



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

Pruszków, 11 lipca 2024 r.

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

Zamawiający: **Gmina Wieliczka**
ul. Powstania Warszawskiego 1
32-020 Wieliczka
tel.: tel. (12) 263-41-00
e – mail: magistrat@wieliczka.eu

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie**
ul. Parzniewska 10,
05-800 Pruszków,
wpisana do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego
Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd
Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie XIV
Wydział Gospodarczy KRS pod nr KRS 54588,
NIP 5210421928
e-mail: pl_office.strabag@strabag.com

reprezentowana przez radcę prawnego
Krzysztofa Tomaszewskiego

adres do doręczeń:
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
KRS: 0000127873
e-mail: krzysztof.tomaszewski@bauholding.com
tel. kom. +48 788 951 731

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 2 w Wieliczce wraz z budową filii w Sułkowie w ramach zadania pn. „Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 2 w Wieliczce wraz z budową nowej filii w Sułkowie” (identyfikator: WZP.271.17.2024).

Data ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1.07.2024 r. pod numerem 389602-2024.

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

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej), na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwanej w dalszej części „PZP”) wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „Zaprojektowanie i rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 2 w Wieliczce wraz z budową filii w Sułkowie w ramach zadania pn. „Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 2 w Wieliczce wraz z budową nowej filii w Sułkowie” – nr wewnętrzny WZP.271.17.2024 (dalej: „**Postępowanie**”), polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” (dalej „**Umowa**”) w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „**KC**”).

I. Zarzuty:

I.1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 PZP oraz 455 ust. 1 pkt 1 PZP i art. 99 PZP w związku z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 353(1) KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC poprzez:**
 - a) określenie w §16 ust 2 wzoru Umowy przypadków zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w sposób niedookreślony, poprzez brak wskazania czy przypadku te uprawniają wykonawcę do zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy oraz wynagrodzenia czy też nie i niedopuszczenie tym samym możliwości zmiany terminu realizacji Umowy i wynagrodzenia należnego wykonawcy – co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy, gdzie na skutek zaistnienia okoliczności zależnych od Zamawiającego, bądź niezależnych od stron Umowy określonych w §16 ust. 2 wzoru Umowy wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia oraz terminu wykonania Umowy na skutek braku podstaw prawnych do zmiany Umowy w tym zakresie. Przerzucenie takiego ryzyka na Wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 PZP i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.
 - b) określenie w §8 ust. 8 wzoru Umowy, że wykonanie robót zamiennych przez wykonawcę może odbywać się wyłącznie w ramach ustalonego ryczału, po uprzednim uzgodnieniu z zamawiającym, co stanowi niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji Umowy, gdzie na skutek zaistnienia okoliczności zależnych od Zamawiającego, bądź

niezależnych od stron Umowy wykonawca zostaje pozbawiony możliwości zmiany wynagrodzenia na skutek braku podstaw prawnych do zmiany Umowy w tym zakresie. Przerzucenie takiego ryzyka na Wykonawcę wyczerpuje normę klauzuli abuzywnej z art. 433 pkt 3 PZP i stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej przez Zamawiającego.

- 2) **art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 99 PZP w zw. z art. 647 KC** poprzez przyznanie przez Zamawiającego w §11 ust. 4 wzoru Umowy uprawnienia do wstrzymania podpisania protokołu odbioru końcowego w przypadku ujawnienia każdej wady lub drobnej usterki, natomiast dalej w §11 ust. 4 lit. c) określenie, że odmowa podpisania protokołu odbioru końcowego może mieć miejsce tylko w przypadku zaistnienia wad istotnych, co powoduje, że powyższy zapis umowny sformułowany został w sposób niedookreślony i na jego podstawie Zamawiający w sposób niezgodny z prawem posiada dowolność w ustalaniu, czy przedmiot Umowy nadaje się do odbioru końcowego czy nie - czyli ustanowienie konieczności sporządzenia tzw. protokołów bezusterkowych. Dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych przez Zamawiającego powinno nastąpić w sytuacji gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru końcowego), a uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać mu będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy).
- 3) **art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC** poprzez zawarcie w §15 ust. 5 wzoru Umowy uprawnienia zamawiającego do odmowy podpisania protokołu odbioru robót w przypadku naruszeń wykonawcy w zawieraniu umowy z podwykonawcami do czasu dostosowania warunków umów podwykonawczych do ustaleń określonych w umowie, co jest niezgodne z art. 647 KC który przewiduje obowiązek zamawiającego odbioru robót o charakterze bezwzględny, a naruszenia wykonawcy w zakresie podwykonawstwa nie są przesłanką uprawniającą zamawiającego do odmowy dokonania odbioru. Poza tym przepisy PZP nie przewidują w ogóle tego typu sankcji dla wykonawcy w przypadku stwierdzenia naruszeń w zawieraniu przez niego umów z podwykonawcami, a jedynymi uprawnieniami zamawiającego w tym przypadku są uprawnienia zawarte w art. 464 PZP tj. uprawnienie do zgłoszenia zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo.
- 4) **art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 99 PZP** poprzez brak określenia w §5 ust. 3 pkt. 14) terminu w jakim zamawiający ma dokonać akceptacji koncepcji architektonicznej i tym samym nieprzejrzyste i niedokładne przygotowanie przez zamawiającego Postępowania w sposób uniemożliwiający przygotowanie przez wykonawcę oferty, skoro wykonawca ten nie wie czy i w jakim terminie otrzyma akceptację takiej koncepcji, czy też nie.
- 5) **art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 2, 3 PZP** poprzez sformułowanie § 16 ust. 5 pkt. 5.1), 5.3), 5.4), 5.5), 5.7), 5.8) i 5.9) projektu Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy

zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, tj.

- a) Zamawiający przewiduje waloryzację po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy podczas gdy brzmienie art. 439 ust. 1 PZP zakłada, że umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinny zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tym samym wskazuje, że waloryzacja powinna odbyć się po okresie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy;
- b) Zamawiający wskazał, że przewiduje waloryzację po raz pierwszy nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy licząc od daty zawarcia umowy/terminu składania ofert. Waloryzacja odbywać się będzie raz na 12 miesięcy, co przy terminie realizacji wynoszącym 19 miesięcy wyklucza waloryzację okresową, a oznacza, że pierwsza waloryzacja będzie jednorazową waloryzacją;
- c) Zamawiający przewiduje, że waloryzacja dla zwiększenia i zmniejszenia wynagrodzenia nastąpi w przypadku gdy skumulowany wzrost cen (miesiąc do poprzedniego miesiąca), będzie większy niż 10%, co przy uwzględnieniu aktualnych trendów zmian cen na rynku budowlanym sprawia, że nie wystąpią podstawy do waloryzacji w okresie realizacji umowy, co czyni ją pozorną;
- d) Zamawiający dopuszcza maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, w efekcie zastosowania klauzuli waloryzacyjnej, w wysokości 5%. Co czyni ją pozorną i niemożliwą do zastosowania w osiągnięciu zakładanego celu i nie pozwoli na przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy, i jest limitem niewystarczającym w realiach rynkowych;

I.2. Żądania:

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności – zmiany treści wzoru Umowy poprzez:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa tj.:
 - a) zmianę §16 ust. 2 Umowy w następujący sposób: „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty **w tym w zakresie zmiany wynagrodzenia wykonawcy oraz terminu wykonania przedmiotu zamówienia** w przypadku (art. 455 ust. 1 pkt 1 uPzp (...))”

- b) zmianę §16 ust. 2 pkt 7) Umowy w następujący sposób: „*zmiany terminu wykonania umowy oraz wynagrodzenia Wykonawcy, w sytuacji gdyby wystąpiły okoliczności powodujące, że wykonanie umowy nie jest możliwe w terminie, o którym mowa w §3 z uwagi na:*”
 - c) zmianę §8 ust. 8 Umowy w następujący sposób: „Dopuszcza się wykonanie robót zamiennych **za odrębnym wynagrodzeniem w ramach ustalonego ryczałtu** po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym”.
- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa tj.:
 - a) zmianę §11 ust. 4 Umowy w następujący sposób: ~~„Ujawnienie wady lub drobnej usterki przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy może wstrzymać podpisanie protokołu końcowego odbioru zgodnie z decyzją komisji odbiorowej. W razie stwierdzenia w toku czynności odbioru wad przedmiotu umowy Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: (...)~~”
- 3) w zakresie zarzutu nr 3 – dokonania zmiany Umowy, tj. §15 ust. 5 Umowy poprzez usunięcie go w całości i tym samym dostosowanie postanowień Umowy do przepisów prawa.
- 4) w zakresie zarzutu nr 4 - dokonania zmiany Umowy, tj. §5 ust. 3 pkt. 14) Umowy poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby Zamawiający miał określony termin na zaakceptowanie koncepcji architektonicznej przygotowanej przez wykonawcę w następujący sposób: „Sporządzenie Koncepcji Architektonicznej i uzyskanie akceptacji Zamawiającego **w terminie nie dłuższym niż 14 dni**”.
- 5) w zakresie zarzutu nr 5 – dokonanie zmiany Umowy aby umożliwić Wykonawcy waloryzację wynagrodzenia poprzez modyfikację następujących zapisów:
 - a) §16 ust. 5 pkt. 5.1): „Zmiana wynagrodzenia musi być związana ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia oraz jest możliwa raz na **6 miesięcy** w oparciu wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej „Budowa budynków” publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej: „wskaźnik GUS”)”.
 - b) §16 ust. 5 ust. 5 pkt. 5.3: „Waloryzacja może nastąpić na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze stron umowy nie wcześniej niż po upływie **6 miesięcy** licząc od daty zawarcia umowy/terminu składania ofert”
 - c) §16 ust. 5 pkt. 5.4): „Zwiększenie wynagrodzenia pierwszą waloryzacją nastąpi w przypadku gdy skumulowany wzrost cen (miesiąc do poprzedniego miesiąca) począwszy od miesiąca w którym zawarto umowę/upłynął termin składania ofert, na moment złożenia wniosku przez stronę, będzie większy niż **5%**”.

- d) §16 ust. 5 pkt. 5.5): „Zmniejszenie wynagrodzenia pierwszą waloryzacją nastąpi w przypadku gdy skumulowany spadek cen (miesiąc do poprzedniego miesiąca), począwszy od miesiąca w którym zawarto umowę/upłynął termin składania ofert, na moment złożenia wniosku przez stronę, będzie większy niż **5%**”.
- e) §16 ust. 5 pkt. 5.7): „W przypadku wzrostu wynagrodzenia należnego Wykonawcy, nastąpi ono w kwocie odpowiadającej procentowemu wzrostowi ponad ustalony poziom od którego przewiduje się waloryzację (np. w przypadku wzrostu cen o **8%** wynagrodzenie podlegające waloryzacji zostanie powiększone o 3%)”
- f) §16 ust. 5 pkt. 5.8): „W przypadku obniżenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy, nastąpi ono w kwocie odpowiadającej procentowemu zmniejszeniu poniżej ustalonego poziomu od którego przewiduje się waloryzację (np. w przypadku spadku cen o **8%** wynagrodzenie podlegające waloryzacji zostanie pomniejszone o 3%).
- g) §16 ust. 5 pkt. 5.9): „Łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień ust. 4 wynosi **10%** wynagrodzenia całkowitego brutto. Zapłata wynagrodzenia z uwzględnieniem zmiany dokonanej na podstawie klauzuli waloryzacyjnej dotyczy tylko usług, robót lub dostaw które zostaną wykonane po waloryzacji umowy”.

I.3. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie PZP. Zapisy zawarte w załączniku do SWZ - wzorze umowy, 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), m. in. w sposób niezgodny z PZP uzależnia dokonanie odbioru przedmiotu Umowy od podpisania protokołu odbiorowego bez zastrzeżeń, czy warunkuje dokonanie tego odbioru od braku zastrzeżeń co do zawierania umów podwykonawczych. Ponadto zamawiający nie określił terminu na zatwierdzenie koncepcji architektonicznej sporządzonej przez wykonawcę, który to termin ma istotne znaczenie dla możliwości przygotowania oferty, a także określił warunki waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w sposób niezgodny z PZP.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru Umowy narusza zasady określone ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ, jako że chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym Postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z Zamawiającym.

II. Termin.

- II.1.** Ogłoszenie o zamówieniu w dniu 1.07.2024 r. zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 11.07.2024 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

UZASADNIENIE

- I. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 433 pkt 3 PZP oraz 455 ust. 1 pkt 1 PZP i art. 99 PZP w związku z art. 8 ust 1 PZP oraz art. 353(1) KC w zw. z art. 647 i art. 649 KC poprzez brak wskazania uprawnienia wykonawcy do zmiany terminu wykonania przedmiotu Umowy oraz wynagrodzenia**

Zawarte w §16 ust. 2 wzoru Umowy postanowienie o możliwości zmiany postanowień umowy w stosunku do treści oferty w przypadku wymienionym w art. 455 ust. 1 pkt. 1 PZP bez jednoczesnego określenia, czy uprawnienie to dotyczy zmiany terminu wykonania umowy czy wynagrodzenia na skutek zaistnienia okoliczności w nim wymienionych stanowi naruszenie równowagi kontraktowej stron, poprzez przerzucenie na wykonawcę ryzyka finansowego realizacji Umowy z tytułu zaistnienia okoliczności od niego niezależnych, a zależnych bądź od Zamawiającego, bądź też niezależnych od żadnej ze stron Umowy, które powodują wyłącznie możliwość zmiany terminu realizacji Umowy bez uprawnienia do możliwości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP możliwość zmiany umowy na podstawie określonej w zamówieniu lub dokumentach zamówienia musi być określona za pomocą jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych – czego w niniejszym przypadku Zamawiający nie dopełnił.

Przepis §16 ust. 2 zawiera szereg przypadków w których nastąpić może zmiana umowy, spośród których wiele odnosi się do sytuacji za których wystąpienie wykonawca nie ponosi odpowiedzialności np. pkt 5) - wystąpienia konieczności zmiany zakresu umowy, pkt 6) - wystąpienia konieczności zmiany zakresu umowy w sytuacji zmiany technologii prowadzenia prac na podstawie protokołu robót zamiennych, ujawnionego w trakcie realizacji umowy, który odbiega od stanu założonego w opisie przedmiotu zamówienia, a czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, pkt 7) – zawierający katalog przypadków uprawniających do zmiany terminu wykonania umowy (bez zmiany wynagrodzenia), pkt 9) - zmian poprawiających sprawność wykonywania robót, pkt. 11) – zmiany warunków i terminów finansowania, pkt 16) - zmiany terminu lub sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, pkt 19) zmian w przypadku wystąpienia niemożliwych do przewidzenia prac wymagających wykonania prac zastępczych lub dodatkowych, pkt 20) - zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego, pkt. 21) - zmiany zakresu rzeczowego poszczególnych etapów realizacji.

W powyższych przypadkach Zamawiający przewidział podstawę do zmiany Umowy nie precyzując jednocześnie czy zmiana ta obejmować może wynagrodzenie wykonawcy, bądź termin wykonania Umowy.

Celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego, lecz przeprowadzenie Postępowania i udzielenie zamówienia z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zachowania równowagi stron Umowy. Dopiero takie ukształtowanie postanowień Umowy daje gwarancje należytego wykonania zamówienia i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem kompletnego dzieła i usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem pełnego i należnego mu wynagrodzenia, zdobycia doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku, co pozostaje niezbędnym elementem prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353(1) KC oraz klauzula generalna z art. 5 KC.

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, 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. 353(1) oraz art. 5 KC 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.

Nierównym rozkładem ryzyka kontraktowego jest przede wszystkim obarczanie wykonawcy odpowiedzialnością za działania i zaniechania podmiotów za które, zgodnie z prawem odpowiedzialności nie ponosi. Takie postanowienia naruszają też wprost art. 433 pkt 3) ustawy PZP, zgodnie z którym ustawodawca zakazał Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałoby na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność Zamawiającego – jak na przykład §16

ust. 2 pkt 19) – wystąpienia w przypadku wystąpienia niemożliwych do przewidzenia prac wymagających wykonania prac zastępczych lub dodatkowych.

Z powyższego wynika jasno, że to Zamawiający ma odpowiadać za to, co zgodnie z zasadami kontraktowania powinno leżeć po stronie jego odpowiedzialności, bez obarczania za to wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy. Niezgodne z powyższym będzie zatem przerzucenie na wykonawcę konieczności ponoszenia ryzyka finansowego Umowy tj. konieczności realizacji Umowy po cenie ryczałtowej w przypadku zaistnienia w trakcie prowadzenia robót okoliczności leżących wprost po stronie Zamawiającego i takiego naruszenia wykonawca upatruje w konstrukcji §16 ust. 2 pkt. 5), 6), 7), 9), 11), 12), 14), 15), 16), 17), 19), 20), 21), wzoru Umowy, zgodnie z którymi wykonawca miałby być uprawniony do złożenia wniosku o zmianę Umowy bez prawa do żądania zmiany wynagrodzenia i/lub terminu wykonania zamówienia

Dokonanie zmiany Umowy w sposób określony w odwołaniu i przewidzenie możliwości zmiany Umowy w zakresie należnego wykonawcy wynagrodzenia i/lub terminu wykonania nie będzie oznaczać automatycznej konieczności takiej zmiany, a prawną jej możliwość (dopuszczalność na gruncie art. 455 ust 1 pkt 1 ustawy PZP). Leży to nie tyle w interesie wykonawcy jak i Zamawiającego, który mając na celu sprawną realizację tego zamówienia.

II. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 99 PZP w zw. z art. 647 KC poprzez przyznanie przez Zamawiającego w §11 ust. 4 wzoru Umowy uprawnienia do wstrzymania podpisania protokołu odbioru końcowego w przypadku ujawnienia każdej wady lub drobnej usterki

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą 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 należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać 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.

W tym zakresie można powołać się na następujące wyroki Sądu Najwyższego:

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".

Z uzasadnienia

*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.*

Zamawiający w §11 ust. 4 Umowy przewidział, że ujawnienie każdej wady lub drobnej usterki przy odbiorze końcowym uprawnia go do wstrzymania podpisania protokołu odbioru końcowego zgodnie z decyzją komisji odbiorowej. Tym samym ustanowienie w §11 ust. 4 Umowy warunku, że za zakończenie prac budowlanych traktowane jest podpisanie protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń uniemożliwia wykonawcy wystawienie faktury i otrzymanie w ten sposób należnego mu wynagrodzenia, ponieważ zgodnie z §13 ust. 10 Umowy wykonawca nabywa prawo do wynagrodzenia za wykonane prace na podstawie sporządzonego protokołu odbioru końcowego przedmiotu Umowy.

III. naruszenie art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC poprzez zawarcie w §15 ust. 5 wzoru Umowy uprawnienia zamawiającego do odmowy podpisania protokołu odbioru robót w przypadku naruszeń wykonawcy w zawieraniu umowy z podwykonawcami do czasu dostosowania warunków umów podwykonawczych do ustaleń określonych w umowie.

Zamawiający we wzorze Umowy w §15 ust. 5 przyznaje sobie uprawnienie do odmowy podpisania protokołu odbioru robót w przypadku naruszeń wykonawcy w zawieraniu umowy z podwykonawcami do czasu dostosowania warunków umów podwykonawczych do ustaleń

określonych w umowie, którego uprawnienia nie przewiduje ani ustawa PZP ani KC. Ustawa PZP przewiduje jedynie, że przypadku stwierdzenia naruszeń w zawieraniu przez Wykonawcę umów z podwykonawcami, a jedynymi uprawnieniami zamawiającego są uprawnienia zawarte w art. 464 PZP tj. uprawnienie do zgłoszenia zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo.

Ponadto art. 647 KC 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.

Niezgodne z PZP oraz KC jest więc wstrzymywanie przez zamawiającego dokonania odbioru robót w sytuacji, w której wykonawca narusza warunki zawierania umów podwykonawczych. Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy, który na skutek odmowy podpisania protokołów odbioru przez Zamawiającego zostanie pozbawiony możliwości wystawienia faktury i otrzymania wynagrodzenia za wykonane roboty. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę.

Wobec tego zapis §15 ust. 5 Umowy jako nieznajdujący oparcia w przepisach ustawy PZP i KC powinien zostać usunięty ze wzoru Umowy.

IV. naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 99 PZP poprzez brak określenia w §5 ust. 3 pkt. 14 Umowy terminu w jakim zamawiający ma dokonać akceptacji koncepcji architektonicznej i tym samym nieprzejrzyste i niedokładne przygotowanie przez Zamawiającego Postępowania w sposób uniemożliwiający przygotowanie przez wykonawcę oferty, skoro wykonawca ten nie wie czy i w jakim terminie otrzyma akceptację takiej koncepcji, czy też nie.

Zdaniem odwołującego treść powyższego zapisu Umowy tj. brak określenia w §5 ust. 3 pkt 14) terminu w jakim zamawiający ma dokonać akceptacji koncepcji architektonicznej stanowi nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku skalkulowania w cenie oferty ryzyka, którego na etapie składania tej oferty wykonawca nie jest w stanie określić i nie może też go przewidzieć na etapie zawierania umowy, co skutkuje obowiązkiem przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji.

Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć na etapie składania oferty ryzyka oraz kosztu związanego z tym, że Zamawiający nie ma terminu w jakim może koncepcję architektoniczną zatwierdzić, bądź nie. Jest to więc ryzyko przyjęcia na siebie ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji, które to ryzyko mogą przyjąć na siebie wyłącznie wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe – co wprost narusza dyspozycję art. 16 pkt 1) ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Należy też zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza wyroku z dnia 10 lipca 2018 r. (sygn. KIO 1266/18) wyraziła podobny pogląd wskazując, iż „Odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówieni”.

W konsekwencji – nałożenie na wykonawcę przyjęcie na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji – jak ryzyko braku terminu po stronie Zamawiającego na zatwierdzenie koncepcji architektonicznej przygotowanej przez Wykonawcę prowadzi do naruszenia przepisów art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 99 PZP i tym samym wniosek o zmianę §5 ust. 3 pkt. 14 Umowy poprzez wprowadzenie terminu w jakim Zamawiający ma taką koncepcję zatwierdzić należy uznać za słuszny.

V. naruszenie art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1, 2, 3 PZP poprzez sformułowanie § 16 ust. 5 pkt. 5.1), 5.3), 5.4), 5.5), 5.7), 5.8) i 5.9) projektu Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy

Zamawiający w § 16 ustęp 5 pkt. 5.1) , 5.3) , 5.4) , 5.5) , 5.7) , 5.8) oraz 5.9) projektu Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy PZP, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że jest wysoce prawdopodobne, że ta waloryzacja nie spełni swojej funkcji jaką jest oddanie w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów). Uregulowania określone w projekcie umowy nie zapewniają tym samym równości stron czy prawidłowego rozkładu ryzyk kontraktowych.

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy PZP stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego, których celem jest przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Ustawodawca przewidział, że trwający ponad 6 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie

zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego.

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

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

Oznacza to, że Ustawodawca określił, iż okres 6 miesięcy jest właściwy dla określenia nowej wartości wynagrodzenia umownego, uwzględniającego zaistniałe zmiany.

Zamawiający formułując zapisy § 16 ustęp 5 pkt. 5.1) oraz 5.3) projektu umowy, nie wypełnił jednak w pełni dyspozycji w/w art. 439 ustawy PZP. Zamawiający wprowadził regulację, która przewiduje, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie waloryzowane raz na 12 miesięcy, nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy licząc od daty zawarcia umowy/terminu składania ofert. Tymczasem Ustawodawca nie ustanowił nakazu jednokrotności zmiany wynagrodzenia. W art. 439 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP odniósł się do pojęcia okres w liczbie mnogiej, co oznacza, że uwzględnił możliwość zmiany wynagrodzenia więcej niż jeden raz. Możliwe jest zatem zarówno określenie początkowego terminu uprawniającego do zmiany, wcześniej niż przed upływem 12 miesięcy od zawarcia umowy – o czym świadczy choćby art. 439 ust. 3 PZP. Początkowy termin uprawniający do zmiany umowy ze względu na waloryzację wynagrodzenia może być terminem wcześniejszym, a przede wszystkim także krótszym niż 12 miesięcy.

Określenie pierwszej waloryzacji na okres przypadający po upływie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy/ terminu składania ofert w sposób nieproporcjonalny przerzuca ryzyko zmiany cen na Wykonawcę. Z przyjętych w §16 ust. 5 pkt 5.1) okresów 12-miesięcznych wynika dokonanie wyłącznie jednej zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania postanowień waloryzacyjnych umowy. Jest to o tyle nie uzasadnione, że termin realizacji zadania wynosi 19 miesięcy, a Zamawiający dopuszcza do waloryzacji jedynie usługi roboty lub dostawy, które nie zostały wykonane przed złożeniem wniosku o dokonanie waloryzacji (§ 16 ustęp 5 pkt. 5.6) projektu umowy). Co więcej na okres przeznaczony na realizację zadania tj. 19 miesięcy składa się również czas przeznaczony na uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu oraz procedura odbiorowa, który łącznie będzie trwać około 1,5 miesiąca. Zatem waloryzacją zostaną objęte roboty do wykonania w okresie zaledwie 17 miesięcy realizacji.

Zarówno podwyższeniu, jak i obniżeniu wynagrodzenia nie podlegają zatem usługi roboty lub dostawy, które zostaną wykonane przez okres pierwszych 12 miesięcy realizacji zadania.

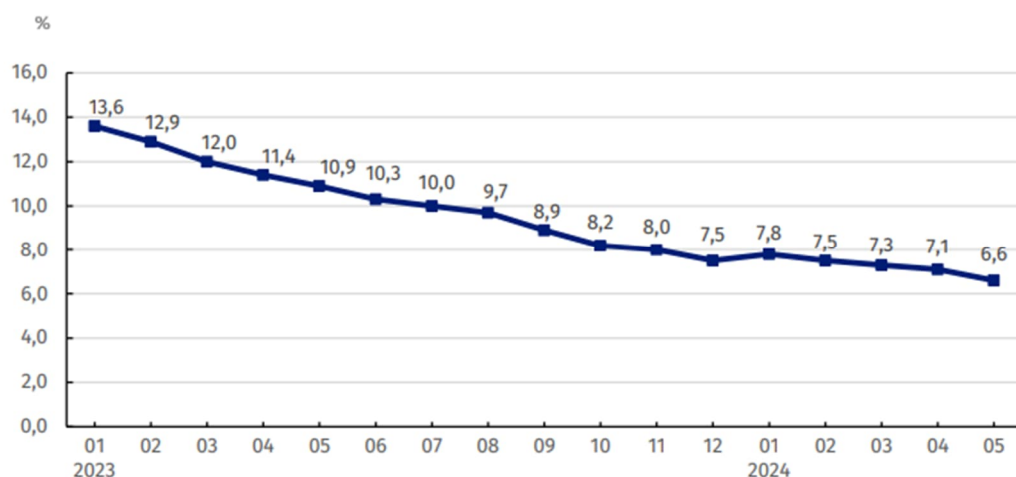
Zamawiający określając w § 16 ust. 5 pkt. 5.4 oraz pkt 5.5. próg rozpoczęcia waloryzacji wynagrodzenia na poziomie 10% i wybierając wskaźnik zmiany wynagrodzenia w oparciu o wskaźnik zmian cen produkcji budowlano-montażowej „Budowa budynków” publikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego spowodował, że przewidziana umową klauzula waloryzacyjna jest pozorna i w trakcie realizacji Umowy nie zostaną spełnione warunki do jej zastosowania. Waloryzacja może nastąpić w przypadku, gdy skumulowany wzrost/spadek cen (miesiąc do poprzedniego miesiąca) począwszy od miesiąca, w którym zawarto umowę/upłynął termin składania ofert, a kumulacja wzrostu/spadku na moment złożenia wniosku przez stronę, będzie większa niż 10%. Należy jednak zauważyć, że skumulowany wzrost na przełomie ostatnich 12 miesięcy nie osiągnął wartości 10%, a jedynie 5,8 %.

Tabela 1. Zestawienie skumulowanych wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej ogółem dla budowy budynków, miesiąc do poprzedniego miesiąca w okresie od maja 2024 r. do czerwca 2023 r. - opracowany na podstawie komunikatów GUS.

	05 2024	04 2024	03 2024	02 2024	01 2023	12 2023	11 2023	10 2023	09 2023	08 2023	07 2023	06 2023
	04 2024+100	03 2024+100	02 2024+100	01 2024+100	12 2023+100	11 2023+100	10 2023+100	09 2023+100	08 2023+100	07 2023+100	06 2023+100	05 2023+100
wartość wskaźnika miesiąc do miesiąca poprzedniego	100,4	100,4	100,4	100,2	100,5	100,3	100,4	100,5	100,6	100,6	100,6	100,8
wartość skumulowana	105,8	105,4	105,0	104,6	104,4	103,9	103,6	103,1	102,6	102,0	101,4	100,8

Zatem określenie § 16 ust. 5 pkt. 5.4 oraz pkt.5.5 projektu umowy pozostaje w oderwaniu od danych publikowanych przez GUS w ostatnim roku. Zastosowanie zaproponowanego przez Zamawiającego progu zmiany wartości wynagrodzenia w postaci 10 % nie pokryłoby faktycznego wzrostu czy spadku cen zarejestrowanego w ciągu ostatnich 12 miesięcy, gdyż waloryzacja nie miałaby miejsca. Oznacza to, że Wykonawca będzie realizował przedmiot umowy ponosząc koszty po cenach z etapu oferty, o których waloryzacje nie będzie mógł wystąpić gdyż jak dowodzą ukazane dane w Tabeli 1 zmiany wskaźników na poziomach przewidzianych obecnie Umową nie występują w ostatnim okresie.

Wykres 1. Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2023 – 2024 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (źródło: GUS)



Zgodnie z powyższym wykresem odnotowywana jest tendencja spadkowa wzrostu cen. Oznacza to, że ceny w budownictwie nieprzerwanie rosną, jednak wolniej niż w poprzednich latach. Dla przykładu, dla miesiąca maja 2024 roku odnotowany jest wzrost cen w budownictwie o 6,6% w porównaniu z majem 2023 r. Jednak od ponad 10 miesięcy nie osiąga on pułapu 10 % określonego w projekcie umowy, notując coraz niższy wzrost cen. Powyższe dane pozwalają przewidywać, że zaproponowana wartość 10% jako próg rozpoczęcia waloryzacji jest zbyt wysoka i waloryzacja nie miałaby miejsca. Tak zaproponowana klauzula waloryzacyjna w obecnych realiach rynkowych nie przywróci ekwiwalentności świadczeń i spowoduje, że wyłącznie Wykonawca ponosił będzie koszty wzrostu cen. Ubocznie tylko Odwołujący zwraca uwagę, że z uwagi na treść § 16 ust. 5 pkt. 5.7-5.8 ewentualna waloryzacja obejmować będzie wyłącznie naddatek na progi określone w pkt. 5.4-5.5. Oznacza to, że przy obecnej treści umowy, w przypadku skumulowanego wzrostu cen na rynku budowlanym o 13%, wynagrodzenie za roboty pozostałe do wykonania zostanie zwiększone o 3%. Wniosek Odwołującego zmniejszający próg do 5% w przypadku wzrostu cen na obecnym poziomie wynoszącym 6,6% rocznie spowoduje, że wynagrodzenie za pozostałe roboty zostały zwiększone wyłącznie o 1,6%, co tylko w minimalnym stopniu czyni zadość wymaganiom i celowi art. 439 Ustawy PZP.

Określenie przez Zamawiającego w § 16 Ustęp 5 pkt. 5.9) górnego limitu waloryzacji jako 5% powinno być ustalany w odniesieniu do aktualnych prognoz inflacji. 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. Według wykresu 1 (publikacja GUS z dnia 20.06.2024 r.) , limit waloryzacji wynoszący 5 % jest niższy o 1,6 % od wzrostów odnotowanych w maju 2024 r. i aż o 8,6% niższy do wzrostów z stycznia 2023 r. Chociażby z tego względu i aby przywrócić równowagę ekonomiczną zachwianą wzrostem cen limit waloryzacji określony umową powinien wynosić 10 %.

Postanowienia Wzoru umowy proponowane przez Zamawiającego stoją w sprzeczności do przepisów Ustawy PZP i celów wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej. Celem waloryzacji jest przywrócenie ekwiwalentności świadczenia, stąd odniesieniem do określenia zaistniałej zmiany w zakresie ponoszonych kosztów realizacji powinny być ceny i koszty umowne, zawarte w ofercie wykonawcy, a następnie wprowadzone do umowy.

Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe Wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewni należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Należy w szczególności wskazać, że prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna: jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych i winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń.

Stwierdzić należy, że klauzula waloryzacyjna określona przez Zamawiającego nie spełnia powyższych założeń i przerzuca na wykonawcę w większości ryzyka zmiany cen. Obarczenie wykonawcy większością ryzyka zmiany cen nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron w ramach stosunku umownego.

W powyższym zakresie można odwołać się do poglądów zawartych w stanowisku Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej w opracowaniu zatytułowanym „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia)”, gdzie wskazano, że „(22) *Analizując gospodarność planowanej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy należy podkreślić, że **zasadą***

jest równomierne rozłożenie na obie strony kosztów ryzyka niemożliwego do przewidzenia wzrostu cen materiałów i kosztów niezbędnych do wykonania umowy. Stwierdzenie to nie oznacza, że ryzyko to musi być zawsze rozłożone po równo, nieuzasadnione jest natomiast przerzucenie tego ryzyka w całości na zamawiającego.”

Tym samym klauzula waloryzacyjna tworzona w oparciu o przepis art. 439 ustawy PZP musi być klauzulą realną i znajdującą zastosowanie w toku normalnych zdarzeń i umożliwiającą dokonanie zgodnej z celem przepisów ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) odpis z KRS;
- 3) dowód uiszczenia opłaty od odwołania;
- 4) dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego;