zjazdy, zatoki postojowe, odwodnienie, budowa i przebudowa infrastruktury towarzyszącej w postaci sieci uzbrojenia terenu oraz oświetlenia.
4. uzyskać pozwolenie na użytkowanie na roboty wykonane w ramach etapu nr 1.

Zatem przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót w systemie zaprojektuj i wybuduj w Etapie 1 oraz zaprojektowanie pozostałych etapów objętych zadaniem pn. „Budowa ul. Długiej w Moczyłowie”.

I. Zarzuty dotyczące § 12 ust. 7 i 11 oraz § 13 ust. 2 zd. 1 Umowy (bezusterkowy odbiór robót budowlanych)

4. Zgodnie z jednolitą linią orzecniczą, wyprowadzaną z definicji robót budowlanych, odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienia umowne, które uzależniają prawo zamawiającego od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, uznaje się za sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 KC (tak np. wyrok SA w Warszawie z 3.8.2017 r., I ACa 689/16).
5. Również SN stoi na stanowisku (wyr. SN z 21.4.2017 r., I CSK 333/16; wyr. SN z 7.3.2013 r., II CSK 476/12, wyr. SN z 22.6.2007 r., V CSK 99/07), że umawianie się na tzw. odbiór bezusterkowy, czyli uzależnianie odebrania obiektu od braku jakichkolwiek wad, jest sprzeczne z właściwością (naturą) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i naruszające równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjęcie takiego poglądu oznacza, że postanowienia umów o roboty budowlane przewidujące, że odebranie obiektu może nastąpić tylko w przypadku braku jakichkolwiek wad, są nieważne bezwzględnie jako wykraczające poza swobodę umów wyznaczoną właściwością (naturą) zobowiązania (art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC). Zdaniem SN inwestor ma prawo odmówić odebrania obiektu w przypadku, gdy został on wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub gdy jest on obciążony istotnymi wadami (tak wyr. SN z 21.4.2017 r., I CSK 333/16; wyr. SN z 7.3.2013 r., II CSK 476/12; wyr. SN z 24.7.2009 r., II CSK 61/09), co też Zamawiający prawidłowo określił w § 12 ust. 6 Umowy.
6. W wyroku z 4.5.2022 r. (KIO 1041/22) KIO wskazała, że „Jak wynika z przepisów powszechnie obowiązujących inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Zasadniczo inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną, tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi”.
7. W wyroku z 6.7.2022 r. (KIO 1564/22) Izba odniosła się do biegu okresu rękojmi i gwarancji wskazując jednoznacznie, iż „Rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi winno nastąpić z chwilą wydania rzeczy zamawiającemu, tj. odbioru robót budowlanych, nie zaś odbioru bezusterkowego” oraz że „Niedopuszczalne jest uzależnianie rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji jakości od daty bezusterkowego odbioru robót budowlanych, co oznaczałoby, że okresy te nie rozpoczynałyby swojego biegu z uwagi na wadę bądź usterkę nieistotną niepowodującą problemów w użytkowaniu przedmiotu umowy”.

8. Odwołujący wskazuje, że rozpoczęcie biegu ukresu rękojmi i gwarancji oznacza, że roboty zostały odebrane i uznane jako wykonane należycie, co uzasadnia zwrot 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 30 dni.
9. W orzecznictwie słusznie zwraca się uwagę również na istotny aspekt, że uzależnienie uznania, iż roboty budowlane zostały wykonane od „bezusterkowego” ich odbioru umożliwiłoby zamawiającemu naliczanie kar umownych za niedotrzymanie terminu realizacji umowy warunkowanej przedstawieniem robót do odbioru w stanie idealnym, co w praktyce jest niemal niemożliwe (tak SA w Krakowie w wyroku z 17.5.2017 r., I ACa 1720/16). Wskazuje się także, że to projekt budowlany i zasady wiedzy technicznej są kompromisem między tym, co możliwe, a tym co konieczne w budownictwie, uwzględniając jednocześnie interesy zamawiającego i wyznaczając granicę wymagań odnośnie jakości robót budowlanych (wyrok SA w Szczecinie z 12.10.2016 r., I ACa 138/16). Tym samym, odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być uznany, jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie nadawał się do użytkowania. Przy tym, jak wskazał SA w Białymstoku w wyr. z 27.10.2017 r. (I ACa 321/17), rozróżnienie wad istotnych od nieistotnych ma znaczenie o tyle, że rzutuje na ocenę wykonania lub niewykonania zobowiązania. Za wadę istotną uznaje się jedynie wadę skutkującą brakiem możliwości korzystania z przedmiotu robót budowlanych zgodnie z jego przeznaczeniem, brakiem właściwych mu cech lub cech wyraźnie zastrzeżonych w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (tak SA w Warszawie w wyroku z 27.6.2018 r., V ACa 1302/17), a nawet taką wadę, w związku z wystąpieniem której obiekt nie nadaje się do użytkowania (wyrok SA w Warszawie z 3.08.2017 r., I ACa 689/16). Wskazuje się również, że zamawiający może odmówić odbioru, gdy w wykonanych robotach występują tego rodzaju wady, że należy je oceniać jako niewykonanie umowy przez wykonawcę, co oznacza także, że wykonawcy nie przysługuje zapłata wynagrodzenia (wyrok SA w Lublinie z 3.11.2017 r., I ACa 292/16).
10. Reasumując: Zamawiający nie może:
 - a. uzależnić odbioru robót od niewystąpienia wad nieistotnych, możliwych do usunięcia w krótkim okresie (takie wady stwierdza się w protokole odbioru i usuwa w ramach rękojmi lub gwarancji);
 - b. wyznaczyć biegu okresu gwarancji i rękojmi za wady od dnia dokonania „bezusterkowego odbioru”;
 - c. dokonać zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 30 dni liczonym od protokolarnego stwierdzenia usunięcia wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze robót.
11. Pomimo powyższego, w przedmiotowym Postępowaniu, Zamawiający w § 13 ust. 2 Umowy zobowiązał Wykonawcę do udzielenia gwarancji na deklarowany okres liczony od dnia bezusterkowego odbioru. Wskazał również, że bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się z dniem dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego robót.
12. Zasady dokonywania odbioru końcowego przedmiotu umowy, w tym odbiorów częściowych i końcowego robót, zostały określone w § 12 Umowy. W § 12 ust. 7

Umowy Zamawiający określił, że w przypadku, gdy wady stwierdzone w toku czynności odbioru nadają się do usunięcia, Zamawiający może:

- a. odmówić odbioru do czasu usunięcia tych wad, wyznaczając termin ich usunięcia z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie terminu nie przyjmie naprawy.
- b. przyjąć przedmiot zamówienia z zastrzeżeniem, że stwierdzone wady zostaną usunięte przez Wykonawcę w ramach rękojmi lub gwarancji.

Ponadto w § 12 ust. 11 Umowy Zamawiający wskazał, że dopiero: „Po protokolarnym stwierdzeniu usunięcia wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze rozpoczyna się bieg terminu o zwrot (zwolnienie) zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

13. Prawo do odmowy odbioru, określone w § 12 ust. 7 lit. a Umowy, zastrzeżone w toku czynności odbioru (częściowego i końcowego) *de facto* prowadzić może do nieznajdującej uzasadnienia w przepisach kodeksu cywilnego odmowy odbioru robót z powodu nawet drobnych, możliwych do usunięcia w krótkim okresie wad. W konsekwencji taka odmowa odbioru będzie skutkowałą:

- a. brakiem możliwości wystawienia przez Wykonawcę faktur, o których mowa w § 8 ust. 5 lit. a-c Umowy,
- b. nieuzasadnionym wydłużeniem okresu gwarancji i rękojmi za wady, którego bieg rozpocznie się dopiero od dnia bezusterkowego odbioru robót,
- c. nieuzasadnionym wydłużeniem okresu, na jaki udzielane jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy – wobec rozpoczęcia biegu terminu na jego zwrot dopiero po protokolarnym stwierdzeniu usunięcia wad lub usterek,
- d. a nawet może powodować naliczenie kar umownych za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, o której mowa w § 10 ust. 2 lit. a Umowy.

14. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że postanowienie § 12 ust. 11 Umowy, nie tylko narusza art. 453 ust. 1 PZP, zgodnie z którym zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane, ale też pozostaje w sprzeczności z innym postanowieniem Umowy, tj. § 13 ust. 7 Umowy, który co do zasady jest zgodny z art. 453 ust. 1 PZP, oczywiście przy prawidłowym rozumieniu momentu wykonania robót i uznania ich za należyte wykonane.

15. **Reasumując:** Odwołujący wskazuje, że takie ukształtowanie w Umowie zasad dotyczących rozliczenia wykonanych robót i ich odbioru, okresu biegu gwarancji i rękojmi oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest nie tylko sprzeczne ze wskazanymi w odwołaniu przepisami prawa, ale też wewnętrznie niespójne, co uniemożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny, utrudnia uczciwą konkurencję, może wpłynąć na niskie zainteresowanie udziałem w postępowaniu (Odwołujący wskazuje, że w poprzednim Postępowaniu w tym przedmiocie została złożona tylko jedna oferta), powodować znaczące różnice w cenach oferty, a także ich zawyżenie, wobec braku możliwości wyliczenia ryzyka związanego z wykonaniem Umowy.

WNIOSEK

W konsekwencji Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień Umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:

- a. *§ 12 ust. 7: „Jeżeli wady stwierdzone w toku czynności odbioru nadają się do usunięcia, Zamawiający dokona odbioru robót z zastrzeżeniem, że stwierdzone wady zostaną usunięte przez Wykonawcę w ramach rękojmi lub gwarancji w wyznaczonym terminie z zagrożeniem, że po bezskutecznym upływie terminu nie przyjmie naprawy”;*
- b. *§ 12 ust. 11: „Protokolarne stwierdzenie usunięcia wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze nie wpływa na rozpoczęcie biegu terminu o zwrot (zwolnienie) zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 13 ust. 7”;*
- c. *§ 13 ust. 2 zd. 1: „Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji na przedmiot zamówienia na okres miesięcy od dnia odbioru”.*

II. Zarzuty dotyczące § 6 ust. 8 i 11 Umowy (pełnienie nadzoru autorskiego)

16. Jak wskazano w pkt I odwołania, przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót w systemie zaprojektuj i wybuduj w Etapie 1 oraz zaprojektowanie pozostałych etapów (2 i 3) objętych zadaniem pn. „Budowa ul. Długiej w Moczydłowie” (bez wykonania tych robót). Tak określony przedmiot Umowy niejako wymusza na Zamawiającym odpowiednie (zgodne z przepisami PZP oraz nienaruszające uprawnień lub obowiązków autora dokumentacji projektowej określonych w przepisach Prawa budowlanego oraz w prawie autorskim):

- a. dostosowanie zasad związanych z pełnieniem nadzoru autorskiego nad wykonywaniem robót budowlanych we wszystkich etapach, a także
- b. zapewnienie Zamawiającemu możliwości powierzenia innemu wykonawcy dokończenia dokumentacji na wypadek odstąpienia od umowy i wydania mu przez dotychczasowego części dokumentacji (o czym mowa w § 6 ust. 7 Umowy).

17. W tym aspekcie Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający w § 6 Umowy prawidłowo zadbał o przeniesienie autorskich praw majątkowych do wykonanej dokumentacji (ust. 2-3), udzielenie mu zezwolenia na wykonywanie praw zależnych (ust. 5) oraz wykonywania w imieniu wykonawcy praw osobistych do utworów (ust. 6). Zamawiający wymaga również zrzeczenia się przez wykonawcę dokumentacji prawa do wykonywania nadzoru autorskiego i wyrażenia zgody na wykonywanie nadzoru autorskiego przez podmiot wybrany przez Zamawiającego (ust. 8). Takie postanowienia Umowy, ale zawężone do dokumentacji wykonanej dla Etapu 2 i 3 zadania, są uzasadnione zapewnieniem możliwości koniecznej ingerencji w integralność wykonanej przez wykonawcę dokumentacji przez podmiot wyłoniony do pełnienia nadzoru autorskiego w etapie 2 i 3. Takie postanowienia stanowią również o wypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku określonego w art. 85 ust. 1 PZP, jako mającego na celu umożliwienie wykonawcy – autorowi dokumentacji projektowej (lub innej spółce z jego grupy kapitałowej) udziału w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych w 2 i 3 etapie.

18. Natomiast rozciąganie obowiązku zrzeczenia się przez wykonawcę prawa do wykonywania nadzoru autorskiego (określonego w § 6 ust. 8 Umowy) również na Etap 1 jest nie tylko nieuzasadnione wskazanymi wyżej przepisami, ale też sprzeczne z właściwością (naturą) umowy o roboty budowlane realizowanej w formule zaprojektuj i wybuduj, co wykracza poza zasadę swobody umów, określoną w art. 353¹ KC. Umowa taka zakłada odpowiedzialność wykonawcy za osiągnięcie efektu końcowego, a zatem nadzór autorski, obejmujący (zgodnie z art. 30 ust. 1 pkt 4 Prawa budowlanego) obowiązek:
- a. stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,
 - b. uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego
- powinien być wykonywany przez wyłonionego w Postępowaniu wykonawcę.
19. Ponadto, Zamawiający w § 6 ust. 8 Umowy wymaga zrzeczenia się przez wykonawcę prawa do wykonywania nadzoru autorskiego „z zastrzeżeniem postanowień § 6 ust. 11, co oznacza, że „W przypadku, gdy zajdzie konieczność odstąpienia od zatwierzonego projektu budowlanego Wykonawca zobowiązuje się dokonać kwalifikacji zamierzonego odstąpienia. Jeżeli odstąpienie będzie miało nieistotny charakter Wykonawca, w ramach umowy i wynagrodzenia brutto, zobowiązuje się zamieścić w projekcie budowlanym odpowiednie informacje dotyczące odstąpienia, o których mowa w art. 36a ust. 6 ustawy Prawo budowlane”. Postanowienie to nie tylko nie jest do pogodzenia z założeniem Zamawiającego, że Etap 1 będzie wykonywany w formule zaprojektuj i wybuduj, ale z obowiązkiem zapewnienia przez Zamawiającego koniecznych środków, o których mowa w art. 85 ust. 1 PZP, mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji przez udział wykonawcy (autora dokumentacji projektowej) w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych w Etapie 2 i 3.
20. Poza tym wykonawca nie ma jakichkolwiek możliwości oszacowania kosztów wywiązania się z niebagatelnego obowiązku, określonego w § 6 ust. 11 Umowy, które to koszty należy uwzględnić w wynagrodzeniu umownym.

WNIOSEK

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych postanowień Umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:

- a. § 6 ust. 8: „Wykonawca zrzeka się prawa do wykonywania nadzoru autorskiego nad robotami budowlanymi wykonywanymi w Etapie 2 i 3 i wyraża zgodę na wykonywanie nadzoru autorskiego przez podmiot wybrany przez Zamawiającego”;
- b. § 6 ust. 11: „W przypadku, o którym mowa w § 6 ust. 7 Wykonawca zrzeka się prawa do wykonywania nadzoru autorskiego nad robotami budowlanymi wykonywanymi również w Etapie 1 i wyraża zgodę na jego wykonywanie przez podmiot wybrany przez Zamawiającego”.

III. Zarzut dotyczący § 7 ust. 1 w zw. z § 10 ust. 3 Umowy (kara umowna za zwłokę Zamawiającego w przekazaniu terenu budowy)

21. Zamawiający w § 10 ust. 3 lit. a Umowy zastrzegł karę umowną na rzecz wykonawcy za zwłokę w przekazaniu terenu budowy w wysokości 0,2 wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. W Umowie nie wskazał jednak konkretnego terminu, w którym jest on zobowiązany do przekazania terenu budowy. Postanowienie § 7 ust. 1 Umowy, zgodnie z którym „Zamawiający przekaze protokolarnie Wykonawcy teren budowy niezwłocznie po uzyskaniu przez wykonawcę zezwolenia na realizację inwestycji” nie czyni zadość określeniu sumy kary umownej, o której mowa w art. 483 § 1 KC.
22. Wskazanie kwoty, jaką w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania jest zobowiązany zapłacić dłużnik jest elementem konstrukcyjnym kary umownej (decydującym o ważności i skuteczności zastrzeżenia kary), co wynika z art. 483 § 1 KC stosowanego na zasadzie wyrażonej w art. 8 ust. 1 PZP. W świetle tego przepisu można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Obowiązek „określenia sumy” należy rozumieć jako wskazanie konkretnej kwoty lub kwoty możliwej do ustalenia co do wysokości już w momencie zawarcia umowy, do czego niezbędne jest określenie momentu naliczenia kary.

WNIOSEK

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 7 ust. 1 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *„Zamawiający przekaze protokolarnie Wykonawcy teren budowy niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 5 dni roboczych, po uzyskaniu przez wykonawcę zezwolenia na realizację inwestycji”*.

IV. Zarzut dotyczący § 10 ust. 6 Umowy (limit kar umownych)

23. Zamawiający w § 10 ust. 6 Umowy wskazał, że „łączny wymiar kar umownych nałożonych na Wykonawcę, nie może wynieść więcej niż 50% ogólnej wartości brutto umowy, określonej w § 8 ust. 1 umowy”.
24. Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego, iż przepis art. 436 pkt 3 PZP nie wskazuje na jakim poziomie ma być ustalony limit kar umownych, ale określenie go na tak wysokim poziomie jest nadużyciem prawa podmiotowego przez Zamawiającego i jako takie nie może korzystać z ochrony (art. 5 KC w zw. z art. 8 PZP). Narusza również zasadę proporcjonalności, wyrażoną w art. 16 pkt 3 PZP, co skutkuje objęciem tego przypadku kognicją Izby.
25. Jak zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie i literaturze przedmiotu, kary umowne, jako surogat odszkodowania, a zatem również maksymalna wysokość kar, których mogą dochodzić strony umowy, nie mogą być określane w oderwaniu od zasady proporcjonalności (art. 16 pkt 3 PZP), tj. nieadekwatnie do wielkości zamówienia, stopnia jego skomplikowania czy też potencjalnej szkody, jaką może ponieść zamawiający w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Kary umowne, jak i ich maksymalna wysokość w szczególności nie mogą prowadzić do

zarobkowania przez Zamawiającego na karach umownych. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, iż Zamawiający zabezpieczył swoje interesy zastrzegając w § 10 ust. 4 Umowy prawo do odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości poniesionej szkody, co tym bardziej uzasadnia zmniejszenie limitu kar umownych do maksymalnie 25% wartości wynagrodzenia brutto.

26. Ponadto określenie w tej wysokości limitu kar umownych jest całkowicie nieracjonalne nie tylko uwzględniając wysokość kar umownych za odstąpienie od umowy na poziomie 10% wysokości wynagrodzenia umownego brutto (jak słusznie zauważyła KIO w wyr. z 28.6.2022 r., KIO 1553/22 – szybciej wykonawca doprowadzi do odstąpienia od umowy niż do wyczerpania limitu), ale też niesie szereg negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego i wyniku Postępowania. Oczywiście jest, iż określenie w takiej wysokości limitu kar umownych spowoduje jeszcze niższe zainteresowanie udziałem w tym Postępowaniu niż w poprzednim, w którym złożona została tylko 1 oferta, a w którym to Zamawiający określił limit na poziomie 30% (link do poprzedniego postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/725064>), ale też – o ile wykonawcy zdecydują się na udział w takim Postępowaniu – spowoduje znaczne zawyżenie ceny oferty w związku z konieczności uwzględnienia tak wysokiego ryzyka, a w konsekwencji to Zamawiający poniesie zawyżone koszty wykonania zamówienia. Odwołujący wskazuje przy tym, że poprzednie postępowanie zostało unieważnione właśnie z uwagi na okoliczność, że cena jedynej oferty prawie dwukrotnie przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia (cena oferty: 16.236.000,00 zł; kwota przeznaczona na realizację zamówienia: 8.552.260,28 zł).

WNIOSEK

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmianę § 10 ust. 6 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *„Łączny wymiar kar umownych nałożonych na Wykonawcę, nie może wynieść więcej niż 25% ogólnej wartości brutto umowy, określonej w § 8 ust. 1 umowy”*.

V. Zarzut dotyczący § 6 ust. 10 (kara umowna za naruszenie praw autorskich)

27. Zgodnie z § 6 ust. 10 Umowy „W przypadku, gdy okaże się, że wykonana dokumentacja narusza prawa autorskie osób trzecich, Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu, niezależnie od zobowiązań określonych w § 6 ust. 9 umowy, karę umowną w kwocie odpowiadającej 40% (czterdzieści procent) wynagrodzenia brutto, wskazanego w § 8 ust. 2 umowy”.
28. Tak wysoka kara umowna została zastrzeżona pomimo zastrzeżenia w tym samym paragrafie w ust. 9, iż: „Wykonawca oświadcza, że dokumentacja nie będzie naruszać jakichkolwiek praw osób trzecich. Wykonawca zobowiązuje się zdjąć z Zamawiającego oraz przejąć pełną odpowiedzialność wobec osób trzecich, w przypadku, gdy okaże się, że prawa autorskie osób trzecich zostały naruszone oraz pokryć tym osobom wszelkie straty, koszty, opłaty, wydatki lub inne zobowiązania wynikające z faktu naruszenia lub zwrócić je Zamawiającemu, gdyby zostały od niego wyegzekwowane”. Biorąc pod uwagę w zasadzie pełne zabezpieczenie interesów Zamawiającego przed roszczeniami osób trzecich na tle naruszenia przez wykonawcę ich praw w § 6 ust. 9 Umowy,

Zamawiający zastrzega na tę samą okoliczność karę umowną i to w tak rażąco wygórowanej wysokości.

29. Tak określone postanowienia umowne naruszają nie tylko zasadę proporcjonalności określania w umowie w sprawie zamówienia publicznego sankcji i kar umownych wobec naruszeń wykonawcy, wyrażoną w art. 16 pkt 3 PZP, ale mogą również prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego ponad wysokość ewentualnej szkody, jaką może mu wyrządzić Wykonawca naruszając prawa osób trzecich, co w zamówieniach publicznych nie powinno mieć miejsca. Skoro Wykonawca zobowiązany został do pokrycia wszelkich strat, kosztów, opłat, wydatków lub innych zobowiązań wynikających z faktu naruszenia tych praw, a także do zwrócenia ich Zamawiającemu w § 6 ust. 9 Umowy, to zastrzeżenie w § 6 ust. 10 Umowy kar umownych, nie mówiąc już o zastrzeżeniu tak wysokich kar umownych, nie znajduje uzasadnienia w funkcji odszkodowawczej i motywacyjnej jaką kary umowne pełnią w zamówieniach publicznych. Zastrzeżenie tak wysokiej kary umownej stanowi nadużycie prawa przez Zamawiającego i zgodnie z art. 5 KC nie może korzystać z ochrony.
30. Nawet gdyby przyjąć możliwość określenia kary umownej za takie naruszenie jako kary o funkcji represyjnej (co zdaniem Odwołującego nie powinno mieć miejsca w umowie w sprawie zamówienia publicznego), to określenie jej w wysokości 4-krotności kary umownej za odstąpienie od umowy jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz ewentualnej szkody jaką może ponieść Zamawiający, a ponadto narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 pkt 1 PZP. Powszechnie znaną na rynku robót budowlanych praktyką (jest to okoliczność notoryjna, nie wymagająca dowodu) jest bowiem przerzucanie ryzyka związanego z zapłatą kar umownych, odnoszących się do etapu prac projektowych, na podwykonawcę tych prac (projektanta) lub konsorcjanta. Do umowy podwykonawczej wprowadzane są klauzule zobowiązujące podwykonawcę lub konsorcjanta do pokrycia wszelkich roszczeń zamawiającego związanych z podwykonywanymi lub wykonywanymi przez konsorcjanta pracami, w tym naliczonych kar umownych w takiej wysokości, jakie zostaną nałożone na głównego wykonawcę. Wobec tego zastrzeżenie kary umownej za naruszenie w dokumentacji projektowej praw autorskich osób trzecich na poziomie niewspółmiernym do wartości świadczenia (wartości opracowania dokumentacji projektowej), powoduje, że projektanci, będący z reguły przedsiębiorcami z MiŚP, mogą rezygnować z wykonania zamówienia jako podwykonawcy czy współkonsorcjanci generalnego wykonawcy. Zatem tak wysoka kara umowna bez żadnych uzasadnionych powodów przyczynia się do premiowania wykonawców, którzy posiadają własne biura projektowe, a jednocześnie utrudnia konkurowanie tym, którzy chcieliby powierzyć prace projektowe podwykonawcy projektantowi bądź zrealizować zamówienie z udziałem projektanta jako współkonsorcjanta (tak też wyr. KIO z 1.10.2021 r., KIO 2149/21).

WNIOSEK

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o zmianę § 6 ust. 10 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *„W przypadku, gdy okaże się, że wykonana dokumentacja narusza prawa autorskie osób trzecich, Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu, niezależnie od zobowiązań określonych w § 6 ust. 9 umowy,*

karę umowną w kwocie odpowiadającej 5% (pięć procent) wynagrodzenia brutto, należnego za wykonanie dokumentacji, która narusza prawa autorskie osób trzecich”.

VI. Zarzut dotyczący § 17 ust. 3 pkt 6 (waloryzacja w zw. ze zmianą obciążeń publicznoprawnych)

31. Zgodnie z art. 436 pkt 4 lit. b PZP zamawiający ma obowiązek określenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:
- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
 - wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
 - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1342 oraz z 2022 r. poz. 1079)
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.
32. Zamawiający, zgodnie z ww. przepisem w § 17 ust. 3 pkt 5 Umowy dopuścił określone w tym przepisie zmiany wynagrodzenia, zastrzegł jednak w § 17 ust. 3 pkt 6, iż: *„zmiana wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zaistnienia zmian prawnych, o których mowa w ust. 3 pkt. 5, będzie mogła nastąpić, jeżeli zmiany te będą powodowały udokumentowany wzrost (lub zmniejszenie) kosztów niewykonanych jeszcze prac o więcej niż 3% wynagrodzenia przewidywanego za ich realizację. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy, w trybie określonym w ust. 3 pkt. 5, może dotyczyć prac realizowanych po wejściu w życie określonej zmiany prawnej, jeżeli będzie ona miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, a wpływ ten zostanie wykazany w sposób konkretny i rzeczywisty. Wpływ zmian, o których mowa w ust. 3 pkt. 5, na koszty wykonania zamówienia winien zostać wykazany przez stronę, która wnioskuje o zmianę wysokości wynagrodzenia. W ramach wykazania tego wpływu należy przedstawić m.in. kalkulację kosztów wykonania zamówienia z uwzględnieniem zaistniałej zmiany będącej podstawą składanego wniosku (tzw. kalkulację wtórną – o której mowa w ust. 3 pkt. 10, pozwalającą na porównanie danych kalkulacyjnych) oraz dokumenty, dowody, informacje, etc. potwierdzające dane kalkulacyjne. W kontekście zaistnienia podstaw do zmiany wynagrodzenia umownego, w trybie określonym w ust. 3 pkt. 5, Zamawiający zobowiązuje się do pokrycia maksymalnie 50% zwiększonych w wyniku zmian, o których mowa w ust. 3 pkt. 5, kosztów wykonania zamówienia. W przypadku wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 3 pkt. 5, na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, stosowna zmiana wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1, nastąpi na podstawie aneksu do umowy”.*

33. Tym samym Zamawiający dopuścił możliwość wprowadzenia zmian dopiero w sytuacji, gdy wzrost kosztów wywołanych zmianami prawa przekroczy 3% wynagrodzenia przewidywanego za ich realizację, a dodatkowo, zobowiązał się do pokrycia jedynie połowy wzrostu tych kosztów. Tak określonymi zasadami zmiany wynagrodzenia wykonawcy Zamawiający naruszył art. 436 pkt 4 lit. b PZP, z którego wynika, że przewidziana w nim zmiana wysokości wynagrodzenia powinna uwzględniać w pełni zmienione koszty wykonania zamówienia, niezależnie od wysokości zmiany tych kosztów, o ile zmiany przepisów prawa będą miały wpływ na wykonanie zamówienia. Przepisy PZP co prawda upoważniają zamawiającego do określenia zasad wprowadzania zmian wynagrodzenia w tych przypadkach (art. 436 pkt 4 lit. b PZP), jednak zasady te powinny być określone w sposób pozwalający na uwzględnienie zmiany pełnych udokumentowanych kosztów wykonania zamówienia.
34. Odwołujący wskazuje na *ratio legis* wprowadzenia art. 436 pkt 4 lit. b PZP, którym była adekwatna zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian wysokości obciążeń o charakterze publicznoprawnym wpływających na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem przepisu było zatem utrzymanie na niezmiennym poziomie wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z oferty, w przypadku zmiany obciążeń publicznoprawnych. Jak wynika z uzasadnienia do ustawy PZP z 2019 r., przepis dotyczy obowiązku wprowadzenia w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy klauzul waloryzacyjnych „zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy o równowartość wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy.” Postanowieniami zawartymi w § 17 ust. 3 pkt 6 Umowy Zamawiający całkowicie zniweczył cel przedmiotowej regulacji. Założył bowiem, że wzrost nieprzekraczający 3% pozostanie bez wpływu na wynagrodzenie wykonawcy, a dodatkowo ograniczył pokrycie wzrostu kosztów do połowy.
35. Ponadto Zamawiający nie określił zasad dotyczących terminu, od którego zmiana wynagrodzenia będzie obowiązywać, co pozostawia szerokie pole do interpretacji i może powodować niekorzystne skutki dla wykonawcy.

WNIOSEK

Odwołujący wnosi zatem o zmianę § 17 ust. 3 pkt 6 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *„Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy, w trybie określonym w ust. 3 pkt. 5, może dotyczyć prac realizowanych po wejściu w życie określonej zmiany prawnej, jeżeli będzie ona miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, a wpływ ten zostanie wykazany w sposób konkretny i rzeczywisty. Wpływ zmian, o których mowa w ust. 3 pkt. 5, na koszty wykonania zamówienia winien zostać wykazany przez stronę, która wnioskuje o zmianę wysokości wynagrodzenia. W ramach wykazania tego wpływu należy przedstawić m.in. kalkulację kosztów wykonania zamówienia z uwzględnieniem zaistniałej zmiany będącej podstawą składanego wniosku (tzw. kalkulację wtórną –o której mowa w ust. 3 pkt. 10, pozwalającą na porównanie danych kalkulacyjnych) oraz dokumenty, dowody, informacje, etc. potwierdzające dane kalkulacyjne. W przypadku wykazania wpływu zmian, o których mowa w ust. 3 pkt. 5, na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę, stosowna zmiana wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1, nastąpi na podstawie aneksu do umowy. Zmiana wysokości wynagrodzenia, o której*

mowa w ust. 3 pkt 5 obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa, o których mowa odpowiednio w ust. 3 pkt 5 lit. a-d, pod warunkiem, złożenia przez Stronę umowy wniosku o dokonanie zmiany wynagrodzenia w terminie nie późniejszym niż 14 dni od wejścia w życie zmian przepisów prawa, o których mowa w ust. 3 pkt 5 lit. a-d”.

VII. Zarzut dotyczący § 17 ust. 3 pkt 7, 8 i 10 Umowy (waloryzacja w zw. ze zmianą cen materiałów lub kosztów)

36. W myśl art. 439 PZP umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W umowie takiej zamawiający zobowiązany jest określić:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a. z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b. przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

37. Zamawiający w § 17 ust. 3 pkt 7-17 Umowy zawarł postanowienia dotyczące zasad waloryzacji wynagrodzenia, zapisy te sprawiają jednak, że uprawnienie wykonawcy do waloryzacji wynagrodzenia ma charakter pozorny, mający charakter omięcia obligatoryjnego przepisu art. 439 PZP. Dodatkowo część zasad waloryzacji wynagrodzenia jest niejasna, niespójna, naruszając tym samym zasadę przejrzystości postępowania. Ponadto, Zamawiający z nadużyciem prawa podmiotowego przyznał sobie uprawnienia naruszające zasadę równości stron umowy.

38. Zgodnie z wyrokiem KIO z 2.3.2022 (KIO 440/2022 r.): „Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu [art. 439 – przyp. Odwołującego] nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie tych kwestii, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą rzeczywiste zmiany cen na rynku. Formułując zatem postanowienia projektu umowy w tym zakresie, zamawiający

musi każdorazowo dokonać oceny sytuacji rynkowej w danej branży, której dotyczy udzielane zamówienie i w zależności od wyniku tej oceny (w tym możliwych granic przewidywania), tak określić zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, aby zmiany te dokonywane w trakcie realizacji zamówienia realnie odzwierciedlały zmiany cen na rynku."

39. W § 17 ust. 3 pkt 7 i 8 Umowy Zamawiający określił, iż:

*„7) dopuszcza się możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1, w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia zmian implikowana jest zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia względem cen lub kosztów przyjętych i uwzględnionych w wynagrodzeniu Wykonawcy wynikającym z oferty, przy zachowaniu warunków określonych w ust. 3 pkt. 8. Zastrzega się przy tym, że waloryzacja wynagrodzenia będzie mogła zostać dokonana w przypadku zaistnienia zmian istotnych (nadzwyczajnych, nieprzewidzianych) w kontekście poziomu cen i kosztów (**identyfikowana poziomem 3%**, o którym mowa w ust. 3 pkt. 8), a ryzyka związane z normalną fluktuacją cenową i kosztową (**weryfikowalną na podstawie m.in. doświadczeń w realizacji analogicznych zadań czy zwyczajnych zachowań rynku np. wiadomymi wahaniami czy okresowymi spadkami/wzrostami określonych kategorii cen/kosztów winny zostać uwzględnione w ryzyku ryczałtowym (i wkalkulowane w cenę ofertową)**).*

*8) Zmiana wynagrodzenia, w trybie określonym w ust. 3 pkt. 7, może zostać dokonana w przypadku, gdy w skali roku poziom zmiany cen materiałów lub kosztów powodować będzie zmianę kosztów niewykonanych prac **o więcej niż 3% (według wskaźników GUS –wskaźników obowiązujących na moment dokonywania oceny poziomu cen i kosztów w toku realizacji umowy na potrzeby ewentualnej waloryzacji)**, co zostanie wykazane na podstawie udokumentowanego wniosku wykazującego poziom zmiany cen i kosztów, sporządzonego w odniesieniu do cen materiałów lub kosztów przyjętych i uwzględnionych w wynagrodzeniu Wykonawcy wynikającym z oferty – **w przypadku zmiany cen lub kosztów nieprzekraczającej przedmiotowego wskaźnika 3% waloryzacja nie będzie miała zastosowania**. Zmiana ceny materiałów lub kosztów winna mieć bezpośredni i rzeczywisty wpływ na koszt wykonania zamówienia, co winno zostać wykazane we wniosku o dokonanie zmiany wynagrodzenia. Zastrzega się przy tym, iż **bazowym odniesieniem wartościowym ewentualnych fluktuacji (zmian) cenowych i kosztowych w toku realizacji umowy (również w kontekście ustalenia poziomu istotności danej zmiany – weryfikacji przekroczenia poziomu 3%) będą stosowne wskaźniki GUS obowiązujące na moment sporządzenia oferty (obrazujące średnie ceny rynkowe), co oznacza tym samym, iż wszelkie ryzyka związane z uwzględnieniem przez Wykonawcę w cenie ofertowej (wynagrodzeniu umownym) cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia na poziomie niższym, niż wynika ze wskaźników GUS (tzn. indywidualnym zniżeniem cen i kosztów względem średnich cen rynkowych) obciążają Wykonawcę (jako wkalkulowane w ryzyko ryczałtowe) – z samego tytułu przyjęcia w cenie ofertowej cen lub kosztów niższych niż obowiązujące w momencie sporządzenia oferty według wskaźników GUS nie będzie przysługiwać waloryzacja wynagrodzenia w przypadku zmiany cen i kosztów w toku realizacji umowy (weryfikowana na podstawie wskaźników GUS), jeżeli zmiany te nie będą wyższe niż 3% wobec wskaźników GUS***

obowiązujących na moment sporządzenia oferty. Waloryzacja wynagrodzenia (w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających do dokonania takiej zmiany – wedle powyższego) będzie dokonywana w oparciu o zmianę wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej, określonych w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w dzienniku Urzędowym RP Monitor Polski, przy czym pierwsza waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić najwcześniej po upływie 6 miesięcy od podpisania umowy **i o nie więcej niż wskaźnik za ubiegły kwartał.** Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie mogło nastąpić na wniosek Wykonawcy złożony najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz przy zaistnieniu wzrostu wskaźnika waloryzacji określonego powyżej **o co najmniej 3% za ubiegłe półrocze** (w kontekście średnich cen rynkowych). Pierwsza (i każda kolejna) waloryzacja dokonana na wniosek **Wykonawcy nastąpi tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację zgodnie z harmonogramem realizuje przedmiot umowy i nie pozostaje w zwłoce.** Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może następować w cyklach półrocznych, nie więcej (nie częściej) niż raz na 6 miesięcy. **Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, o której mowa w ust. 3 pkt. 7, wynosi 3% wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie, tzn. limit zmian wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu zaistnienia zmian, o których mowa w ust. 3 pkt. 7, wynosi 3% wynagrodzenia umownego (wynikającego z oferty Wykonawcy) i maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu nie może być wyższa niż 3% wynagrodzenia umownego (wynikającego z oferty Wykonawcy) –powyżej przedmiotowego limitu waloryzacja nie będzie miała zastosowania. (...)**

40. Zamawiający zdecydował zatem, że waloryzacja wynagrodzenia będzie przysługiwała jedynie w przypadku, gdy w skali roku poziom zmiany cen i kosztów wyniesie minimum 3% według wskaźników GUS, a wzrost poniżej 3% należy wkalkulować w cenę. Zmiany cen, które zdaniem Zamawiającego wywołane są normalną fluktuacją i kosztową (weryfikowalną na podstawie m.in. doświadczeń w realizacji analogicznych zadań czy zwyczajnych zachowań rynku, np. wiadomymi wahaniami czy okresowymi spadkami/wzrostami określonych kategorii cen/kosztów) należy uwzględnić w cenie oferty. Po pierwsze należy stwierdzić, że zapisy te są niespójne, z jednej bowiem strony Zamawiający, z góry określa wzrost cen o 3% jako nieuprawniający do waloryzacji, z drugiej zaś wskazuje, że zmiany cen wywołane „normalną fluktuacją cenową” należy uwzględnić w cenie oferty. Powyższy zapis uprawnia *de facto* Zamawiającego do odmowy dokonania waloryzacji, jeśli zamawiający uzna, że zmiany cen zostały wywołane „normalną fluktuacją cenową”. Zapis o weryfikacji tej okoliczności na podstawie dotychczasowych doświadczeń w realizacji analogicznych zadań czy zwyczajnych zachowań rynku ma charakter bardzo nieostry i pozostawia zastosowanie waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie od dobrej woli zamawiającego. Warto zwrócić uwagę, że m.in. z tego względu ustawodawca wskazał sposób ustalania zmiany wynagrodzenia z użyciem odesłania do wskaźnika, aby uniknąć niejasności i sporów, co do zasadności zmiany wynagrodzenia wykonawcy oraz wysokości takiej zmiany.
41. Zamawiający określił, że punktem odniesienia do obliczenia wzrostu cen uprawniającego do waloryzacji umowy będą „stosowne wskaźniki GUS obowiązujące

na moment sporządzenia oferty". Postanowienia te są niezrozumiałe i mogą się okazać niemożliwe do zastosowania w praktyce. Zamawiający nie dookreślił, co rozumie pod pojęciem „stosowne wskaźniki GUS”, a kwartalny wskaźnik, o którym mowa w pkt 8 to wskaźnik procentowy wzrostu cen w porównaniu z cenami z poprzedniego kwartału, a nie zaś, jak założył Zamawiający w umowie, wskaźniki „obrazujące średnie ceny rynkowe”. Zupełnie pozbawione logiki jest postanowienie umowne zakładające, że wszelkie ryzyka związane z uwzględnieniem przez Wykonawcę w cenie ofertowej (wynagrodzeniu umownym) cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia na poziomie niższym, niż wynika ze wskaźników GUS (tzn. indywidualnym zaniżeniem cen i kosztów względem średnich cen rynkowych) obciążają Wykonawcę. Wskaźniki GUS nie określają bowiem poziomu cen. W żaden sposób nie da się porównać wskaźników GUS (które oznaczają procentowy wzrost cen) do podanej kwotowo ceny oferty. Ewentualne zaniżenie ceny oferty stanowi element zagadnienia rażąco niskiej ceny, jest podstawą do weryfikacji ceny oferty przed jej wyborem i pozostaje bez wpływu na ewentualną waloryzację wynagrodzenia. Nie wiadomo ponadto jak rozumieć „obowiązywanie wskaźnika” kwartalnego na dzień złożenia oferty. Zapisy te dają bardzo duże pole do uznaniowości i w praktyce czynią waloryzację niemożliwą.

42. Ponadto wątpliwość budzi okres, w jakim ma nastąpić wzrost cen uprawniający do waloryzacji (raz jest mowa o wzroście w skali roku („Zmiana wynagrodzenia, w trybie określonym w ust. 3 pkt. 7, może zostać dokonana w przypadku, gdy w skali roku poziom zmiany cen materiałów lub kosztów powodować będzie zmianę kosztów niewykonanych”), innym razem o wzroście za kwartał – co byłoby zgodne z wybranym wskaźnikiem – innym razem mowa o półroczu („pierwsza waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić najwcześniej po upływie 6 miesięcy od podpisania umowy i o nie więcej niż wskaźnik za ubiegły kwartał”; „Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie mogło nastąpić na wniosek Wykonawcy złożony najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz przy zaistnieniu wzrostu wskaźnika waloryzacji określonego powyżej o co najmniej 3% za ubiegłe półrocze (w kontekście średnich cen rynkowych)”). Zdaniem Odwołującego, aby usunąć wewnętrzną sprzeczność zapisów należy zastosować jednolicie wskaźnik za dany okres (np. kwartał) zarówno do obliczania wzrostu cen uprawniającego do dokonania waloryzacji, jak i do obliczania samej waloryzacji i określić okres po jakim następuje waloryzacja (np. po pół roku od zawarcia umowy, a następnie co kolejne pół roku). W takiej sytuacji waloryzacja powinna zostać obliczona poprzez narastające uwzględnienie kolejnych, publikowanych po sobie wskaźników za kwartały wchodzące w zakres półrocza od ostatniej waloryzacji (od dnia zawarcia umowy) do dnia waloryzacji (minimum dwa kwartały).
43. Zamawiający do celów waloryzacji wybrał wskaźnik „zmiana wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej” określony w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w dzienniku Urzędowym RP Monitor Polski. Jest to wskaźnik kwartalny. Z danych z 2022 r. wynika, że w każdym kolejnym kwartale wzrost cen w stosunku do poprzedniego kwartału następował o ponad 3% (między 3 a 4 %)¹.

¹ [Główny Urząd Statystyczny / Opracowania sygnałne / Komunikaty i Obwieszczenia / Lista komunikatów i obwieszczeń / Komunikat w sprawie tablicy średniego dalszego trwania życia kobiet i mężczyzn](#)

Zamawiający jednocześnie zastrzegł, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, tzn. limit zmian wynagrodzenia Wykonawcy, wynosi 3% wynagrodzenia umownego i maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu nie może być wyższa niż 3% wynagrodzenia umownego (wynikającego z oferty Wykonawcy). Powyżej przedmiotowego limitu waloryzacja nie będzie miała zastosowania. Tym samym (szczególnie mając na uwadze kwartalne wzrosty cen w 2022 r.), dopuszczalna będzie w zasadzie tylko jedna waloryzacja w całym okresie wykonania zamówienia (26 miesięcy). Ponadto wynagrodzenie nie zostanie zwiększone o pełen wzrost (czyli za dwa kwartały – każdy kwartał to wzrost o około 3-4%), ale jedynie o 3% (pomimo, iż w ogóle waloryzację dopuszcza się przy wzroście o minimum 3%. Zatem już z założenia Zamawiający nie pokryje pełnego wzrostu kosztów. Tak określony poziom limitów jest całkowicie oderwany od obecnej sytuacji na rynku. Takie postanowienia Umowy powodują pozorność waloryzacji. Biorąc pod uwagę obecne uwarunkowania rynkowe zasadne jest istotne podniesienie górnej granicy zarówno pojedynczej waloryzacji, jak i limitu wzrostu całego wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z umowy.

44. Jednocześnie w ocenie odwołującego niedopuszczalne jest także uzależnienie waloryzacji od realizacji zamówienia zgodnie z harmonogramem i nie pozostawiania w zwłoce. Dyscyplinowaniu wykonawcy co do terminowości realizacji zamówienia służą kary umowne, które w niniejszej Umowie Zamawiający ustanowił. Dodatkowe karanie wykonawcy za zwłokę w realizacji zamówienia jest jednoznaczne z podwójnym karaniem wykonawcy za te same okoliczności, co stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego i narusza równowagę stron umowy.

WNIOSEK

Uwzględniając powyższe Zamawiający wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 17 ust. 3 pkt 7 i 8 Umowy poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„7) dopuszcza się możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 8 ust. 1, w przypadku, gdy konieczność wprowadzenia zmian implikowana jest zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia względem cen lub kosztów przyjętych i uwzględnionych w wynagrodzeniu Wykonawcy wynikającym z oferty, przy zachowaniu warunków określonych w ust. 3 pkt. 8. Zastrzega się przy tym, że waloryzacja wynagrodzenia będzie mogła zostać dokonana w przypadku zaistnienia zmian istotnych (nadzwyczajnych, nieprzewidzianych) w kontekście poziomu cen i kosztów (identyfikowana poziomem 3%, o którym mowa w ust. 3 pkt. 8).

*8) Zmiana wynagrodzenia, w trybie określonym w ust. 3 pkt. 7, może zostać dokonana w przypadku, gdy poziom zmiany cen materiałów lub kosztów powodować będzie zmianę kosztów niewykonanych prac co najmniej o 3% (obliczoną narastająco w oparciu o wskaźniki GUS tj. wszystkie kolejne wskaźniki opublikowane w okresie od dnia zawarcia umowy - w przypadku pierwszej waloryzacji - lub od dnia ostatniej waloryzacji do dnia dokonywania oceny zmiany poziomu cen i kosztów w toku realizacji umowy na potrzeby ewentualnej waloryzacji). – **Wzrost kosztów zostanie obliczony** na wniosek wykonawcy wykazujący poziom zmiany cen i kosztów w oparciu o ww. wskaźniki. w odniesieniu do pozostałego - na dzień dokonywania waloryzacji -*

do zapłaty na rzecz wykonawcy wynagrodzenia umownego (w przypadku pierwszej waloryzacji – wynagrodzenia wskazanego w ofercie; w przypadku każdej kolejnej waloryzacji – wynagrodzenia w wysokości wynikającej z ostatniej waloryzacji). W przypadku zmiany cen lub kosztów nieprzekraczającej przedmiotowego wskaźnika 3% waloryzacja nie będzie miała zastosowania. Waloryzacja wynagrodzenia (w przypadku zaistnienia okoliczności uprawniających do dokonania takiej zmiany – wedle powyższego) będzie dokonywana w oparciu o zmianę wzrostu cen produkcji budowlano–montażowej, określonych w Komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i ogłaszanego w dzienniku Urzędowym RP Monitor Polski, przy czym pierwsza waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić najwcześniej po upływie 6 miesięcy od podpisania umowy **na podstawie wskaźników kwartalnych narastająco**. Podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie mogło nastąpić na wniosek Wykonawcy złożony najwcześniej po upływie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz przy zaistnieniu wzrostu wskaźnika waloryzacji określonego powyżej o co najmniej 3% za ubiegłe półrocze. Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może następować nie częściej niż w cyklach półrocznych, tj. nie częściej niż raz na 6 miesięcy. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w wyniku waloryzacji, o której mowa w ust. 3 pkt. 7, wynosi **20%** wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie, tzn. limit zmian wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu zaistnienia zmian, o których mowa w ust. 3 pkt. 7, wynosi **20 %** wynagrodzenia umownego (wynikającego z oferty Wykonawcy) i maksymalna łączna wartość zmian wynagrodzenia Wykonawcy z tego tytułu nie może być wyższa niż **20%** wynagrodzenia umownego (wynikającego z oferty Wykonawcy) – powyżej przedmiotowego limitu waloryzacja nie będzie miała zastosowania. Waloryzacja obejmuje niewypłaconą część wynagrodzenia za przedmiot umowy. W przypadku zaistnienia podstaw do dokonania waloryzacji wynagrodzenia umownego z tego tytułu stosowna zmiana wysokości wynagrodzenia nastąpi na podstawie aneksu do umowy”.

45. W § 17 ust. 3 pkt 10 Umowy przewidziano, że „Wykonawca w terminie 21 dni od daty zawarcia niniejszej umowy przedstawi pisemnie **szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia (SKK - opartą na kalkulacji ceny ofertowej) z uwzględnieniem wyszczególnienia wpływu na przedmiotowe koszty obowiązujących w momencie sporządzenia oferty na wykonanie zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszej umowy okoliczności i aspektów, o których mowa w ust. 3 pkt. 5 i 7** (tzn. poziomu przyjętych i uwzględnionych w ofercie cen i kosztów w tym zakresie związanych z realizacją prac objętych przedmiotem umowy, w tym ryzyk z tym związanych oraz różnic względem wskaźników GUS). Kalkulacja ta będzie stanowiła w szczególności **bazowy materiał porównawczy w stosunku m.in. do kalkulacji wtórnej, o której mowa w ust.3 pkt. 6, w przypadku wnioskowania o zmianę wysokości wynagrodzenia**. Nieprzekazanie przedmiotowej kalkulacji lub przekazanie kalkulacji niekompletnej, nieprecyzyjnej, niejasnej, nierzetelnej czy niespójnej będzie stanowić podstawę do **odmowy uwzględnienia wniosku o zmianę wynagrodzenia umownego w trybie określonym w ust. 3 pkt. 6 i pkt. 8 z uwagi na brak możliwości realnej weryfikacji takiego wniosku względem uwarunkowań ofertowych** (tj. kontekstu ustalenia wpływu zmian na koszty realizacji zamówienia).

46. Odwołujący wskazuje, iż wybrany przez Zamawiającego wskaźnik nie odnosi się do konkretnych kategorii materiałów, czy innych elementów kosztotwórczych, a zatem w tym wypadku zasadne jest waloryzowanie wynagrodzenia, określonego w niniejszej umowie w formie ryczałtu, w całości o wysokość wskaźnika. Użycie do waloryzacji ogólnego wskaźnika wzrostu cen (nie zaś wskaźników szczegółowych, dotyczących poszczególnych elementów kosztotwórczych) powoduje, że wymóg porównania tej kalkulacji z ewentualną kalkulacją załączaną do wniosku o waloryzację jest bezcelowe. Skoro bowiem Zamawiający decyduje się na waloryzację wynagrodzenia w oparciu o ogólny wskaźnik wzrostu ceny produkcji budowlano-montażowej, który z założenia jest wskaźnikiem uśrednionym, nie ma on przełożenia na badanie wzrostu poszczególnych elementów kosztotwórczych wynagrodzenia wykonawcy. Jednocześnie ponownie podkreślić należy, że wskaźnik GUS określa procentowy wzrost cen i nie sposób odczytać intencji Zamawiającego, co do uwzględniania tego wskaźnika w cenie oferty.
47. W przypadku gdyby intencją Zamawiającego było uwzględnianie ryzyka wzrostu cen w cenie oferty, to takie działanie było już kwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jak wskazała KIO w wyroku z 2.3.2022 r., KIO 440/2022: *„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.”* Jeśli intencją Zamawiającego jest natomiast weryfikacja ceny oferty pod kątem jej realności i ujęcia ewentualnych ryzyk związanych z realizacją zamówienia, może wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny oferty na etapie badania ofert. Zapisy § 17 ust. 3 pkt 10 Umowy wobec ustalonego sposobu waloryzacji umowy mogą służyć jedynie kwestionowaniu wniosków o waloryzację, która zgodnie z art. 439 PZP wykonawcy przysługuje w toku realizacji zamówienia.

WNIOSEK

Odwołujący wnosi zatem o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 17 ust. 3 pkt 10 Umowy poprzez jego usunięcie.

VIII. Zarzut dotyczący § 17 ust. 3 pkt 12 Umowy (Odstąpienie od umowy na skutek konieczności dokonania waloryzacji o więcej niż 5% w stosunku do wysokości wynagrodzenia umownego brutto)

48. Zgodnie z § 17 ust. 3 pkt 12 Umowy „Zastrzega się, że w przypadku, gdy zaistniałe okoliczności, o których mowa w ust. 3 pkt. 5 i pkt. 7, implikowałyby zwiększenie wynagrodzenia należnego Wykonawcy łącznie o więcej niż 5% w stosunku do wysokości wynagrodzenia umownego (wynikającego z ofert Wykonawcy), okoliczność taka poczytywać się będzie jako istotna zmiana okoliczności i w takim przypadku Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od umowy (w całości bądź w części) w terminie 30 dni od powzięcia informacji o przedmiotowym fakcie bez negatywnych dla siebie skutków prawnych.”
49. Odwołujący podnosi, iż możliwość odstąpienia od umowy stanowi wyjątkowe uprawnienie strony umowy i może być ustanowione na wypadek wystąpienia wyjątkowych okoliczności. Biorąc pod uwagę coroczny wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę, zamiany w zakresie zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne, zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych oraz wzrost cen w produkcji budowlano-montażowej, istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo (nawet przy utrzymaniu wynikającego limitu 3% waloryzacji), oczywiście jest, że wzrost wynagrodzenia wykonawcy przekroczy poziom 5%. Skoro zatem potencjalnie wzrost wynagrodzenia na poziomie 5% przysługiwałby wykonawcy w związku ze zmieniającymi się warunkami ekonomicznymi i prawnymi, zastrzeżenie na tę okoliczność prawa do odstąpienia od umowy stanowi rażące nadużycie pozycji zamawiającego i równowagi stron umowy. Zaznaczyć należy, że odstąpienie od umowy, skutkujące koniecznością zwrócenia tego co strony nawzajem świadczyły, może rodzić daleko idące konsekwencje i powodować po stronie wykonawcy dodatkowe koszty. Wzrost cen na rynku pozostaje poza jakąkolwiek wolą wykonawcy, a odstąpienie od umowy wydaje się być kolejną dodatkową sankcją, za wnioskowanie o zmianę wynagrodzenia. Wskazane w § 17 ust. 3 pkt 10 Umowy prawo odstąpienia daje możliwość jednostronnej rezygnacji zamówienia pomimo publicznego przyrzeczenia i zobowiązania się do zapłaty za wykonanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 PZP. Postanowienie to naraża wykonawcę na ogromne koszty wykonania zamówienia i przerzuca całe ryzyko wzrostu cen na wykonawcę.

WNIOSEK

Odwołujący wnosi zatem o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 17 ust. 3 pkt 12 Umowy poprzez jego usunięcie.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
2. Pełnomocnictwa dla Marzeny Jaworskiej wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
3. Odpis KRS Odwołującego;
4. Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu.