



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

Pruszków, 23 października 2023 r.

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

Zamawiający: **Uniwersytet Medyczny w Białymstoku**
ul. Jana Kilińskiego 1, 15-089 Białystok
NIP: 542-02-11-717
tel.: +48 857 485 539
fax: +48 857 485 640
e-mail: zampubl@umb.edu.pl, barbara.dokert@umb.edu.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.** z siedzibą w Pruszkowie
ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków, KRS 0000054588
reprezentowany przez: radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza
adres do korespondencji:
CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
tel.: +48 609 043 322
e-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 23 października 2023 r. drogą elektroniczną na adres e-mail: zampubl@umb.edu.pl.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Budowa Centrum Bioinformatyki i Biostatystyki Klinicznej Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku” numer referencyjny: AZP.25.3.10.2023

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: AZP.25.3.10.2023

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie nr **2023/S 198-616236** opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 13 października 2023 r.

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 (dalej jako: „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (pełnomocnictwo wraz z

Strona 1 z 47

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

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

dowodem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa stanowi załącznik nr 1 do niniejszego odwołania), 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 2023 r. poz. 1605 z późn. zm., dalej jako: „**PZP**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących realizacji zadania pn.: „Budowa Centrum Bioinformatyki i Biostatystyki Klinicznej Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku” numer referencyjny: AZP.25.3.10.2023 (dalej jako: „**Postępowanie**”), polegającą na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „**SWZ**”), w tym załącznika nr 8 do SWZ „Wzór umowy” (dalej jako „**Umowa**”), w sposób naruszający przepisy PZP oraz przepisy ustawy Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 z późn. zm., dalej jako: „**KC**”).

I. Zarzuty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. **naruszenie art. 433 pkt. 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP oraz art. 353¹ KC** poprzez wskazanie w § 3 ust. 5 Umowy oraz w § 14 ust. 2 pkt. 5 Umowy niespójnych i sprzecznych ze sobą wartości rozumianych jako minimalna wartość lub wielkość świadczenia stron w przypadku ograniczenia przez Zamawiającego zakresu zamówienia, i tym samym nieokreślenie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego. Określenie terminu, w jaki Zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia;
2. **naruszenie art. 434 ust. 1 PZP, art. 436 pkt. 1 PZP, art. 353¹ KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP, art. 16 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie w treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. II.2.4) ust. 5 oraz II.2.7), części VI (Termin realizacji zamówienia) SWZ i § 2 ust. 1 a) i b) oraz § 2 ust. 2 a) Umowy, jak i dalszych załączników do SWZ terminów realizacji zamówienia, które są nierealne i niemożliwe do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania dokumentacji projektowej, wykonania wszystkich robót budowlano-instalacyjnych oraz dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych oraz przekazania obiektu w użytkowanie, a także sformułowanie postanowień dotyczących wykonania dokumentacji projektowej budzących uzasadnione wątpliwości co do rozumienia przez Zamawiającego spełnienia terminu wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę w tym zakresie oraz ustaleniu podstaw do dokonania płatności za wykonaną dokumentację zgodnie z § 10 ust. 1 Umowy;
3. **naruszenie art. 99 ust. 1 PZP, art. 452 ust. 9 pzp, art. 16 pkt. 3 PZP oraz art. 353¹ KC w. zw. z art. 5 KC, art. 58 KC oraz art. 487 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** poprzez sporządzenie Umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę Stron, a także nadmiernie obciążający Wykonawcę w zakresie, w jakim:
 - a. w § 4 I. ust. 7 oraz ust. 8 Umowy Zamawiający przewidział termin sprawdzenia przekazanej mu przez Wykonawcę kompletnej dokumentacji projektowej wynoszący aż

Strona 2 z 47

14 dni roboczych, a także przewidział możliwość dokonywania przez Zamawiającego powtórnej weryfikacji dokumentacji po zwróceniu jej Wykonawcy w celu dokonania jej uzupełnienia lub poprawy w przypadku wystąpienia w dokumentacji jakichkolwiek wad, również w terminie wynoszącym aż 14 dni roboczych, przy czym wskazane terminy akceptacji dokumentacji przez Zamawiającego są niewspółmiernie długie z uwagi na obowiązek wykonania dokumentacji projektowej przez Wykonawcę w terminie 5 miesięcy od podpisania Umowy, a cały tryb akceptacji dokumentacji rażąco nieproporcjonalny dla Wykonawcy z uwagi na brak procedury reklamacyjnej oraz bezusterkowy odbiór dokumentacji projektowej;

- b. w § 13 ust. 5 Umowy Zamawiający żąda od Wykonawcy przedłużenia ważności zabezpieczenia w terminie najpóźniej na 30 dni roboczych przed upływem ważności dotychczasowego zabezpieczenia podczas, gdy zgodnie z PZP nowe zabezpieczenie powinno być wniesione na 30 dni kalendarzowych przed upływem ważności dotychczasowego;
- c. w § 14 ust. 6 Umowy Zamawiający uzależnia dokonanie zmiany terminu wykonania Przedmiotu Umowy od złożenia przez Wykonawcę pisemnego, uzasadnionego wniosku o przedłużenie terminu wykonania prac objętych Umową, przy czym wniosek ten powinien zostać złożony w terminie 3 dni roboczych od wystąpienia okoliczności, o których mowa w § 14 ust. 2 i 4 Umowy, co jest terminem rażąco krótkim i powodującym niewspółmiernie negatywne konsekwencje dla Wykonawcy;

4. naruszenie art. 437 pkt. 7 lit. a) PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP w związku z art. 353(1) KC i art. 647 KC w zw. z art. 483 KC poprzez zastrzeżenie w § 12 ust. 1 e) Umowy rażąco wysokiej kary umownej, jakiej zapłaty może żądać Zamawiający od Wykonawcy, tj.

- (i) w wysokości wynagrodzenia odpowiadającego kwocie nieopłaconego przez Wykonawcę wynagrodzenia w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, która to kara jest kara prowadzi do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy i która ma wyłącznie charakter represyjny;
- (ii) w wysokości 5.000,00 (pięć tysięcy złotych), za każdy dzień przekroczenia terminu liczonego od upływu terminu zapłaty w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, która to kara umowna jest naliczana niezależnie od wysokości wynagrodzenia, które zostało zapłacone z opóźnieniem i która to kara umowna z uwagi na ich przewidzianą wysokość traci cel jej ustanawiania, gdyż nie są karą prewencyjną czy też stymulującą do wykonania zobowiązania, a karą represyjną prowadzącą do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy.;

5. **naruszenie art. 16 pkt. 1, 2, 3 PZP, art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt. 3 PZP w związku z art. 8 ust 1 PZP, art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC oraz art. 649 KC** poprzez nadużycie pozycji dominującej przez zamawiającego i zastrzeżenie prawa do odstąpienia od umowy w § 4 I. ust. 11 oraz w § 15 ust. 1 pkt. 6), w każdym przypadku niezgodnienia i niezatwierdzeniem przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, przy czym takie uprawnieniem mogłoby być zastrzeżone w przypadku niewykonania zobowiązania przez Wykonawcę to jest niezgodnienia i niezatwierdzenie dokumentacji projektowej z powodu występowania wad istotnych;
6. **naruszenie art. 16 pkt 1, 2, 3 PZP, art. 437 ust. 1 pkt. 4 i 5 PZP oraz art. 464 ust. 2 PZP, art. 465 ust. 4 PZP w zw. z art. 498 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** w zakresie w jakim Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą i/lub dalszym podwykonawcą, tj. (i) ograniczając możliwość dokonywania rozliczeń z podwykonawcą poprzez potrącenie w § 5 ust. 12 Umowy; (ii) zakazując Wykonawcy ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej, w szczególności w postaci: kaucji, zatrzymania wynagrodzenia, potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy w § 5 ust. 15 Umowy; (iii) ingerowania w termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo, który nie może być dłuższy niż 14 dni w § 10 ust. 6 Umowy;
7. **naruszenie art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 643 kc, art. 647 KC** poprzez:
- (i) przyznanie Zamawiającemu w § 2 ust. 2 a) Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru dokumentacji projektowej w razie ujawnienia jakichkolwiek wad w dokumentacji projektowej, nawet nieistotnych (tzw. protokół zdawczo-odbiorczy „bez uwag”), podczas gdy uprawnienie takie może przysługiwać jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych dokumentacji. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający ma obowiązek dokonać odbioru dokumentacji;
 - (ii) przyznanie Zamawiającemu w § 2 ust. 2 b) Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego robót w razie ujawnienia jakichkolwiek wad (tzw. odbiór końcowy robót „bez uwag”), podczas gdy uwagi Zamawiającego wskazane w protokole odbioru końcowego nie mogą uniemożliwiać stwierdzenia dokonania odbioru końcowego przedmiotu Umowy i tym samym zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, o ile uwagi te nie stanowią o istnieniu wad istotnych Przedmiotu Umowy;
 - (iii) ustalenie w § 9 ust. 9 Umowy nieprecyzyjnych i niejasnych postanowień dotyczących procedury odbioru końcowego, tj. uprawniających Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego z winy Wykonawcy jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że przedmiot odbioru został wadliwie wykonany, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno

mieć miejsce jedynie w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wystąpienia wad istotnych;

- (iv) ustalenie w § 10 ust. 1 Umowy, iż zapłata wynagrodzenia za kompletną dokumentację projektową nastąpi jednorazowo po protokolarnym odbiorze dokumentacji bez uwag, co stanowi uzależnienie zapłaty należnego wynagrodzenia od bezusterkowego odbioru dokumentacji. Zamawiający może odmówić dokonania odbioru dokumentacji i zapłaty wynagrodzenia tylko w przypadku występowania wad istotnych dokumentacji.;
- (v) ustalenie w § 10 ust. 3 Umowy, iż zapłata za pełnienie nadzoru autorskiego nastąpi raz na trzy miesiące (odpowiednio, jak za roboty budowlane) na podstawie protokołów częściowych odbioru robót oraz protokołu końcowego odbioru robót bez istotnych uwag, wprost proporcjonalnie do wartości wykonanych i odebranych robót, podczas gdy „istotne” uwagi Zamawiającego wskazane w protokole odbioru końcowego nie mogą uniemożliwiać stwierdzenia dokonania odbioru końcowego przedmiotu Umowy i tym samym zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, o ile uwagi te nie stanowią o istnieniu wad istotnych przedmiotu Umowy;

- 8. **naruszenie art. 449 ust. 2 PZP w zw. z art. 453 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt. 3 PZP oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 5 KC, art. 58 KC oraz art. 8 ust. 1 PZP** poprzez określenie w § 13 ust. 4 Umowy, iż w przypadku nienależytego wykonania zamówienia zabezpieczenie staje się własnością Zamawiającego podczas gdy Zamawiający może skorzystać z zabezpieczenia w celu zaspokojenia (pokrycia) roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy;
- 9. **naruszenie art. 436 pkt. 4 b) PZP, art. 439 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, art. 353¹ KC, art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** poprzez wskazanie w § 3 ust. 2 Umowy, iż Wykonawcy nie przysługuje żadna dodatkowa zapłata z tytułu wzrostu cen, zmiany lub wprowadzenia nowych podatków, ani z żadnego innego tytułu, a także wyłączenie wszelkich praw Wykonawcy, w tym do wnoszenia roszczeń związanych lub wynikających ze wzrostu cen materiałów, dóbr, energii, paliw, kosztów robocizny lub innych kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu umowy, co jest wprost sprzeczne nie tylko z powoływanymi przepisami PZP, ale również z postanowieniami § 14 ust. 7, 8 i 9 Umowy;
- 10. **naruszenie art. 16 pkt. 1, 2, 3 PZP, art. 99 ust. 1 PZP, art. 433 pkt. 3 PZP w związku z art. 8 ust 1 PZP, art. 353¹ KC w zw. z art. 647 KC oraz art. 651 KC** poprzez ukształtowanie postanowień Umowy, tj. § 3 ust. 3 i ust. 4, § 4 II. ust. 6 Umowy w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i charakterem umowy o roboty budowlane, w związku z obarczaniem Wykonawcy ryzykami, których nie można przewidzieć oraz skalkulować na etapie składania oferty, tj. niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyka związanego z prawidłowością sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, a także odpowiedzialnością za teren budowy,

przy czym to na Zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia oraz przekazania terenu budowy nadającego się do wykonania przedmiotu umowy wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia, a na wykonawcy spoczywa obowiązek przeanalizowania dokumentacji i zgłoszenia błędów oraz zapoznania się z terenem budowy i zgłoszenia ewentualnych nieprawidłowości, przy czym w obu przypadkach dotyczy to kwestii, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności, co nie oznacza obowiązku sprawdzenia dokumentacji w celu wykrycia błędów lub też szczegółowego badania terenu budowy;

11. **naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC** poprzez sformułowanie § 14 ust. 8 i ust. 9 Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów PZP 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, gdyż skonstruowana w § 14 ust. 8 i ust. 9 Umowy klauzula nie zawiera elementów istotnych wnikających z przepisów PZP, opisanych w uzasadnieniu odwołania.

II. Żądania.

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności, tj. zmiany treści Umowy oraz części VI (Termin realizacji zamówienia) SWZ, jak i dalszych załączników do SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

- (i) wskazanie w Umowie jednolitego określenia minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron w przypadku ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego – ograniczenie zakresów zamówienie nie powinno być większe niż 5% wynagrodzenia brutto oraz wskazanie terminu wprowadzenia ograniczenia zakresu zamówienia;
- (ii) określenie realnych terminów realizacji zamówienia, pozwalających na ich dochowanie z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania dokumentacji projektowej, wykonania wszystkich robót budowlano-instalacyjnych oraz dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, a także dokonania czynności odbiorowych oraz przekazania obiektu w użytkowanie;
- (iii) wskazanie w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości postanowień dotyczących spełnienia terminu wykonania przedmiotu Umowy przez Wykonawcę w zakresie wykonania dokumentacji projektowej;
- (iv) skrócenia terminu przeznaczonego na weryfikację dokumentacji projektowej przez Zamawiającego z 14 dni roboczych do 10 dni roboczych oraz ograniczenie procedury powtórnej weryfikacji dokumentacji projektowej przez Zamawiającego tylko sytuacji występowania wad istotnych w tej dokumentacji wraz ze skróceniem terminu na

Strona 6 z 47

- powtórna weryfikację dokumentacji projektowej przez Zamawiającego z 14 dni roboczych do 7 dni roboczych;
- (v) ustalenie terminu przeznaczonego na przedłużenia ważności zabezpieczenia na 30 dni kalendarzowych przed upływem ważności zabezpieczenia, zamiast do 30 dni roboczych;
 - (vi) wydłużenia terminu na złożenie przez Wykonawcę roszczenia (wraz z uzasadnieniem) o przedłużenie terminu wykonania prac objętych Umową z 3 dni roboczych do 15 dni roboczych liczonego od chwili powzięcia przez Wykonawcę wiedzy o wystąpieniu okoliczności, o których mowa w § 14 ust. 2 i 4 Umowy;
 - (vii) zmiana zapisów Umowy w zakresie kar umownych związanych z nieterminową zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców tak, aby kary nie były rażąco wygórowane i zostały powiązane z wysokością wynagrodzenia podwykonawcy, które nie zostało zapłacone w terminie i ustalenie tej kary nie jako jednorazowej, ale powiązanej z wielkością opóźnienia w zapłacie
 - (viii) ograniczenie odpowiedzialności i ryzyka Wykonawcy związanego z niezgodnieniem i niezatwierdzeniem przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, skutkującym uprawnieniem Zamawiającego do odstąpienia od umowy w całości lub w części, tylko w sytuacji gdy dokumentacja posiadała wady istotne,;
 - (ix) wyeliminowania postanowień stanowiących nadmierną ingerencję w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą to jest umożliwienie dokonywania potrąceń na zasadach wynikających z kc oraz dających możliwość ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy również w formie gotówkowej;
 - (x) zobligowanie Zamawiającego do dokonania odbioru dokumentacji oraz odbioru końcowego w przypadku gdy występują jedynie wady nieistotne i wyeliminowanie tym samym odbiorów bezusterkowych (protokołów bez uwag);
 - (xi) jako konsekwencja wyeliminowania odbiorów bezusterkowych ustalenie, że podstawą wystawienia faktury przez Wykonawcę jest podpisany przez strony protokół odbioru (dotyczący dokumentacji, odbioru częściowego lub końcowego) bez wskazywania, aby był to protokół odbioru „bez uwag” lub „bez istotnych uwag”;
 - (xii) wyeliminowanie postanowień uprawniających Zamawiającego do zatrzymania całości zabezpieczenia w przypadku jakiegokolwiek nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę;
 - (xiii) wyeliminowana sprzecznych postanowień wyłączających uprawnienie Wykonawcy do zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia lub uniemożliwiających zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego lub na innej podstawie wskazanej w art. 436 ust. 4 b) PZP;
 - (xiv) przeformułowanie projektowanych postanowień Umowy w sposób, który nie będzie przerzucał na Wykonawcę odpowiedzialności za opis przedmiotu zamówienia w tym prawidłowość dokumentacji projektowej, jak również za warunki panujące na terenie budowy, oraz umożliwi Wykonawcy domaganie się zmian Umowie w przypadku wystąpienia błędów dokumentacji projektowej lub nieprzewidzianych warunków na terenie budowy, których nie mógł wykryć profesjonalny wykonawca robót

Strona 7 z 47

budowlanych przy zachowaniu należytej staranności zapoznając się z przedmiotem zamówienia i SWZ;

- (xv) dokonania zmiany Umowy, tj. § 14 ust. 8-9 poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy, tj. odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS oraz sposób liczenia, przy czym punktami krytycznymi, jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji są:
- a. § 14 ust. 8 pkt. 1) Umowy – zakładający, że próg startu waloryzacji wynosi minimum 25% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie,
 - b. § 14 ust. 8 pkt. 3) Umowy – nie określający faktycznego wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów służącego kalkulacji wynagrodzenia oraz nie określający sposobu określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia,
 - c. § 14 ust. 8 pkt. 6) Umowy ograniczający waloryzację do 5% względem ceny materiałów, robót budowlanych lub kosztu przyjętego w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.

Odwołujący mając na uwadze powyższe wskazuje na następujące proponowane brzmienie kwestionowanych postanowień:

Ad. II.(i)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 3 ust. 5 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

5. Wynagrodzenie określone w ust. 1 niniejszego paragrafu może ulec odpowiedniemu zmniejszeniu w przypadku zmniejszenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy. W takim przypadku z wynagrodzenia ryczałtowego wyłączone zostaną kwoty odpowiadające kosztom zmniejszonego zakresu rzeczowego i wynagrodzenie z tego tytułu ustalone zostanie na podstawie uzgodnionego przez Strony kosztorysu. Wartość zakresu zamówienia wyłączonego z przedmiotu umowy nie może przekroczyć 5% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto. **Zamawiający zobowiązuje się do uprzedniego zgłoszenia Wykonawcy ewentualnego ograniczenia robót nie później niż 30 dni przed planowanym według uzgodnionego harmonogramu terminem rozpoczęcia tej części robót, której dotyczy ograniczenie.**

Po uwzględnieniu zmiany treści § 14 ust. 2 pkt. 5 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

5) wystąpi konieczność zaniechania realizacji części umowy lub zmniejszenia zakresu umownego, z zastrzeżeniem, że ~~łącznie zmniejszenie zakresu umownego nie może przekroczyć 20% całości zakresu rzeczowego umowy~~ **wartość zakresu zamówienia wyłączonego z przedmiotu umowy nie może przekroczyć 5% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto.** W przypadku wystąpienia przedmiotowej sytuacji wynagrodzenie umowne zostanie odpowiednio

Strona 8 z 47

pomniejszone o wartość elementów, o które pomniejszono zakres przedmiotu umowy. Wartość robót zaniechanych zostanie obliczona na podstawie kosztorysu robót niewykonanych, o którym mowa w § 3 ust. 8 i 9 Umowy. **Zamawiający zobowiązuje się do uprzedniego zgłoszenia Wykonawcy ewentualnego ograniczenia robót nie później niż 30 dni przed planowanym według uzgodnionego harmonogramu terminem rozpoczęcia tej części robót, której dotyczy ograniczenie.**

Ad. II.(ii)

Po uwzględnieniu zmiany treści II.2.4) ust. 5 ogłoszenia o zamówieniu, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

5. Termin realizacji zamówienia:

- a) na wykonanie ~~kompletnej~~ **wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę dokumentacji projektowej (Projekt budowlany obejmujący Projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz Projekt architektoniczno-budowlany)** wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę – ~~5~~ **9** miesięcy od daty zawarcia umowy,
- b) roboty budowlano – instalacyjne wraz z wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie – ~~24~~ **25** miesięcy od daty zawarcia umowy.

Po uwzględnieniu zmiany treści II.2.7) ogłoszenia o zamówieniu, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

Okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów
Okres w miesiącach: ~~24~~ **25**

Po uwzględnieniu zmiany treści części VI (Termin realizacji zamówienia) SWZ, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

Część VI Termin realizacji zamówienia

- a) na wykonanie ~~kompletnej~~ **wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę dokumentacji projektowej (Projekt budowlany obejmujący Projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz Projekt architektoniczno-budowlany)** wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę – ~~5~~ **9** miesięcy od daty zawarcia umowy,
- b) roboty budowlano – instalacyjne wraz z wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie – ~~24~~ **25** miesięcy od daty zawarcia umowy.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 2 ust. 1 pkt. a) i b) Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

1. Terminy realizacji:

- a) wykonanie ~~kompletnej~~ **wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę dokumentacji projektowej (Projekt budowlany obejmujący Projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz Projekt architektoniczno-budowlany)** wraz ze złożeniem wniosku o wydanie pozwolenia na budowę – ~~5~~ **9** miesięcy od daty zawarcia umowy,

b) roboty budowlano-instalacyjne wraz z wyposażeniem i uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie – 24 **25** miesięcy od daty zawarcia umowy.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 10 ust. 1 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

1. Zapłata wynagrodzenia za kompletną dokumentację projektową **wymaganą do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę** (~~projekt budowlany składający się z projektu zagospodarowania terenu, projektu architektoniczno-budowlanego i projektów technicznych, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym~~ **Projekt budowlany obejmujący Projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz Projekt architektoniczno-budowlany**) nastąpi jednorazowo po protokólnym odbiorze dokumentacji bez uwag i uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na roboty budowlane lub upływie 30 dni od daty zgłoszenia robót, o ile właściwy organ nie wniesie sprzeciwu w tym terminie.

Ad. II.(iii)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 2 ust. 2 a) Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

2. Za termin wykonania przedmiotu umowy strony uznają:
a) w zakresie dokumentacji projektowej – termin opracowania i przekazania Zamawiającemu protokołem zdawczo-odbiorczym bez uwag, ~~kompletnej~~ **wymaganej do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę** dokumentacji (**Projekt budowlany obejmujący Projekt zagospodarowania działki lub terenu oraz Projekt architektoniczno-budowlany**) wraz ze ~~uzyskaniem ostatecznej~~ **złożeniem wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę,**

Ad. II.(iv)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 4 l. ust. 7 oraz ust. 8 Umowy, postanowienia te otrzymują następujące brzmienie:

7. Po przekazaniu przez Wykonawcę Zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej do odbioru i zatwierdzenia, Zamawiający dokona jej sprawdzenia w ciągu 44 **10** dni roboczych. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady **istotne** dokumentacji, to zostanie ona zwrócona Wykonawcy w celu uzupełnienia lub poprawy. Termin ~~44 dni roboczych~~ na ponowną akceptację dokumentacji projektowej, **który wynosi 7 dni roboczych**, biegnie od daty ponownego jej złożenia u Zamawiającego.

8. Wykonawca dokona ewentualnego poprawienia zwróconej dokumentacji projektowej w terminie 10 dni roboczych od daty przekazania protokołu z uwagami **co do wad dokumentacji, które stanowią wady istotne**. Protokół zdawczo – odbiorczy z uwagami nie stanowi podstawy do wystawienia faktury.

Ad. II.(v)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 13 ust. 5 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

Strona 10 z 47

5. W przypadku, gdy przedmiot zamówienia nie został wykonany w terminie określonym w § 2 umowy, a zabezpieczenie zostało wniesione w innej formie niż w pieniądzu, najpóźniej na 30 dni roboczych **kalendarzowych** przed upływem ważności zabezpieczenia Wykonawca zobowiązany jest przedłużyć obowiązującą gwarancję i/lub poręczenie lub przedłożyć nową gwarancję i/lub poręczenie lub wpłacić pełną kwotę zabezpieczenia na konto Zamawiającego na termin niezbędny do zakończenia prac.

Ad. II.(vi)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 14 ust. 6 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

6. Zamawiający nie ma obowiązku dokonać zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, jeżeli Wykonawca w terminie **3 15** dni roboczych od **powzięcia wiedzy o** wystąpieniu okoliczności, o których mowa w ust. 2 i 4, nie złoży Zamawiającemu pisemnego, uzasadnionego wniosku o przedłużenie terminu wykonania prac objętych umową.

Ad. II.(vii)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 12 ust. 1 e) Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

e) ~~w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości wynagrodzenia odpowiadającego kwocie nieopłaconego przez Wykonawcę wynagrodzenia, a w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, w wysokości~~ **0,05% niezapłaconego podwykonawcy wynagrodzenia 5 000,00 (pięć tysięcy złotych)**, za każdy dzień przekroczenia terminu liczonego od upływu terminu zapłaty,

Ad. II.(viii)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 4 I. ust. 11 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

11. Nieuzgodnienie i niezatwierdzenie przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, w trybie wskazanym wyżej **to jest w przypadku, gdy dokumentacja posiada wady istotne, które nie zostały usunięte przez Wykonawcę**, uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy. Wykonawcy nie przysługuje z tego tytułu roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, kary umowne lub odszkodowanie **(z wyłączeniem części, z której Zamawiający mógł lub uczynił użytek)**.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 15 ust. 1 pkt. 6) Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

6) W przypadku nie uzgodnienia i nie zatwierdzenia przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia **to jest w przypadku, gdy dokumentacja posiada wady istotne które nie zostały usunięte przez Wykonawcę;**

Ad. II.(ix)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 5 ust. 12 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

12. W umowie o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane należy określić wynagrodzenie w taki sposób, aby możliwa była weryfikacja czy i w jakim zakresie wynagrodzenie zostało uiszczone na rzecz podwykonawcy, ~~w tym określić, iż w przypadku dokonywania rozliczenia przez potrącenie, obie strony muszą potwierdzić istnienie wierzytelności podlegających potrąceniu i wyrazić zgodę na ich potrącenie.~~ Umowa o podwykonawstwo nie może zawierać postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy w zakresie kar umownych czy warunków wypłaty wynagrodzenia w sposób mniej korzystny niż prawa i obowiązki wykonawcy.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 5 ust. 15 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

15. Zamawiający ~~nie~~ wyraża zgody~~ę~~ na ustanawianie zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej, w szczególności w postaci: kaucji, ~~zatrzymania wynagrodzenia~~, potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 10 ust. 6 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

6. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 44 **21** dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

Ad. II.(x) i (xi)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 2 ust. 2 a) i b) Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

2. Za termin wykonania przedmiotu umowy strony uznają:

- a) w zakresie dokumentacji projektowej – termin opracowania i przekazania Zamawiającemu protokołem zdawczo-odbiorczym ~~bez uwag~~ **bez wad istotnych**, kompletnej dokumentacji wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę,
- b) w zakresie nadzoru autorskiego – termin podpisania protokołu odbioru końcowego robót ~~bez uwag~~ i uzyskania ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie,

Po uwzględnieniu zmiany treści § 9 ust. 9 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

9. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niezakończenia robót lub ~~jego wadliwego wykonania~~ **posiada wady istotne**, Zamawiający odmówi odbioru z winy Wykonawcy.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 10 pkt. 2b) Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

b) jeżeli wady **są istotne** i uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu po raz drugi, zachowując prawo do naliczania Wykonawcy zastrzeżonych kar umownych i odszkodowań na zasadach określonych w § 12 niniejszej umowy. W przypadku nie wykonania w ustalonym terminie przedmiotu umowy po raz drugi, Zamawiający odstąpi od umowy z winy Wykonawcy.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 10 ust. 1 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

1. Zapłata wynagrodzenia za kompletną dokumentację projektową (projekt budowlany składający się z projektu zagospodarowania terenu, projektu architektoniczno-budowlanego i projektów technicznych, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym) nastąpi jednorazowo po protokolarnym odbiorze dokumentacji ~~bez uwag~~ i uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na roboty budowlane lub upływie 30 dni od daty zgłoszenia robót, o ile właściwy organ nie wniesie sprzeciwu w tym terminie.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 10 ust. 3 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

3. Zapłata za pełnienie nadzoru autorskiego nastąpi raz na trzy miesiące (odpowiednio, jak za roboty budowlane) na podstawie protokołów częściowych odbioru robót oraz protokołu końcowego odbioru robót ~~bez istotnych uwag~~, wprost proporcjonalnie do wartości wykonanych i odebranych robót.

Ad. II.(xii)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 13 ust. 4 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

4. W przypadku nienależytego wykonania zamówienia zabezpieczenie będzie **służyło Zamawiającemu do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy** ~~staje się własnością Zamawiającego~~ i będzie wykorzystane do zgodnego z umową wykonania przedmiotu zamówienia i pokrycia roszczeń z tytułu rękojmi za wady i gwarancji przedmiotu zamówienia.

Ad. II.(xiii)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 3 ust. 2 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

Strona 13 z 47

2. Kwota określona w ust. 1 odpowiada zakresowi przedmiotu umowy przedstawionych w programie funkcjonalno-użytkowym i jest tzw. wynagrodzeniem ryczałtowym. Zawiera ona ponadto m.in. następujące koszty: koszty sporządzenia dokumentacji projektowej i związanych z nią uzgodnień, zezwoleń, zgód itp., koszty wszelkich robót przygotowawczych, demontażowych, wyburzeniowych, odtworzeniowych, porządkowych, robót związanych z utrudnieniami wynikającymi z realizacji prac w czynnym obiekcie, zagospodarowania miejsca robót, dostawy, montażu, transportu, wdrożeniem instrukcji stanowiskowej, itp. ~~Wykonawcy nie przysługuje żadna dodatkowa zapłata z tytułu wzrostu cen, zmiany lub wprowadzenia nowych podatków, ani z żadnego innego tytułu. Wykonawca niniejszym zrzeka się w sposób wyraźny wszelkich praw, w tym do wnoszenia roszczeń związanych lub wynikających ze wzrostu cen materiałów, dóbr, energii, paliw, kosztów robocizny lub innych kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu umowy.~~

Ad. II.(xiv)

Po uwzględnieniu zmiany treści § 3 ust. 3 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

3. Wynagrodzenie uwzględnia również ryzyko i odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu oceny dokumentacji stanowiącej podstawę złożenia przez Wykonawcę oferty **w zakresie, w jakim ewentualne błędy lub zastrzeżenia do dokumentacji projektowej mogły być wykryte przez profesjonalnego wykonawcę robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności.** Brak rozpoznania i doprecyzowania rozwiązań lub innych kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia, **chyba że niedokładności, braki, błędy lub inne wady dokumentacji projektowej nie mogły być wykryte przez profesjonalnego wykonawcę robót budowlanych przy dochowaniu należytej staranności – wtedy ryzyko to w całości obciąża Zamawiającego.**

Po uwzględnieniu zmiany treści § 3 ust. 4 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

4. Wynagrodzenie obejmuje również wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, w tym: prac projektowych wraz z nadzorem autorskim, robót budowlanych i wyposażenia, włącznie z wszelkimi miejscami na styku poszczególnych robót branżowych, zostało skalkulowane na bazie ~~gruntownej i pełnej~~ wiedzy o terenie budowy, **którą profesjonalny wykonawca mógł uzyskać na podstawie informacji zawartych w SZW oraz w trakcie wizji lokalnej,** wymogach w zakresie wyposażenia, uwzględnia okoliczności, iż prace będą prowadzone w obiekcie czynnym oraz pokrywa wszelkie ryzyka wynikające z sezonowych warunków pogodowych i ograniczeń związanych z funkcjonowaniem innych podmiotów prowadzących działalność w sąsiedztwie terenu budowy.

Po uwzględnieniu zmiany treści § 4 II. ust. 6 Umowy, postanowienie to otrzymuje następujące brzmienie:

6. Wykonawca zobowiązuje się w ramach przyjętej ceny ryczałtowej wykonać roboty niezbędne, których nie przewidziano w dokumentacji przedmiotu zamówienia, a których wykonanie stanie się konieczne dla dalszego kontynuowania zaplanowanych robót i które wykonawca mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności jako profesjonalny wykonawca robót budowlanych. Robót tych nie wolno rozpoczynać bez zgody Zamawiającego i autora projektu sprawującego nadzór autorski.

Ad. II.(xv)

Wskazane powyżej w pkt II.(xv) punkty krytyczne wymagają dalszych zmian klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 18 ust. 8-9 Umowy w celu nadania prawidłowości proponowanej klauzuli przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa> pojawiły się przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów tego typu stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych. Mając na uwadze, że Zamawiający jest decydem Postępowania, a zgodnie z art. 554 ust 6 PZP Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści, Wykonawca wskazuje jedynie propozycję przełożenia wzorcowych klauzul na realia obecnego Postępowania i nadanie brzmienia § 18 ust. 8-9 Umowy w następujący sposób:

8. Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami:

- 1) Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja OGÓŁEM publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziejowej Bazie Wiedzy pod linkiem: http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych poczynając od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS..
- 2) Wskaźnik waloryzacji $W_{w(n)}$ przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy poczynając od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty) wg poniższego wzoru:

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times \left(\frac{W_0}{100} \times \frac{W_1}{100} \times \frac{W_2}{100} \times \frac{W_3}{100} \times \dots \times \frac{W_{n-1}}{100} \times \frac{W_n}{100} \right)$$

gdzie:

Strona 15 z 47

- „ $W_{w(n)}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n -tego miesiąca;
 „ a ” – stały współczynnik o wartości 0,05 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).
 „ W_0 ” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100
 „ W_1 ” – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)
 „ W_2 ”, „ W_3 ”, ... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)
 „ W_{n-1} ” – wskaźnik „ $n-1$ ” z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)
 „ W_n ” – wskaźnik „ n ” z miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W praktyce wskaźnik „ $W_{w(n)}$ ” powstaje poprzez przemnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca $n-1$ przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego n

$$W_{w(n)} = a + (1 - a) \times (W_{w(n-1)} \times \frac{W_n}{100})$$

gdzie:

- „ $W_{w(n)}$ ” – wskaźnik waloryzacji dla n -tego miesiąca;
 „ $W_{w(n-1)}$ ” – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury
 „ W_n ” – wskaźnik „ n ” z miesiąca za który nastąpiło wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

Ilorazy wskaźników cen (np. $\frac{W_{CPI(1)}}{100}$) należy obliczać z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji $W_{w(n)}$ należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku.

- 3) Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 7 miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 20% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji

właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.

- 4) *W sytuacji gdy rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym.*

9. *Jeżeli wynagrodzenie Wykonawcy zostanie zwaloryzowane zgodnie z art. 439 ust. 1-3 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy i odpowiednio Podwykonawca dalszemu Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz okres obowiązywania umowy wraz z aneksami przekracza 6 miesięcy. Waloryzacja będzie się odbywać na analogicznych zasadach jak waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy z zastrzeżeniem, że wskaźniki waloryzacji wynagrodzenia będą kalkulowane w odniesieniu do dnia zawarcia umowy pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą, lub Podwykonawcą, a dalszym Podwykonawcą.*

III. Interes prawny.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. Zapisy zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ, a w szczególności we wzorze Umowy będącym załącznikiem nr 8 do SWZ, są niezgodne z PZP i KC.

Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje, tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów PZP. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą PZP oraz KC, w szczególności Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji. W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI PZP przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji

Strona 17 z 47

podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz." – vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes Wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17). Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP i KC, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert. Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru Umowy narusza zasady PZP oraz KC, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia, a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

IV. Termin.

W dniu 13 października 2023 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wyższa od progów unijnych.

W dniu 13 października 2023 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej dokumenty w postaci SWZ oraz załączników, w tym wzoru Umowy.

Odwołujący składając odwołanie w dniu 23 października 2023 r. czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

UZASADNIENIE

Zarzut I.

W art. 433 PZP określone zostały przez ustawodawcę tzw. klauzule abuzywne. Zgodnie z pkt. 4 niniejszego artykułu, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać możliwości graniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Powyższe oznacza, że przedmiot umowy powinien być określony w taki sposób, by wykonawca mógł ustalić minimalny, pewny zakres lub wielkość przyszłego swojego świadczenia oraz wysokość odpowiadającego mu świadczenia zamawiającego. Wymiar omawianego zakazu jest dwojaki. Po pierwsze, chroni on wykonawcę przed stratami ponoszonymi w związku z koniecznym zabezpieczeniem świadczenia w maksymalnym zakresie, w sytuacji gdy rzeczywisty zakres realizacji umowy jest znacznie mniejszy czy wręcz znikomy. Po drugie, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP przedmiot zamówienia, a co za tym idzie – przedmiot umowy, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okolicznością wpływającą na sporządzenie oferty jest określenie w dokumentach zamówienia, tzw. zakresu gwarantowanego zamówienia. W swoim zamierzeniu art. 433 pkt. 4 PZP ma na celu ochronę wykonawcy przed jednostronnym działaniem Zamawiającego, który mógłby ukształtować postanowienia umowy w sposób, który pozostawiałby Wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.

Biorąc pod uwagę treść przepisu – *a contrario*, Zamawiający jest uprawniony do ograniczenia zakresu zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanym z tym gwarantowanym poziomem wynagrodzenia umownego. Tymczasem Zamawiający odmiennie określił we wzorze Umowy minimalną wielkość lub wartość zobowiązania, które zostaną zlecone Wykonawcy, gdyż w § 3 ust. 5 Umowy Zamawiający sprecyzował, iż *wartość zakresu zamówienia wyłączonego z przedmiotu umowy nie może przekroczyć 5% całkowitego wynagrodzenia umownego brutto*, natomiast w § 14 ust. 2 pkt. 5 Umowy wskazał, w sposób niespójny i sprzeczny z poprzednim postanowieniem § 3 ust. 5 Umowy, iż *łączne zmniejszenie zakresu umownego nie może przekroczyć 20% całości zakresu rzeczowego umowy*.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający naruszył art. 433 pkt. 4 PZP, gdyż ukształtował postanowienia Umowy w taki sposób, iż Wykonawca nie ma pewności co do zagwarantowanego poziomu świadczenia – czy zakres możliwego zmniejszenia zakresu umownego wynosi 5%, czy 20%, przy czym obydwie te wartości według Zamawiającego mogą być liczone odmiennie (pierwsza liczona od wartości wynagrodzenia brutto, natomiast druga od wartości zakresu rzeczowego Umowy). Sformułowanie Umowy w ten sposób, to jest sprzeczny ze sobą i niespójny, prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy, w sytuacji braku jednoznacznych danych na temat minimalnego, zagwarantowanego zakresu przedmiotu Umowy, dokonają odmiennej oceny co do prawdopodobnych potrzeb Zamawiającego. Tym samym wskazane postanowienia umowne stanowią klauzulę abuzywną, o której mowa w art. 433 pkt 4.

Strona 19 z 47

PZP. W celu doprowadzenia zapisów umownych do zgodności z art. 433 pkt. 4 PZP, Zamawiający powinien zmodyfikować zapisy Umowy i wskazać spójną, nie stojącą ze sobą w sprzeczności, minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron.

Zarzut II.

Zamawiający w części VI (Termin realizacji zamówienia) SWZ oraz odpowiednio w treści § 2 ust. 1 lit. a) i b) Umowy przewidział terminy wykonania zamówienia. Pierwszy termin wynoszący 5 miesięcy od daty zawarcia umowy obejmuje wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz złożenie wniosku o wydanie pozwolenia na budowę. Z uwagi jednak na § 2 ust. 2 lit. a) Umowy za termin wykonania obowiązku wskazanego § 2 ust. 1 lit. a) uznaje się opracowanie kompletnej dokumentacji wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę:

2. Za termin wykonania przedmiotu umowy strony uznają:

*a) w zakresie dokumentacji projektowej – termin opracowania i przekazania Zamawiającemu protokołem zdawczo-odbiorczym bez uwag, kompletnej dokumentacji **wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę**.*

Powyższe oznacza, że w terminie 5 miesięcy od dnia zawarcia Umowy Wykonawca ma za zadanie:

- 1) Opracować kompletną dokumentację projektową
- 2) Uzyskać odbiór dokumentacji projektowej przez Zamawiającego zgodnie z § 4 ust. 2 cz. I pkt. 7 Umowy
- 3) Złożyć wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę
- 4) Uzyskać decyzję o udzieleniu pozwolenia na budowę
- 5) Uzyskać przymiot ostateczności w/w decyzji o pozwoleniu na budowę

Jednocześnie dodatkowe wymogi co do składu dokumentacji projektowej znajdują się w Załączniku nr 2 do SWZ - Opisie Przedmiotu Zamówienia, w szczególności w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej „PFU”). Zgodnie z pkt 1.2 PFU Wykonawca ma przeprowadzić badania gruntowo-wodne i uzyskać mapę do celów projektowych:

„Zamawiający nie posiada badań gruntowych terenu, na którym planowana jest inwestycja oraz mapy do celów projektowych. Wykonawca w ramach wynagrodzenia wykona badania gruntowo – wodne i uzyska mapę do celów projektowych.”

Odwolujący wskazuje, że zarówno uzyskanie mapy do celów projektowych jak i przeprowadzenie badań gruntowo-wodnych stanowi podstawę do rozpoczęcia projektowania. Oznacza to, że bez uzyskania w/w dokumentów faktyczne rozpoczęcie prac projektowych nie może się odbyć.

Dodatkowo zgodnie z pkt. 1.2 PFU przyszły teren budowy jest użytkowany jako teren zielony z drzewami:

„Teren przeznaczony pod inwestycję nie jest objęty czynnym pozwoleniem na budowę, jest użytkowany jako tereny zielone z drzewami, krzewami z częścią utwardzoną (kostka betonowa) oraz ogrodzeniem. Zamawiający jest właścicielem terenu przeznaczonego na inwestycję.”

Powyższe oznacza konieczność uzyskania decyzji zezwalającej na wycinkę drzew, co potwierdza także pkt. 2.1 PFU:

„W przypadku wystąpienia kolizji inwestycji z istniejącymi drzewami, wykonawca w imieniu zamawiającego uzyska decyzję na wycinkę drzew i poniesie koszty usunięcia drzew i ewentualnych nasadzeń drzew. Zamawiający poniesie ewentualne opłaty administracyjne.”

Wykonawca zgodnie z pkt. 1.2 PFU jest także zobowiązany do uzgodnienia przebudowy poszczególnych sieci podziemnych kolidujących z inwestycją z ich Użytkownikami a powyższe uzgodnienie jest wymagane do prawidłowego opracowania dokumentacji projektowej:

„W terenie, na którym planowana jest inwestycja znajdują się sieci podziemne wykorzystywane do obsługi budynków sąsiadujących z inwestycją. W przypadku konieczności przełożenia sieci podziemnych, Wykonawca każdorazowo uzgodni z Użytkownikiem tych sieci wszelkie wyłączenia i włączenia, ich termin i sposób wykonania i przełoży je w ramach zamówienia. ”

Dodatkowo zgodnie z pkt. 1.0 PFU projektowany budynek przylegał będzie bezpośrednio do sąsiedniego istniejącego budynku – rozprężalni tlenu:

„Projektowany budynek będzie przylegał bezpośrednio do istniejącego parterowego niepodpiwniczonego budynku technicznego – rozprężalni tlenu. Fundamenty projektowanego budynku będą oddylatowane i posadowione na poziomie fundamentów budynku technicznego, co zapewnia brak wpływu na istniejącą konstrukcję.”

Natomiast zgodnie z § 206 Rozporządzenia w nawiązaniu do § 204 ust. 5 budowa nowego obiektu w bezpośrednim sąsiedztwie obiektu budowlanego powinna być poprzedzona ekspertyzą techniczną stanu obiektu istniejącego:

§ 204 ust. 5 Wzniesienie budynku w bezpośrednim sąsiedztwie obiektu budowlanego nie może powodować zagrożeń dla bezpieczeństwa użytkowników tego obiektu lub obniżenia jego przydatności do użytkowania.

§ 206. W przypadku, o którym mowa w § 204 ust. 5, budowa powinna być poprzedzona ekspertyzą techniczną stanu obiektu istniejącego, stwierdzającego jego stan bezpieczeństwa i przydatności do użytkowania, uwzględniającą oddziaływania wywołane wzniesieniem nowego budynku.

Powyższe obowiązki Wykonawcy nie wyczerpują katalogu wszystkich wymaganych czynności umożliwiających rozpoczęcie opracowania dokumentacji projektowej. Szacowany możliwy termin spełnienia obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a) Umowy stanowi sumę następujących działań:

- 1) Kompleksowa inwentaryzacja budynku sąsiedniego wraz z ekspertyzą jego stanu technicznego – 6 tygodni
- 2) Inwentaryzacja wszystkich obiektów i wykonanie mapy do celów projektowych – 4 tygodnie
- 3) Inwentaryzacja zieleni wraz z wystąpieniem o wydanie decyzji na wycinkę – 3 tygodnie
- 4) Przeprowadzenie badań podłoża gruntowego – 4 tygodnie
- 5) Uzyskanie warunków przyłączy do sieci wodnej i kanalizacyjnej – 6 tygodni

Powyższe działania można realizować jednocześnie, co skutkuje łącznym czasem opracowania podstaw do sporządzenia dokumentacji projektowej wynoszącym 6 tygodni. Następane czynności to:

- 6) Opracowanie projektu budowlanego (projektu zagospodarowania działki lub terenu, projektu architektoniczno-budowlanego, projektu technicznego) – 20 tygodni
- 7) Opracowanie dokumentacji projektowej w części projektu wykonawczego wraz ze wszystkimi uzgodnieniami – 12 tygodni
- 8) Uzyskanie odbioru dokumentacji projektowej przez Zamawiającego, z uwzględnieniem konieczności jednokrotnego naniesienia uwag – 6 tygodni
- 9) Uzyskanie prawomocnej i ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę – 8 tygodni

Z powyższego zestawienia wynika, że łączny czas potrzebny na spełnienie obowiązków, o których mowa w § 2 ust. 1 lit. a) wynosi ok. 52 tygodni, co równa się 12 miesiącom. Odwołujący przedstawił jednak propozycję przyjęcia terminu wynoszącego 9 miesięcy, pod warunkiem ograniczenia zakresu opracowań wykonywanych w ramach terminu określonego w § 2 ust. 1 lit. a) do dokumentacji projektowej wymaganej w celu uzyskania pozwolenia na budowę. Pozostała dokumentacja projektowa obejmująca projekt techniczny oraz projekt wykonawczy wraz ze wszystkimi uzgodnieniami powstawałyby wówczas równolegle do procesu uzyskiwania pozwolenia na budowę. Jej wykonanie mieściłoby się w terminie określonym w § 2 ust. 1 lit. b), gdyż ta dokumentacja wymagana jest do prowadzenia robót budowlanych.

Konsekwencją do powyższych rozważań dotyczących czasu potrzebnego do wykonania dokumentacji projektowej wymaganej do uzyskania pozwolenia na budowę i wniosku Wykonawcy o wydłużenie terminu na jej wykonanie z 5 do 9 miesięcy, jest analogiczny wniosek o wydłużenie terminu określonego w § 2 ust. 1 pkt. a) i b), Umowy rozumianego jako wykonanie robót budowlanych wraz z wyposażeniem wraz z podpisaniem protokołu odbioru końcowego robót wraz z wyposażeniem i uzyskania ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, z 21 miesięcy do 25 miesięcy.

Podsumowując, terminy ustalone przez Zamawiającego są obiektywnie nierealne i niemożliwe do dotrzymania z punktu widzenia krótkiego czasookresu niezbędnego do wykonania wymaganego zakresu prac. Wykonawca mając na uwadze ustalenie terminu liczonego od dnia

podpisania Umowy, musi mieć na uwadze nie tylko czas technologicznie wymagany na realizację zamówienia, ale także na formalne i proceduralne jego zamknięcie i rozliczenie.

Zamawiający nie może w sposób niczym nieograniczony narzucać reżimu realizacji zamówienia według własnego uznania, zwłaszcza mając świadomość, że wyznaczony przez niego termin będzie niemożliwy lub znacząco utrudniony dla wykonawców i spowoduje po ich stronie negatywne konsekwencje, np. naliczenie kar umownych. 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. 353¹ 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. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.”* (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia – dla wykonania dokumentacji projektowej – 5 miesięcy, oraz wykonania robót budowlanych – 21 miesięcy, jest obiektywnie nierealny i niemożliwy do utrzymania. Założony przez Odwołującego, poparty jego wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie, termin na wykonanie poszczególnych części umowy, uzasadnia przyjęcie terminu minimum 9 miesięcy dla wykonania dokumentacji projektowej potrzebnej do uzyskania wniosku o pozwolenie na budowę, oraz – w konsekwencji – 25 miesięcy na wykonanie całości robót oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Zarzut III.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 PZP, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa PZP nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ KC, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 KC. Jest to zasada potwierdzona również przez liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie m.in. z treścią wyroku KIO z dnia 4 października 2010 r., sygn. akt: KIO/2036/10: *„Tym samym niedopuszczalne jest ustanowienie*

Strona 23 z 47

wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi KC, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ KC."

Treść postanowień umownych jest również istotna ze względu na interes Wykonawcy związany z uzyskaniem i prawidłową realizacją zamówienia. Dlatego w orzecznictwie przyznaje się Wykonawcy prawo do wnoszenia odwołania również na niezgodne z przepisami prawa postanowienia umowy. Potwierdziła to Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w swoim wyroku z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO/459/11: „Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy."

Natomiast Zamawiający w załączonych jako Załącznik nr 8 do SWZ projektowanych postanowieniach umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają przepis art. 353¹ KC w związku z art. 16 PZP w zw. art. 8 ust. 1 PZP:

Ad. a)

Zgodnie z treścią § 4 I. ust. 7 Umowy, po przekazaniu przez Wykonawcę Zamawiającemu kompletnej dokumentacji projektowej do odbioru i zatwierdzenia, Zamawiającemu przysługuje aż 14-dniowy (liczony w dniach roboczych) termin na jej sprawdzenie. Następnie, jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone jakiejkolwiek wady dokumentacji, przy czym Zamawiający nie wyróżnia tutaj wad istotnych lub nieistotnych dokumentacji, to zostanie ona zwrócona Wykonawcy w celu uzupełnienia lub poprawy, przy czym Zamawiającemu przysługuje kolejny, 14-dniowy termin (liczony w dniach roboczych) na ponowną akceptację dokumentacji projektowej, które biegnie od daty ponownego jej złożenia u Zamawiającego. W Umowie nie ma ograniczenia co do ilości razy, kiedy ta procedura akceptacji może być powtarzana przez Zamawiającego.

Należy wskazać, iż cała procedura akceptacji i weryfikacji dokumentacji przez Zamawiającego, opisana w § 4 I. ust. 7 Umowy, jest rażąco i nieproporcjonalnie długa i tym samym obciążająca dla Wykonawcy biorąc pod uwagę jedynie 5-miesięczny termin na przedłożenie tej dokumentacji przez Wykonawcę do Zamawiającego. Należy wskazać, iż jedynie dwukrotne przedłożenie Zamawiającemu dokumentacji do weryfikacji zgodnie z tym trybem, zajmie aż 6 tygodni, nie wliczając w to czasu, jaki będzie przysługiwał Wykonawcy na dokonanie niezbędnych poprawek i uzupełnień. Co więcej, Wykonawcy nie przysługuje żadna procedura reklamacyjna wobec Zamawiającego, która uprawniałaby Wykonawcę do złożenia sprzeciwu co do zastrzeżeń

Zamawiającego do dokumentacji, które dotyczą wad nieistotnych lub drobnych uzupełnień. Konsekwentnie, Zamawiający narzuca Wykonawcy obowiązek zaakceptowania wszelkich uwag Zamawiającego, nie umożliwiając Wykonawcy przedstawienia swojego stanowiska w zakresie zgłoszonych uwag. Dodatkowo, Zamawiający nie przewidział w Umowie definicji „wad” dokumentacji, co powoduje nieograniczone możliwości zgłaszania uwag, bez uprawnienia Wykonawcy do odniesienia się do ich zasadności.

Tym samym zasadny jest postulat Wykonawcy, aby ewentualne dokonywanie powtórnej weryfikacji dokumentacji przez Zamawiającego, nie tylko skrócić do połowy proponowanego terminu, tj. do 7 dni roboczych, ale również ograniczyć tylko do wad istotnych dokumentacji (zgodnie z proponowaną zmianą Wykonawcy co do treści § 4 l. ust 7 oraz ust. 8 Umowy). W połączeniu ze skróceniem pierwotnego terminu na weryfikację dokumentacji przez Zamawiającego z 14 dni roboczych do 10 dni roboczych, Zamawiający wciąż dysponowałby gwarantowaną, odpowiednią ilością czasu na weryfikację dokumentacji, a Wykonawca miałby obiektywnie odpowiednią ilość czasu na wykonanie i poprawienie dokumentacji projektowej, we wskazanym przez Zamawiającego terminie wynikającym z § 2 Umowy.

Ad. b)

Zgodnie z treścią § 13 ust. 5 Umowy, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedłużenia obowiązującej gwarancji i/lub poręczenia lub przedłożenia nowej gwarancji i/lub poręczenia lub wpłacenia pełnej kwoty zabezpieczenia na konto Zamawiającego na termin niezbędny do zakończenia prac w przypadku, gdy przedmiot zamówienia nie został wykonany w terminie określonym w § 2 umowy, a zabezpieczenie zostało wniesione w innej formie niż w pieniądzu, na zbyt wczesnym etapie realizacji zamówienia, tj. w terminie najpóźniej na aż 30 dni roboczych przed upływem ważności zabezpieczenia. Oznacza to, że Wykonawca jest zobowiązany do przedłużenia nowej gwarancji i/lub poręczenia na minimum 6 tygodni przed upływem terminu określonego w § 2 umowy. Należy przy tym wskazać, iż jest to termin na tyle wczesny, iż Wykonawca na tym etapie nie będzie miał możliwości (z dużym prawdopodobieństwem) ustalić, czy termin końcowy wykonania Umowy zostanie dotrzymany. Jest to niewspółmierne i nieproporcjonalne obciążenie Wykonawcy poprzez zmuszanie go do obciążenia się dodatkowymi kosztami wynikającymi z pokrycia kosztów uzyskania nowej gwarancji i/lub poręczenia w sytuacji, gdy z dużym prawdopodobieństwem może się okazać, iż ich uzyskanie nie było potrzebne na tak wczesnym etapie realizacji, i potrzeba ich uzyskania odpadła. Tym samym zasadny jest postulat Wykonawcy, aby skrócić ten termin do 30 dni kalendarzowych (około 4 tygodni) przed upływem ważności zabezpieczenia, który to termin również w pełni zabezpiecza Zamawiającego przed sytuacją, w której Wykonawca nie przedłuży odpowiedniego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy.

Ad. c)

W projektowanym postanowieniu § 14 ust. 6 Umowy Zamawiający wskazał, iż nie ma obowiązku dokonać zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy, jeżeli Wykonawca w terminie 3 dni roboczych od wystąpienia okoliczności, o których mowa w § 14 ust. 2 i 4 Umowy, nie złoży Zamawiającemu pisemnego, uzasadnionego wniosku o przedłużenie terminu wykonania prac

objętych umową. W § 14 ust. 2 zostały wskazane m.in. takie okoliczności uzasadniające zmianę terminu Umowy, jak: wystąpienie konieczności wykonania dodatkowych/zamiennych i niemożliwych do przewidzenia prac, których zrealizowanie jest niezbędne, wskutek niemożliwych do przewidzenia okoliczności, w tym z uwagi na zmianę obowiązujących przepisów, a których przeprowadzenie wiąże się z potrzebą zmiany terminu; siła wyższa; wystąpienie innych szczególnych okoliczności, za które Wykonawca nie jest odpowiedzialny; istnienie konieczności przesunięcia terminu wykonania poszczególnych etapów bądź terminu wykonania Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego; aktualizacja rozwiązań techniczno-eksploatacyjnych, jakościowych i funkcjonalnych (z uwagi na postęp technologiczny) urządzenia, itp. Zamawiający wskazuje przy tym, iż w przypadku wystąpienia jakichkolwiek okoliczności uzasadniających przedłużenie terminu realizacji Umowy, o których mowa w § 14 ust. 2 Umowy, Wykonawca winien jest poinformować o nich Zamawiającego pisemnie i natychmiast odnotować to w dzienniku budowy z zastrzeżeniem, iż ma on tylko 3 dni robocze liczone od chwili wystąpienia takich okoliczności na złożenie Zamawiającemu pisemnego, uzasadnionego wniosku o przedłużenie terminu wykonania prac objętych umową.

Wskazany termin oraz określone umową konsekwencje niedochowania tego terminu sprawiają, iż termin ten pełni funkcję zawitego. W praktyce w umowie strony zastrzegają terminy zawite, w tym terminy notyfikacyjne i terminy aktów staranności, których skutek polega na tym, że ich niedochowanie będzie prowadziło do utraty jakiegoś uprawnienia strony tej umowy. Uznaje się, że dopuszczalne jest zastrzeganie w umowie terminów zawitych sensu stricto, których niezachowanie powoduje utratę określonych umownych uprawnień (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2017 r. w sprawie sygn. akt V CSK 449/16).

Warto jednak podkreślić, że w ocenie Sądu Najwyższego skuteczność tej klauzuli może być przedmiotem oceny w świetle art. 353¹ KC w związku z art. 56 KC. Zatem w każdej sprawie należy zbadać, czy zastrzeżenie tej klauzuli nie jest sprzeczne z celem i właściwością takiego zastrzeżenia oraz z zasadami współżycia społecznego. Przede wszystkim należy wskazać, iż choć zamawiający powinien być uprawniony do implementacji klauzul umownych mających na celu zdyscyplinowanie stron co do terminowego zgłaszania roszczeń, to klauzule te nie powinny zawierać zbyt skomplikowanych procedur ani zbyt krótkich terminów, które nadmiernie utrudniałyby wykonawcom wywiązanie się z obowiązku powiadamiania o okolicznościach ich roszczeń. W przeciwnym wypadku takie klauzule mogą zostać uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i w konsekwencji nieważne.

W konsekwencji Odwołujący wskazuje, iż określony w Umowie termin zawity 3 dni roboczych na zgłoszenie przez Wykonawcę roszczenia o wydłużenie terminu jest terminem rażąco krótkim (tym bardziej, że Zamawiający wymaga nie tylko przedłożenia wniosku o przedłużenie terminu, ale również uzasadnienia), dlatego uzasadniony jest postulat Wykonawcy, aby odpowiednio go wydłużyć – do terminu 15 dni roboczych i liczonych nie od samego wystąpienia okoliczności uzasadniającej zmianę terminu, lecz od powzięcia wiedzy Wykonawcy o tej okoliczności. Wykonawca przy tym wskazuje, że nawet uznane na rynku budowlanym wzorce umowne FIDIC, opracowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów, wskazują na termin 28 dniowy na złożenie roszczenia.

Zarzut IV.

Art. 437 ust. 1 pkt. 7 a) PZP nakłada na Zamawiającego obowiązek aby umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawierała również postanowienia dotyczące wysokości kar umownych z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Należy wskazać, iż wprowadzenie obowiązku zastrzeżenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego kary umownej na wypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom nie oznacza, iż wysokość tej kary umownej może być dowolnie określona przez zamawiającego (tak m.in. w uchwale KIO z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. KIO/KU 31/15). Tym samym swoboda kształtowania postanowień umownych przez zamawiającego nie może oznaczać dowolności i nieproporcjonalności, w tym ich wysokości. Jak podkreślono również w Raporcie dotyczącym stosowania kar umownych w zamówieniach publicznych z marca 2018 r., dostępnym na stronie UZP: „Zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.”

Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, który będzie realizował umowę w sprawie zamówienia publicznego, jednakże jej nadużywanie (tak jak w przypadku przedmiotowego projektu umowy), narusza zasady współżycia społecznego i wprowadza nadmierną nierówność stron umowy. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP oraz Ministra Inwestycji i Rozwoju, system zamówień publicznych nie powinien wprowadzać rażącej nierówności stron umowy i prowadzić do nadużycia pozycji zamawiającego, poprzez m.in. wprowadzanie nadmiernie wygórowanych kar umownych nakładanych na wykonawcę.

Natomiast wskazana przez Zamawiającego wysokość kar umownych w § 12 ust. 1 e) Umowy jest rażąco wysoka, gdyż zakłada:

- (i) nałożenie kary umownej w wysokości wynagrodzenia odpowiadającego kwocie niepłaconego przez Wykonawcę wynagrodzenia w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, oraz
- (ii) nałożenie kary umownej w wysokości 5.000,00 (pięć tysięcy złotych) za każdy dzień przekroczenia terminu liczonego od upływu terminu zapłaty w przypadku nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom.

Po pierwsze należy wskazać, iż uprawnienie Zamawiającego do nałożenia kar umownych, wynikające z ww. postanowienia Umowy nie wskazuje, kiedy Zamawiający może stwierdzić, iż doszło do nieterminowej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, a kiedy naruszenie to stanowi już brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Powyższe niedoprecyzowanie stanowi okoliczność, która może skutkować dowolnością w nakładaniu kar umownych przez Zamawiającego z tego tytułu, nie wykluczając kumulowania kar umownych za

to samo naruszenie, tj. powodujące nałożenie kary umownej zarówno za brak zapłaty na rzecz podwykonawcy, jak i za zapłatę nieterminową. Tym samym postanowienie to wydaje się niewspółmiernie rażące i nieproporcjonalne w kontekście celu, jaki Zamawiający zamierza uzyskać, a którym jest terminowa zapłata wynagrodzenia na rzecz podwykonawców.

Po drugie należy również wskazać, iż niezależnie od negatywnych konsekwencji związanych z opóźnieniem w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy, Wykonawca zostaje również zobowiązany do zapłaty nadmiernie wysokich kar umownych na rzecz Zamawiającego. Tym bardziej niezasadna i niewspółmiernie wysoka wydaje się być kara umowna w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, a wynosząca kwotę niezapłaconego przez Wykonawcę wynagrodzenia. Zamawiający wydaje się tutaj zupełnie nadużywać przysługujących mu instrumentów, gdyż oprócz nałożenia na Wykonawcę kary umownej (w przypadku, gdy Zamawiający nie ponosi żadnej szkody), ma on i tak w dyspozycji możliwość wstrzymania zapłaty należnego na rzecz Wykonawcy wynagrodzenia na podstawie art. 447 ust. 2 PZP. Również wysokość kary umownej za nieterminową zapłatę na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców, w wysokości 5.000,00 złotych za każdy dzień opóźnienia wydaje się niewspółmiernie wysoka, a w przypadku kilku dni opóźnienia może już wynosić całość wynagrodzenia przysługującego danemu podwykonawcy. Tym samym postulat Wykonawcy co do zmodyfikowania tej kary umownej i zamiany jej na jedną karę umowną, należną Zamawiającemu w sytuacji nieterminowej płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców, w wysokości liczonej jako % od kwoty niezapłaconego wynagrodzenia oraz ilości dni opóźnienia w zapłacie, wydaje się wystarczającą dolegliwością mobilizującą Wykonawcę do zapłaty wynagrodzenia w sytuacji, gdy Zamawiającemu i tak pozostaje uprawnienie do wstrzymania jego zapłaty na podstawie wspomnianego już art. 447 ust. 2 PZP.

Podsumowując powyższe rozważania, w ocenie Wykonawcy Zamawiający przewidział rażąco wygórowane kary umowne, które są nie współmierne do wagi przewinień i tracą swój cel, a także są oderwane od rzeczywistej skali uchybień wykonawcy w tym zakresie. W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r., tj. w sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że: *„Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną.”*. Tym samym Odwołujący wskazuje, iż kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich

rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Konsekwentnie, uprawnienie zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Zarzut V.

W § 4 I. ust. 11 oraz w § 15 ust. 1 pkt 6) Umowy Zamawiający w sposób niezasadny i bezpodstawny przerzucił na Wykonawcę odpowiedzialność i ryzyko związane z niezgodnieniem i niezatwierdzeniem przez Zamawiającego kompletnej dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, skutkującym uprawnieniem Zamawiającego do odstąpienia od umowy w całości lub w części, przy czym Wykonawcy miałoby nie przysługiwać z tego tytułu roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, kary umowne lub odszkodowanie. Tym samym Zamawiający przerzuca na Wykonawcę ryzyko, które zgodnie z prawem obciąża wyłącznie jego, przez co narusza klauzulę abuzywną określoną w art. 433 pkt 3. PZP. Zamawiający wykorzystuje w ten sposób swoją dominującą pozycję przetargową i ustala warunki realizacji przyszłego zamówienia w sposób nieproporcjonalnie mniej korzystny dla Wykonawcy, przerzucający niemożliwe do wyceny ryzyka i tworząc stan niepewności co do przyszłych roszczeń wskazując w Umowie, iż niezgodnienie i niezatwierdzenie dokumentacji projektowej przez Zamawiającego może skutkować odstąpieniem od umowy i brakiem roszczenia o zapłatę wynagrodzenia bez jednoznacznego wskazania, że chodzi wyłącznie o przypadki gdy wykonana dokumentacja projektowa zawiera istotne wady lub jej niewykonanie bądź nienależyte wykonanie leży po stronie Wykonawcy. Takie ryzyko wykracza poza dopuszczalne ryzyko i zasady kontraktowania, w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego i uprzywilejowuje pozycję Zamawiającego, naruszając zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego.

Odwołujący pragnie przy tym podkreślić, iż jego celem nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest to, aby Postępowanie zostało przeprowadzone, a zamówienie udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy. Takie ukształtowanie warunków przyszłego zamówienia daje gwarancję jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów, zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem niezbędnego doświadczenia, zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą 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

Strona 29 z 47

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. 353¹ 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. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.*” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14). Aby zapobiec praktykom nierównego rozkładu ryzyka kontraktowego, ustawodawca wprowadził art. 433 pkt. 3 PZP, zgodnie z którym zakazuje się Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałoby na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego.

Tym samym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Zakaz z art. 433 pkt. 3 PZP oznacza konieczność badania postanowienia umownego, które przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający. Ustalając zakres działań, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający można wskazać na oszacowanie wartości zamówienia, czy też dokumentację postępowania, lecz z uwagi na obowiązek współdziałania przy realizacji zamówienia lista ryzyk rozszerza się także na zdarzenia nieprzewidziane, konieczności zmiany zakresu czy sposobu wykonania prac, dodatkowych badań czy ekspertyz, itd. Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z 10 grudnia 2021 r. (KIO 2864/21, KIO 2872/21) podkreśliła, że art. 433 PZP został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie interesy zamawiających, bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców. Potrzeba zmian w tym zakresie wynikała przede wszystkim z faktu, że Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego posiadał szczególnie uprzywilejowaną pozycję, co niejednokrotnie prowadziło do próby nieuzasadnionego lub nadmiernego przerzucenia ryzyka kontraktowych na wykonawcę. Co istotne w omawianym wyroku Izba dopatryła się naruszenia klauzuli abuzywnej w momencie „*przerzucenia na wykonawców w zasadzie wszystkich ryzyk kosztowych niezależnie od tego, że są one w ramach wzoru umowy podzielone na zależne i niezależne od wykonawcy. Zwiększenie jednej lub drugiej kategorii kosztów nie ma bowiem wpływu na wartość rekompensaty rocznej, skoro nie można jej zapłacić w wielkości wyższej niż wynikająca z planu finansowego, a ten z kolei wynika ze złożonej oferty, której z kolei nie sposób odpowiednio oszacować wobec przerzucenia wszelkich ryzyk znanych i nieznanymi na wykonawcę*”.

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 ryzyka wskazanego w umowie w postaci nieograniczonej możliwości odmowy zatwierdzenia i uzgodnienia dokumentacji projektowej bez wskazania, że takie działanie po stronie Zamawiającego będzie możliwe i prawnie dopuszczalne tylko wtedy, gdy dojdzie do jej niewykonania lub nienależytego wykonania z winy wykonawcy. Wykonawca nie powinien ponosić tak niewspółmiernego ryzyka jak utrata zysku, konieczność poniesienia kosztów i dodatkowo zapłaty odszkodowania w sytuacji, gdy do wykonania dokumentacji w rozumieniu przepisów prawa czy umowy nie dojdzie, np. wykonawca nie uzyska niezbędnych decyzji czy pozwoleń z powodu opieszałości urzędów. Podobnie też drobne niedociągnięcia czy niedoprecyzowania dokumentacji nie powinny wstrzymywać jej zatwierdzenia i odbioru. Niewspółmiernym ryzykiem jest też wyłączenie jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych, nawet wtedy, gdy zamawiający wykorzysta większość stworzonej przez wykonawcę dokumentacji, i np. zleci jej dokończenie podmiotowi trzeciemu. Postanowienie umowne zostało skonstruowane tak, że pozwala na odmowę zatwierdzenia dokumentacji i odstąpienie od umowy bez zapłaty jakiegokolwiek wynagrodzenia, z brakiem możliwości dochodzenia odszkodowania, niezależnie od zamiaru i rodzaju wady dokumentacji. Stanowi to o bezpodstawnym przysporzeniu po stronie Zamawiającego i rażącym ograniczeniu praw podmiotowych po stronie wykonawcy (wyłączenie roszczeń kodeksowych).

Zarzut VI.

W projektowanych postanowieniach Umowy Zamawiający w sposób nadmierny oraz nieproporcjonalny, a także zupełnie niesłużący ochronie Zamawiającego, ingeruje w treść stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą. Robi to poprzez ograniczenie możliwości dokonywania rozliczeń z podwykonawcą poprzez potrącenie w § 5 ust. 12 Umowy; zakazanie Wykonawcy ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą w formie pieniężnej, w szczególności w postaci: kaucji, potrącenia kwoty zabezpieczenia z wynagrodzenia podwykonawcy/dalszego podwykonawcy w § 5 ust. 15 Umowy; a także ustanawiając bardzo krótki termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo, który nie może być dłuższy niż 14 dni w § 10 ust. 6 Umowy.

Po pierwsze należy wskazać, iż wynagrodzenie podwykonawcy może zostać zaspokojone nie tylko poprzez dokonanie bezpośredniej zapłaty, ale także może nastąpić czy to na mocy porozumienia stron (ugoda), lub na mocy jednostronnych oświadczeń woli (potrącenie i to zarówno przez podwykonawcę jak i wykonawcę, przekaz, zwolnienie z długu) czy też umów (cesja wierzytelności, faktoring itp.). Zamawiający w projektowanych postanowieniach umownych ograniczył jednakże w sposób znaczący dokonywanie rozliczeń pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą poprzez potrącenie, ustalając, iż w takim przypadku obie strony muszą potwierdzić istnienie wierzytelności podlegających potrąceniu i wyrazić zgodę na ich potrącenie. Odwołujący wskazuje, iż ograniczenie możliwości sposobów rozliczania się lub dokonywania płatności poprzez potrącenie stanowi naruszenie przepisów prawa. Wykonawca nie widzi bowiem

przeszkód ani wystarczającego uzasadnienia motywowanego interesem Zamawiającego do tego, aby nie mógł rozliczyć się z podwykonawcą poprzez potrącenie zgodnie z postanowieniami dotyczącymi potrącenia zgodnie z art. 498 KC. Ograniczenie zasad dotyczących potrącenia nie tylko nie jest zasadne, ale również nie zabezpiecza Zamawiającego w ramach solidarnej odpowiedzialności, natomiast pozbawia zarówno podwykonawców jak i wykonawców na prawidłowe i dopuszczalne prawem rozliczenie się za wykonane prace. Pełne dopuszczenie zasad dotyczących potrącenia nie naraża Zamawiającego na zapłatę świadczenia nienależnego i w pełni chroni go w świetle solidarnej zapłaty. Przede wszystkim potrącenie tego typu jest również przewidziane w art. 465 ust. 4 PZP, zgodnie z którym Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, przy czym w uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo. Oznacza to, iż PZP nie wyłącza możliwości potrącenia roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy związanych z realizacją umowy podwykonawczej. Wykonawca podkreśla również, iż weryfikacja kwot i wysokości wymagalnego wynagrodzenia nie zależy od formy jego spełnienia, więc ograniczenie w tym zakresie wykracza poza normy wskazanych w zarzucie przepisów, a w szczególności art. 647¹ KC.

Co więcej, również ograniczenie co do pieniężnych sposobów formy zabezpieczenia należytego wykonania umów o podwykonawstwo w formie pieniężnej nie znajduje żadnego uzasadnienia. Takie zaprojektowanie postanowień umownych pozbawia Wykonawcę możliwości żądania zabezpieczenia pieniężnego od podwykonawcy. Zamawiający niezgodnie z prawem wyłącza możliwość żądania zabezpieczenia pieniężnego zmuszając strony umowy podwykonawczej do składania gwarancji bankowych, gdyż inny prawny instrument skutecznego zabezpieczenia wierzytelności nie istnieje. Wykonawca pozbawiony jest możliwości jakiegokolwiek zatrzymywania czy potrącania kwot z przysługującego wynagrodzenia, mimo że praktyka pokazuje, iż zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu stanowi ponad 90% wszystkich zabezpieczeń. Koszty ustanowienia gwarancji są zbyt wysokie i niemożliwe do spełnienia przez podwykonawców, dlatego mając na względzie ograniczone możliwości zabezpieczenia roszczeń wykonawcy nie podejmują się wykonania zadań, co powoduje przestoje i paraliż terminowości prac na inwestycjach. Odwołujący ma świadomość, że ograniczenie możliwości ustanowienia takiego zabezpieczenia zapewne ma źródło w obawach Zamawiającego przed roszczeniami o solidarną zapłatę z tytułu zatrzymanych kwot, nie mniej jednak taka kwestia wymaga odpowiedniego uregulowania w umowie.

Zgodnie z prawem inwestor ponosi solidarnie z wykonawcą odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Środki potrącone przez wykonawcę na poczet kaucji powoduje, że zamawiający nie odpowiada za zapłatę tych środków, gdyż w wyniku potrącenia doszło do umorzenia wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. W to miejsce pojawia się zaś jego roszczenie o zwrot kaucji na warunkach określonych w umowie, czyli w razie jej niewykorzystania i upływu terminu, na jaki zabezpieczenie zostało ustanowione. W zakresie ustanowionej kaucji wygasa wierzytelność podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, a w jej miejsce pojawiła się wierzytelność o zwrot kaucji w razie zajścia warunków określonych umową (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt V CSK 428/16). Sąd Najwyższy

Strona 32 z 47

w ww. wyroku wskazał, że: „Co do zasady, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. odpowiada on solidarnie z wykonawcą zlecającym roboty budowlane wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane. Skoro jednak roszczenie o zapłatę dochodzonej w pozwie kwoty, na skutek częściowego odnowienia zobowiązania stron, w zakresie wynagrodzenia zatrzymanego na poczet kaucji gwarancyjnej, utraciło charakter roszczenia o wynagrodzenie, brak podstaw do zasądzenia tej kwoty od pozwanego”. Tym samym kluczowa więc będzie wykładnia postanowień umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. W orzecznictwie jako dominujący uznaje się pogląd, zgodnie z którym za kaucję gwarancyjną nie może zostać uznane zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie. Żądanie zwrotu kwot zatrzymanych na kaucję nie jest więc tożsame z żądaniem zapłaty wynagrodzenia.

Natomiast Sąd Najwyższy w swoim wyroku z dnia 23 marca 2018 r. (sygn. akt I CSK 349/17) stwierdził, iż: „Posłużenie się przez strony w umowie pojęciami „kaucja gwarancyjna”, „kaucja na zabezpieczenie”, „kaucja z tytułu dobrego wykonania umowy” itp. nie przesądza, że w okolicznościach sprawy doszło do zawarcia umowy kaucji we wspomnianym znaczeniu. Zbliżone funkcje do kaucji może bowiem realizować regulacja umowna odraczająca termin zapłaty części wynagrodzenia. W razie powstania po stronie zamawiającego wierzytelności związanej z nienależytym wykonaniem umowy, wierzytelność ta może podlegać kompensacie z wierzytelnością wykonawcy z tytułu wynagrodzenia. Ocena, jakiego rodzaju zabezpieczenie strony uzgodniły posługując się pojęciem „kaucja”, powinna być dokonywana in casu i wymaga dokonania wykładni oświadczeń woli, uwzględniającej całokształt postanowień umownych.”

Wskazanie terminu 14 dni na zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy również należy wskazać za nadmiernie obciążające i nieproporcjonalne, a także naruszające zasadę konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wykonawca wskazuje, iż z uwagi na to, że jest dużą firmą budowlaną, rozliczającą miesięcznie tysiące transakcji, posiada skomplikowany system finansowo-księgowy, i tym samym nie jest w stanie przeprocесować płatności na rzecz podwykonawcy w terminie 14 dni. Co więcej, jest to wymóg o wiele dalej idący niż wskazuje to sama ustawa – zgodnie bowiem z art. 464 ust. 2 PZP, prawo kontroli zamawiającego w stosunku do umów podwykonawczych jest ograniczone do zgodności terminu zapłaty wynagrodzenia, który nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w tym zakresie, zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do zmiany umowy. Tym samym termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy określony w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku. Przepis ten określa termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy w odniesieniu do wszystkich umów podwykonawczych zawieranych w toku realizacji zamówienia na roboty budowlane (zarówno umów podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane, jak i tych, których przedmiotem są dostawy i usługi). Tym samym nie jest zasadne ustalanie przez Zamawiającego terminów krótszych, jak np. w projektowanych postanowieniach umownych – 14 dni, w szczególności, że termin zapłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy przez Zamawiającego wynosi zgodnie z Umową 30 dni. Niemniej jednak Wykonawca, idąc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, w postulowanej zmianie Umowy proponuje najwcześniej możliwy, równie krótki termin zapłaty na rzecz podwykonawców, tj. 21 dni.

Podsumowując wszystkie powyższe rozważania, zarówno dłuższy niż 14-dniowy termin zapłaty na rzecz podwykonawców, zgodny z art. 464 ust. 2 PZP, a także nieograniczanie możliwości potrącenia umownego czy dopuszczenie pewnych form zabezpieczenia pieniężnego, nie tylko zabezpieczy należycie interesy Zamawiającego, ale i umożliwi Wykonawcy skuteczne podzlecenie części robót podwykonawcom, zapewniając prawidłowego i terminowe wykonanie Przedmiotu Umowy. Ograniczenia wprowadzone w tym zakresie przez Zamawiającego, opisane powyżej, naruszają przepisy PZP i KC w zakresie, w jakim nadmiernie ograniczają możliwość ustanowienia podwykonawstwa, jak i prawnych form rozliczenia się z podwykonawcą. Zastosowane ograniczenia, w tym co do zabezpieczenia z tytułu zawieranej umowy podwykonawczej, wykraczają poza prawne ramy regulowania stosunków między wykonawcą a podwykonawcą, są nadmierne, nieproporcjonalne i świadczą o nadużyciu pozycji podmiotowej Zamawiającego.

Zarzut VII.

Zgodnie z art. 647 KC jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót i zapłata umówionego wynagrodzenia. Analogiczny obowiązek zawarty jest w art. 643 KC w ramach relacji Zamawiający – wykonawca dzieła, a która to relacja występuje w ramach umowy o prace projektowe. Odbiór wykonanych robót (dzieła) jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – Wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie inwestora spełnienia świadczenia przez Wykonawcę.

Wskazane szczegółowo w treści zarzutu postanowienia Umowy przewidują możliwość uchylecia się przez Zamawiającego od odbioru dokumentacji jak odbioru końcowego robót w przypadku występowania jakichkolwiek wad, które zostały stwierdzone w trakcie tego odbioru. W ocenie Odwołującego takie uprawnienie powinno być ograniczone tylko do sytuacji wystąpienia wad istotnych. Tym samym w sytuacji opisanej w § 2 ust. 2 a) i b), a także w § 9 ust. 9 oraz ust. 10 pkt. 2b) Umowy oraz § 10 ust. 1 i ust. 3 Umowy Zamawiający nie powinien posiadać uprawnienia do wstrzymywania ww. odbiorów w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad, lecz tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych. W przypadku występowania jedynie wad nieistotnych, Zamawiający powinien być zobligowany zarówno do przystąpienia do odbiorów (zarówno dotyczącego odbioru dokumentacji, jak i końcowego), jak i również do ich dokonania.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbiorów, zwłaszcza odbioru końcowego, dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem (Zamawiającym) a Wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach, w związku z którymi inwestorzy odmawiają w sposób nieuzasadniony dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie rzekomych wad albo dokonanie jakichś czynności pozaumownych, stwierdzonych w trakcie czynności odbiorowych.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych orzeczeniach sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. W orzeczeniach tych sądy powszechne i Sąd Najwyższy ukształtowały jednolitą

Strona 34 z 47

linię orzeczniczą, z której wynika, że inwestor obowiązany jest dokonać odbioru wykonanych i zgłoszonych do odbioru robót i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie, w tym od podpisania przez strony protokołów odbiorów „bez uwag”. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru 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, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

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

wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 lutego 2012 r., V ACa 198/12

W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o "bezusterkowym" odbiorze robót. Wskazywanie na konieczność odbioru „bezusterkowego” statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono.

wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 18 października 2012 r., I ACa 1046/12

Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek.

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

Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady.

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

- 1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.*
- 2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.*

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

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

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

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

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

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

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy PZP w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych, tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Poniżej wskazane orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednio obowiązującą ustawę, niemniej jednak obecnie obowiązujące przepisy PZP nie wprowadzają w tym zakresie odmiennych uregulowań, jak również przepisy KC nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu, w tym zakresie, zachowują aktualność. Odnośnie do poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane Odwołujący powołuje się na:

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

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

wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19

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

A zatem, w świetle art. 647 KC odbiór robót bez wad istotnych należy do obowiązku inwestora, który powinien do nich przystąpić po zgłoszeniu przez wykonawcę zakończenia robót w części czy w całości i przedstawieniu ich do odbioru. Skoro więc inwestor jest zobowiązany do odbioru robót w przypadku braku wad istotnych, to tym bardziej niedopuszczalne jest uzależnianie skuteczności zgłoszenia gotowości do odbioru robót od wykluczenia istnienia jakiegokolwiek wady, w tym również nieistotnych wad lub innych braków dokumentacji lub robót.

Konsekwencją nieuwzględnienia niniejszego zarzutu jest nie tylko usankcjonowanie niedopuszczalnego prawnie odbioru bezusterkowego, ale także uzależnienie dokonania wypłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy poprzez zawarcie postanowienia w Umowie, iż podstawą do wystawienia faktury przez Wykonawcę jest podpisany przez obie strony protokół odbioru dokumentacji lub protokół odbioru końcowego potwierdzający odbiór przedmiotu umowy „bez uwag” lub „bez istotnych uwag”.

Zarzut VIII.

Zgodnie z § 13 ust. 4 Umowy Zamawiający wskazał, iż w przypadku nienależytego wykonania zamówienia, zabezpieczenie staje się własnością Zamawiającego i będzie wykorzystane do zgodnego z umową wykonania przedmiotu zamówienia i pokrycia roszczeń z tytułu rękojmi za wady i gwarancji przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie przepisów PZP oraz KC, gdyż zgodnie z prawem zabezpieczenie nie staje się własnością Zamawiającego, lecz powinno służyć

Strona 37 z 47



zaspokojeniu jego roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy i tylko do wysokości tych roszczeń, które mogą być zaspokajane z wnoszonego zabezpieczenia.

Odwołujący wskazuje, iż zabezpieczenie służy zaspokojeniu roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy bez konieczności występowania na drogę sądową. Wobec braku na gruncie przepisów PZP odrębnej definicji niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ustalenie roszczeń, które mogą być zaspokajane z wnoszonego zabezpieczenia powinno być dokonywane z zastosowaniem przepisów KC (art. 8 ust. 1 PZP), w szczególności zawartych w księdze trzeciej („Zobowiązania”) tytuł VII („Wykonanie zobowiązań i skutki ich niewykonania”). Do takich roszczeń należą roszczenia o zapłatę m.in. odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, kosztów wykonania zastępczego, odszkodowania z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wzajemnej, itp. Tym samym Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które ma służyć zabezpieczeniu roszczeń zamawiającego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a rolą zabezpieczenia jest zagwarantowanie zamawiającemu pokrycia przynajmniej w części, ewentualnych roszczeń zamawiającego mogących wynikać z zawartej umowy.

Tym samym zabezpieczenie pełni funkcję gwarancyjną, tj. podlega zwrotowi po należytych wykonaniu zobowiązania wykonawcy, a jego zatrzymanie przez zamawiającego związane jest wyłącznie z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz roszczeniami z tytułu rękojmi za wady. Zgodnie z Interpretacją Prezesa UZP: *"Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy"*, opublikowaną na stronie UZP: *"zamawiający może pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone przepisami prawa lub postanowieniami umowy, jako sposobu naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, w tym również wykonania zastępczego czy zapłaty zastrzeżonej w umowie sumy (kary umownej)"*. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy stanowi więc rodzaj kaucji wnoszonej przez wykonawcę celem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego, jakie mogą powstać w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zapewnia ono ściągalskość roszczeń przysługujących np. z tytułu odszkodowań, kar umownych, rękojmi za wady czy kosztów wykonania zastępczego. W efekcie zabezpieczenie należytego wykonania umowy pełni również funkcję dyscyplinującą wykonawcę realizującego zamówienie. W zależności od formy zabezpieczenia, realizacja roszczeń zamawiającego odbywa się zazwyczaj poprzez zatrzymanie kwoty pieniężnej odpowiadającej roszczeniu zamawiającego lub też przez złożenie żądania wypłaty kwoty przez gwaranta (instytucję wystawiającą dokument gwarancji) lub poręczyciela.

Celem instytucji zabezpieczenia jest zatem umożliwienie zamawiającemu zaspokojenia jego roszczeń wynikłych z niewłaściwego wywiązania się wykonawcy z zobowiązania określonego treścią umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym znaczeniu zabezpieczenie pełni funkcję gwarancyjną i ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy. Tym samym nie jest tak, jak chce tego Zamawiający, iż w przypadku jakiegokolwiek przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę, zabezpieczenie staje się automatycznie własnością Zamawiającego. Zamawiającemu przysługuje w takim przypadku jedynie pobranie

Strona 38 z 47

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

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)

kwoty ustanowionej jako zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w celu pokrycia uzasadnionych roszczeń, które posiada przeciwko Wykonawcy, i tylko do wysokości tych roszczeń – nie przysługuje mu prawo do automatycznego wykorzystania pełnej wartości wniesionego przez Wykonawcę zabezpieczenia. Tym samym postulat Wykonawcy w celu zmiany projektowanego postanowienia § 13 ust. 4 Umowy jest jak najbardziej uzasadniony.

Zarzut IX.

Zamawiający w § 3 ust. 2 Umowy wyłączył uprawnienie Wykonawcy do uzyskania jakiegokolwiek dodatkowej zapłaty z tytułu wzrostu cen, zmiany lub wprowadzenia nowych podatków, ani z żadnego innego tytułu. Zamawiający tym samym wyłączył prawo Wykonawcy do wnoszenia jakichkolwiek roszczeń związanych lub wynikających ze wzrostu cen materiałów, dóbr, energii, paliw, kosztów robocizny lub innych kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu umowy. Przy czym Zamawiający przeczy sobie w § 14 ust. 7, 8 i 9 Umowy, gdzie wprost przewiduje zmiany, o których mowa w art. 436 pkt. 4 b) PZP oraz określa zasady tzw. klauzuli waloryzacyjnej.

Należy wskazać, iż takie wyłączenie uprawnień przysługujących uprawnieniom Wykonawcy, o ile było działaniem zamierzonym przez Zamawiającego, jest wprost sprzeczne z powoływanymi przepisami PZP. Odwołujący wskazuje, iż w odniesieniu do umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, jej postanowienia powinny zawierać określenie zasad wprowadzania korekty wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązującym, określających wysokość ciężarów publiczno-prawnych, jeżeli zmiany wysokości tych obciążeń będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Dotyczy to zmiany aktów prawnych określających wysokość stawki podatku VAT lub podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej, zasady i stawek obowiązujących w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych.

Choć zasadniczo celem art. 436 PZP jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może ponieść on w związku z podwyższeniem ciężarów publiczno-prawnych, to dostrzec należy, że chronią one również zamawiającego na wypadek zmniejszenia tych obciążeń. Obowiązkowe klauzule waloryzacyjne mają bowiem zapewniać adekwatną do zmieniających się przepisów zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy (nie tylko jego podwyższenie) w przypadku, kiedy zmianie ulegnie wysokość danin publiczno-prawnych i zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest określić w postanowieniach umownych co najmniej okoliczności, w jakich wynagrodzenie może podlegać zmianie, oraz procedurę prowadzącą do ustalenia wysokości tej zmiany i termin jej wprowadzenia. Postanowienia w tym zakresie nie mogą wskazywać jedynie na możliwość dokonania zmiany wynagrodzenia, w zależności od uznania stron. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący, wobec czego jego stosowanie nie może być uzależnione od woli stron umowy.

Powyższe dotyczy również wymogu stosowania przez zamawiających klauzul waloryzacyjnych w umowach o roboty budowlane zawieranych na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zgodnie z art. 439

ust. 1 PZP. Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Zapewnia niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniającą możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Zapobiega obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych. Co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu. Stosowanie klauzul waloryzacyjnych zapobiega również powstawaniu sytuacji, kiedy wykonanie zamówienia przestaje być opłacalne, a tym samym sprzyja trwałości stosunku umownego, co niewątpliwie jest korzystne dla obu stron umowy.

Zarzut X.

Wykonawca wskazuje, iż to obowiązkiem Zamawiającego jest odpowiednie przygotowanie zamówienia i sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, co w przypadku robót budowlanych polega na opracowaniu odpowiedniej dokumentacji projektowej zaś w przypadku zamówień w formule zaprojektuj i wybuduj poprzez opracowanie PFU. Obowiązek ten koresponduje z treścią art. 647 KC, który to na Zamawiającego nakłada obowiązek przekazania wykonawcy projektu. Zamawiający nie może zwolnić się z odpowiedzialności za prawidłowość realizacji tego obowiązku i przerzucić na wykonawcę odpowiedzialność za prawidłowość projektu (brak wad projektowych) czy za nieprzewidziane warunki na terenie budowy.

We wskazanych powyżej zapisach Umowy Zamawiający chce jednak obciążyć Wykonawcę wszelkimi konsekwencjami błędów w dokumentacji stanowiącej podstawę złożenia oferty czy za prawidłowość zapisów zawartych w SWZ a w szczególności w PFU. W tej kwestii istotne jest, że mamy do czynienia z umową w formule „zaprojektuj i buduj”, co oznacza umowę o charakterze mieszanym łączącą w sobie umowę o dzieło i umowę o roboty budowlane. W przypadku tego typu umów, to obowiązkiem inwestora (Zamawiającego) jest przekazanie Wykonawcy wytycznych do opracowania projektu czyli opracowanie PFU, które należy traktować jako wskazówki zamawiającego co do sposobu wykonania przedmiotu umowy, za które ponosi odpowiedzialność zgodnie z art. 641 § 2 KC oraz art. 655 KC.

W takim układzie to Zamawiający ponosi konsekwencje błędów projektowych czy też wytycznych do opracowania projektu. Potwierdzeniem tego jest treść art. 641 § 2 KC oraz art. 655 KC, który nakłada na wykonawcę obowiązek informowania inwestora o błędach w dokumentacji projektowej/wadliwości wskazówek inwestora, które mogą prowadzić do uszkodzenia robót. Pomocniczo można się odwołać również do art. 651 kc, który ustanawia odpowiedzialność zamawiającego za dostarczoną dokumentację, co w tym wypadku oznacza informacje zawarte w SWZ a w szczególności w PFU. Na bazie tego przepisu orzecznictwo wypracowało jednolity pogląd, zgodnie z którym wykonawca robót budowlanych ma obowiązek przeanalizowania dokumentacji pod kątem wykonalności i poinformowania inwestora o błędach dokumentacji projektowej, które powinien wykryć profesjonalny wykonawca robót budowlanych. Obowiązkiem

Strona 40 z 47

wykonawcy nie jest szczegółowe badanie projektu w celu wykrycia jego wad (błędów projektowych). Przykładem w tym zakresie jest wyrok Sądu Najwyższego, Izba Cywilna z dnia 25 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 138,16, gdzie wskazano, że „Wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 KC ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Jednakże uzyskanie tej wiedzy w trakcie realizacji prac powoduje natychmiastową aktualizację obowiązku notyfikacji przewidzianego w tym przepisie”.

Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 101/08, gdzie podkreślił, że wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania co oznacza, że wykonawca ma obowiązek analizować projekt pod kątem jego wykonalności i ewentualnego wpływu rozwiązań projektowych na ewentualne wady obiektu, ale nie ma w tym zakresie działać jako sprawdzający projektu budowlany. Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 KC należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.

W konsekwencji wskazane powyżej zapisy Umowy przerzucające na wykonawcę konsekwencje błędów w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego (PFU) są sprzeczne ze wskazanymi powyżej przepisami prawa. Analogiczne rozważania dotyczą przerzucania na wykonawcę ryzyk związanych z terenem budowy, w szczególności, iż zgodnie z pkt. 1.2 PFU, Zamawiający nie posiada badań gruntowych terenu, na którym planowana jest inwestycja oraz map do celów projektowych, a to na Wykonawcy ciąży wykonanie badań gruntowo – wodnych i uzyskanie mapy do celów projektowych. Tym samym niezrozumiałe i niezasadne jest przerzucanie ryzyk za jakość terenu budowy na wykonawcę, i powinno być ono ograniczone tylko do zakresu, który wynika z dokumentacji projektowej przedłożonej przez Zamawiającego i który mógł być oceniony przez profesjonalnego wykonawcę robót budowlanych.

Zarzut XI.

Zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 PZP, tj. waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.

Zamawiający w § 14 ust. 8-9 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 waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nie wiadomo czy nastąpi, uzależnia waloryzację od błędnie i nieczytelnie sformułowanych warunków jej wprowadzenia. Na dzień złożenia ofert nie będzie wiadomo więc, na jakich zasadach będzie przeprowadzana oraz czy zawiera limit zmiany wynagrodzenia uniemożliwiający przywrócenie ekonomicznej równowagi stron.

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 PZP stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Pierwotnie ustawodawca przewidział, że trwający ponad 12 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. Istotnym jest, że ustawodawca uznał, że okres 12 miesięcy jest zbyt długi i dokonał nowelizacji art. 439 pzp. Obecnie w wyniku zmiany ustawy waloryzuje się znacznie krótsze a to jest 6 miesięczne umowy. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływania 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. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe Wykonawcy, zaś Zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

1. jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
2. jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
3. sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
4. winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń.

Wymogi, jakie powinna spełnić klauzula waloryzacyjna określono w art. 439 ust. 2 PZP, zgodnie z którym w umowie określa się:

- 1) *poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;*
- 2) *sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:*
 - a) *z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub*

- b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Zamawiający formułując zapisy § 18 ust. 8-9 Umowy, nie wypełnił jednak w pełni dyspozycji w/w art. 439 PZP. Określony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz sposób kalkulacji wynagrodzenia został ustalony w całkowitym oderwaniu od realiów ekonomicznych panujących na rynku, co powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie pozwoli zwaloryzować wynagrodzenia w stosunku do przewidywanych/prognozowanych zmian cen materiałów i usług.

W § 18 ust. 8 pkt. 1) Umowy Zamawiający przewidział poziom zmiany cen lub kosztów, od którego będzie uruchamiana waloryzacja na 25%, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie. Dodatkowo Zamawiający w § 18 ust. 8 pkt 3) określił, iż zmiana zostanie dokonana w oparciu o zaktualizowany kosztorys ofertowy w części uprawniającej do żądania zmiany wynagrodzenia a w/w kosztorys ofertowy być sporządzony na podstawie publikacji o cenach „Sekocenbud” aktualnych w dacie jego sporządzania, wg średnich wartości cen.

Pozornie może to świadczyć o spełnieniu wymagania określonego w art. 439 ust. 2 pkt 1) pzp. Pozorność spełniania tego wymagania jest konsekwencją faktu, publikacje o cenach „Sekocenbud” składają się z wielu publikacji takich, jak:

- Biuletyny cen robót (w tym Biuletyn cen robót ziemnych i inżynierskich BRZ, Biuletyn cen robót budowlanych inwestycyjnych BRB, Biuletyn cen robót instalacyjnych BRI, Biuletyn cen robót elektrycznych BRE, Biuletyn cen robót remontowo-budowlanych oraz zabytkowych BRR)
- Informacje kwartalne o cenach czynników produkcji budowlanej (Informacja o cenach materiałów budowlanych IMB, Informacja o cenach materiałów elektrycznych IME, Informacja o cenach materiałów instalacyjnych IMI, Informacja o stawkach robocizny kosztorys. oraz cenach pracy sprzętu bud. IRS oraz ceny produkcyjne z Portalu Sekocenbud.NET)
- Biuletyny scalone (Biuletyn cen asortymentów robót BCA, Biuletyn cen robót drogowych, mostowych i torowych BCD, Biuletyn cen robót przygotowawczych BCP)
- Biuletynów cen zagregowanych (Biuletyn cen obiektów budowlanych BCO cz. I - obiekty kubaturowe, Biuletyn cen obiektów budowlanych BCO cz. II - obiekty inżynierskie, Biuletyn cen modernizacji i remontów BCM)

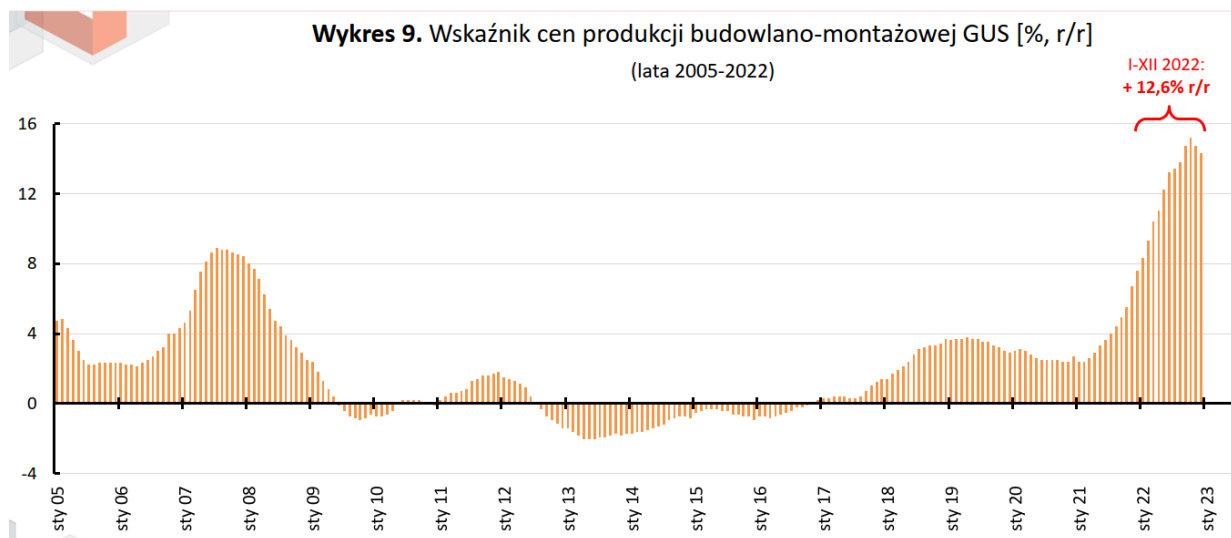
- **Wydawnictwa waloryzacyjno-regionalne (Zagregowane wskaźniki waloryzacyjno-prognostyczne, Biuletyn cen regionalnych w budownictwie)**

Natomiast każda z powyższych publikacji zawiera od kilkudziesięciu do nawet kilkuset informacji cenowych, wydawanych kwartalnie. Mając w/w na uwadze na chwilę złożenia ofert nie jest wiadomo, który wskaźnik należy wziąć pod uwagę i w stosunku do których robót i prac objętych przedmiotem zamówienia przy ustalaniu zmiany cen. Brak zdefiniowania konkretnego wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów w SWZ powoduje, że każdy z wykonawców może zakładać inne zasady waloryzacji wynagrodzenia i inaczej szacować ryzyka w tym zakresie co skutkować będzie w ostateczności nieporównywalnością ofert, a tym samym powoduje naruszenie art. 16 pkt 1) PZP

Dodatkowo § 18 ust. 8 pkt 3) Umowy odwołuje się do zaktualizowanego kosztorysu ofertowego jako podstawy dokonania waloryzacji. W ramach zarówno etapu składania ofert, jak również podpisania i realizacji Umowy zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ, Zamawiający nie przewidział składania przez Wykonawcę kosztorysu ofertowego. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ, tj. formularzem ofertowym składana jest jedynie tabela zawierająca pięć głównych pozycji objętych przedmiotem zamówienia z wyszczególnieniem ich wartości brutto (Dokumentacja projektowa, Nadzór autorski, Roboty budowlane, Wyposażenie meblowe, Wyposażenie w urządzenia laboratoryjne). Wynika to z formuły udzielenia zamówienia publicznego, tj. formuły „zaprojektuj i wybuduj”. W tej formule brak jest kosztorysu ofertowego, gdyż ostateczna ilość jak i rodzaj robót na moment składania ofert nie jest znana. Nie ma zatem możliwości sporządzenia kosztorysu ofertowego, a w konsekwencji nie ma możliwości jego „aktualizacji” na potrzeby dokonania waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z postanowieniami § 18 ust. 8 pkt. 3). Zamawiający nie określił również w jaki sposób należy „aktualizować kosztorysy”. Nie przedstawił formuły obliczeniowej, pozwalającej na dokonanie oszacowania przyszłego przez Wykonawcę na moment składania oferty, czym naruszył art. 439 ust. 1 pkt 3) PZP.

W przypadku zamówień udzielanych w trybie zaprojektuj i wybuduj waloryzacja winna się odbywać jedynie poprzez stosowanie odpowiedniego zagregowanego wskaźnika, który to będzie wykorzystywany przy ewentualnej waloryzacji poszczególnych części przedmiotu zamówienia, tj. pozycji określonych przez Wykonawcę w ofercie. Alternatywnie Zamawiający może wskazać jeden wskaźnik waloryzacyjny, stosowany dla całego przedmiotu umowy.

Określony przez Zamawiającego w § 18 ust. 8 pkt. 1) Umowy na 25% poziom zmiany cen lub kosztów, od którego będzie uruchamiana waloryzacja, względem poziomu cen lub kosztów przyjętych do ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy również skutkuje pozornością całej klauzuli waloryzacyjnej. Na dowód powyższego Odwołujący przedstawia wykres zmian cen produkcji budowlano-montażowej notowanej przez Główny Urząd Statystyczny:



Źródło: Polski Związek Pracodawców Budownictwa

Powyższy wykres jednoznacznie wskazuje, że dotychczas nigdy w historii nie był notowany przez GUS wzrost cen lub kosztów na poziomie 25% notowany wskaźnikiem rok do roku, notując maksymalnie ok. 15% w przypadku ostatnich wydarzeń związanych z ogólnoswiatową inflacją. Przewidziana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna została sformułowana tak, że całe ryzyko zmiany cen ma zostać poniesione przez Wykonawcę. W ocenie Odwołującego ma to zapewnić, by § 18 ust. 8-9 dotyczący waloryzacji wynagrodzenia w praktyce w trakcie realizacji zamówienia był zastosowany jedynie w ograniczonym zakresie jednocześnie uniemożliwiając przewrócenie ekwiwalentności świadczeń stron.

Zwrócić należy uwagę, że powyższy wykres powstał na bazie wskaźnika cen produkcji-budowlano-montażowej według Głównego Urzędu Statystycznego, zatem wprost z użyciem wskaźnika dopuszczonego w art. 439 ust. 2 pkt. 2 lit. a) PZP.

Kolejnym aspektem wskazującym na pozorność zaproponowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej jest określony w § 14 ust. 8 pkt. 6) limit zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania waloryzacji wynagrodzenia, który to przepis umowy stanowi:

6) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w części niezrealizowanej umowy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, wynosi 5% względem ceny materiałów, robót budowlanych lub kosztu przyjętego w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie.

Limit zmiany wynagrodzenia został zatem ograniczony do wzrostu kosztów w wysokości 5% względem pierwotnie przez Wykonawcę założonych. Wskazuje to na olbrzymią dysproporcję i nierównowagę ekonomiczną pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Oznacza to, że ryzyko pierwszych 25% wzrostu kosztów całości zamówienia zgodnie z § 14 ust. 8 pkt. 1) ma ponieść

Strona 45 z 47



Wykonawca. Następnie Zamawiający ponosi kolejne 5% ryzyka wzrostu kosztów. W przypadku dalszego wzrostu kosztów całość ryzyka ponosić będzie ponownie Wykonawca.

Ograniczając wysokość waloryzacji do 5% wzrostu kosztów Zamawiający wbrew założeniom art. 439 PZP przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen niemal w całości. Art. 439 PZP został wprowadzony przez ustawodawcę właśnie po to aby wykonawca przy zamówieniach realizowanych w dłuższym okresie czasu nie musiał spekulować ceną i przyjmować w ofertach nadmiernych ryzyk inflacyjnych. W ostatnim czasie ustawodawca uznał, że dotychczasowe przepisy nie odpowiadały rzeczywistości i zmienionej sytuacji rynkowej i ograniczył ryzyko inflacyjne do 6 miesięcy. Zamawiający ustalając zbyt niski poziom możliwej waloryzacji działa zatem wbrew dyspozycji art. 439 PZP.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest oderwana od obecnych i nieprzewidywalnych warunków rynkowych i tylko z pozoru przewiduje, że pozwoli wykonawcy przywrócić równowagę ekonomiczną zachwianą wzrostem cen. Odwołać należy się również do opinii Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, z której da się wywieść, iż klauzule waloryzacyjne pełnią rolę utrzymania ekwiwalentności świadczeń stron. Tym samym klauzula waloryzacja tworzona w oparciu o przepis art. 439 ustawy PZP musi być klauzulą realną i znajdującą zastosowanie w toku normalnych zdarzeń. Mając na uwadze powyższe, przyjęty przez Zamawiającego we wzorze umowy limit zmiany wynagrodzenia nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter w znacznej części pozorny i przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen, które obecnie jest nieprzewidywalne.

Z uwagi na niemal całkowitą dysfunkcjonalność zaproponowanej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej Odwołujący sformułował żądanie wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej opracowanej na podstawie modelowej klauzuli waloryzacyjnej rekomendowanej przez Urząd Zamówień Publicznych (<https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa>). Rekomendacje te stanowią zbiór doświadczeń różnych podmiotów działających w sektorze zamówień w tym dużych Zamawiający jak Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Polskie Sieci Elektroenergetyczne wobec czego należy przyjąć że są pewnym powtarzalnym i praktykowanym obecnie zwyczajem.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo
2. potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.
3. Wydruk informacji odpowiadającej pełnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS dla Odwołującego.
4. Potwierdzenie uiszczenia opłaty od odwołania.
5. Potwierdzenie przesłania odwołania Zamawiającemu.

Strona 46 z 47

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

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r, poz. 118 z późn. zm.)



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

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, , kapitał zakładowy 200.000 PLN
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r, poz. 118 z późn. zm.)