



Warszawa, 2 listopada 2023 r.

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

Zamawiający:

Gmina Stryków

ul. Tadeusza Kościuszki 27
95-010 Stryków
Tel.: 42 719 80 02
NIP 733-13-07-575
REGON 472057833
e-mail: strykow@strykow.pl
e-mail: inwestycje@strykow.pl

Odwołujący:

BUDIMEX S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
reprezentowany przez:
r.pr. Annę Wrzesień
adres do korespondencji:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: anna.wrzesien@budimex.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Centrum Rozwoju Strykowa (CRS)” (nr referencyjny: IZP.271.29.2023.IZ.PZP dalej jako „**Postępowanie**”)

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 października 2023 r. pod nr 2023/S 204-641776.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:



- 1) **art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 6) w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy Pzp** poprzez ustalenie kryterium oceny ofert dotyczącego Gwarancji w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający efektywne i realne konkurowanie w ramach postępowania, a w konsekwencji ustalenie kryterium oceny ofert w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 473§ 1 KC w zw. z art. 483 KC w zw. z art. 484§2 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 436 pkt 3) ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Wzoru Umowy kar umownych i górnego ich limitu o rażąco wygórowanej wysokości, których treść nie stanowi też środka do kompensacji realnej szkody po stronie Zamawiającego, co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia ich praw podmiotowych wykonawców, wymuszając konieczność kalkulacji dodatkowych, niemożliwych do precyzyjnego oszacowania ryzyk;
- 3) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 §4, art. 647, art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w ramach Wzoru Umowy 60 miesięcznej rękojmi na Urządzenia, Sprzęt i akcesoria podczas gdy jest to oczekiwanie rynkowo nierealne do spełnienia, a przez co została naruszona zasada uczciwej konkurencji;
- 4) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 577 §4, art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do wzoru Umowy i niejasnych postanowień dotyczących zasad odbioru robót budowlanych, uzależniających *de facto* dokonanie odbioru i wypłatę należnego wynagrodzenia, a także rozpoczęcie biegu okresu gwarancji od odbioru bezusterkowego, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 5) **art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie w ramach wzoru Umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, ustanawiając zbyt wysoki pułap aktywatora waloryzacji oraz niski łączny limit waloryzacji, determinując tym samym jej nieefektywność i nierealność, a w konsekwencji pozbawiając wykonawcę narzędzia dostosowania wysokości wynagrodzenia uwzględniającego zmiany cen na rynku oraz przywrócenia stanu równowagi poprzez rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.



Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania w dniu 23 października 2023 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany.

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

UZASADNIENIE

I. Kryterium gwarancji jakości – zarzut 1

1. W treści SWZ w rozdziale XVIII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający ustalił następujące parametry:

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert :

a) Cena (C)- waga kryterium 60%

b) Gwarancja jakości (G)- waga kryterium 40%

3. Zasady oceny ofert w kryterium Gwarancja jakości (G)- waga 40%:

Okres gwarancji jakości, liczony pełnych miesiącach, od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego:

**** 60 miesięcy - 0 pkt***

**** 84 miesiące - 40 pkt***

*4. Podstawą przyznania punktów w kryterium "gwarancja jakości" będzie okres gwarancji podany przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Określenie przez Wykonawcę okresu gwarancji w więcej niż jednym przedziale lub brak wskazania go w ogóle spowoduje przyjęcie przez Zamawiającego domniemania, iż **Wykonawca zaoferował minimalny, tj. 60-miesięczny okres gwarancji.***

2. W pierwszej kolejności Odwołujący podkreśla, że podobnie jak w przypadku formułowania warunków udziału w postępowaniu, tak w przypadku formułowania kryteriów oceny ofert



Zamawiający związany jest zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a ustanowione kryteria oceny nie mogą mieć cech nadmierności, eliminując z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracała wielokrotnie uwagę tak Krajowa Izba Odwoławcza jak i Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585, który wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, **czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu.**

3. Powyższe oznacza, że **Zamawiający winien tak kształtować kryteria oceny ofert aby pozwoliły mu one na wybór i premiowanie takiego wykonawcy, którego oferta przedstawia konkretną przewagę, pozwalającą na ocenę, iż istotnie jest to oferta najlepsza z perspektywy warunków realizacyjnych danego zamówienia.** Nade wszystko ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert powinny być tak sformułowane aby każdy z wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia miał możliwość **realnego konkurowania** w kryteriach ustanowionych przez Zamawiającego. W konsekwencji, formułując kryteria oceny ofert Zamawiający winien każdorazowo wziąć pod uwagę uwarunkowania rynkowe spełnienia tak określonych kryteriów przez wykonawców na tym rynku funkcjonujących, uwzględniając, że **przy obecnej sytuacji na rynku budowlanym w Polsce i agresywnej konkurencji cenowej, pozbawienie wykonawców możliwości uzyskania maksymalnej punktacji w ramach kryteriów pozacenowych de facto eliminuje ich z danego postępowania.**
4. W ocenie Odwołującego, Zamawiający formułując kryteria w postępowaniu winien każdorazowo wziąć pod uwagę powyższe wytyczne, a także możliwości rynkowe spełnienia określonych przez siebie oczekiwań przez wykonawców na tym rynku funkcjonujących, uwzględniając charakterystykę i wartości postępowań dotychczas zrealizowanych, a także dynamikę rynku budowlanego na przestrzeni referencyjnego czasookresu, w tym ocenę sytuacji rynkowej.
5. Zgodnie z art. 577 ust. 4 k.c. okres gwarancji na roboty budowlane może być zasadniczo określony dowolnie, ale w braku zastrzeżenia umownego **termin ten wynosi dwa lata.** Ustalenie przez Zamawiającego pięcioletniego minimalnego okresu gwarancji jakości jest zatem oczekiwaniem przewymiarowanym, a oczekiwanie, że wykonawcy zaoferują siedmioletni okres gwarancji jest oczekiwaniem niespotykanym rynkowo, znacząco przekraczającym zwyczajowo przyjęte okresy gwarancji na rynku usług budowlanych. Przykładowo odwołujący wskazuje na inne przetargi kubaturowe gdzie znalazły się postanowienia dotyczące okresu gwarancji, realne do zaoferowania przez wykonawców funkcjonujących na rynku, np. „Przebudowa, rozbudowa oraz remont konserwatorski kompleksu budynków Sądu Okręgowego w Łomży położonych przy ul. Dwornej 16 oraz przy ul. Dwornej 16

Długość okresu gwarancji i rękojmi - waga 40 % (40 pkt),
- 36 miesięcy – minimalny wymagany okres gwarancji i rękojmi – 0 pkt.
- 48 miesięcy – okres gwarancji i rękojmi – 20 pkt.
- 60 miesięcy - maksymalny okres gwarancji i rękojmi – 40 pkt.



- zaoferowany dłuższy okres gwarancji i rękojmi niż 60 miesięcy nie będzie dodatkowo punktowany."

6. By przywrócić konkurencyjność w postępowaniu, omawiane kryterium oceny ofert powinno zostać zdaniem Odwołującego zweryfikowane i każdy rok ponad standardowy okres obowiązywania gwarancji powinien zostać już punktowany. Wprowadzenie pewnej gradacji w oczekiwaniach Zamawiającego dotyczących długości okresu gwarancji pozwoli na realne dostosowanie możliwości każdego z wykonawców do oczekiwań Zamawiającego, doprowadzając tym samym do realnej konkurencji, która jest nadrzędnym wymaganiem dotyczącym definiowanych kryteriów oceny ofert. Każdemu z wykonawców umożliwione zostałyby bowiem zaoferowanie takich parametrów w ramach omawianego kryterium pozacenowego, które są kompatybilne z jego możliwościami.
7. W obecnym kształcie wymagania Zamawiającego w odniesieniu do kryteriów oceny ofert mają charakter „zero – jedynkowy”, wymuszając na wykonawcach deklaracje w praktyce trudne do spełnienia. Wykonawcy nie mają możliwości zaoferowania okresu wydłużonej gwarancji mieszczącego się w limitach racjonalności, bo oferta o takich parametrach (nie deklarująca wymaganego maksimum) automatycznie pozbawiona byłaby jakichkolwiek dodatkowych punktów, będąc zrównaną z ofertą deklarującą parametry minimalne. W praktyce, w obecnym kształcie wymagania Zamawiającego, premiują Wykonawców, którzy bezrefleksyjnie przystaną na narzucone przez Zamawiającego (nierynkowe i nieracjonalne) założenia oparte na 7-letniej gwarancji jakości. W konsekwencji, tak skonstruowane kryterium zbliża je wręcz do kryterium o charakterze podmiotowym, premiując tych wykonawców, którzy posiadając większe zasoby finansowe i/lub podchodząc do wyceny ryzyk związanych z kontraktem w sposób mniej rzetelny i/lub zakładając spór z Zamawiającym co do egzekwowania jego uprawnień z tytułu gwarancji na etapie realizacji kontraktu, zadeklarują wymagane obecnie przez Zamawiającego maksimum.
8. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:**

Rozdział XVIII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert:

3. Zasady oceny ofert w kryterium Gwarancja jakości (G)- waga 40%:

Okres gwarancji jakości, liczony pełnych miesiącach, od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego:

* 36 miesięcy – 20 pkt

* 48 miesięcy - 30 pkt

* 60 miesięcy - 40 pkt

4. Podstawą przyznania punktów w kryterium "gwarancja jakości" będzie okres gwarancji podany przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Określenie przez Wykonawcę okresu gwarancji w więcej niż jednym przedziale lub brak wskazania go w ogóle spowoduje przyjęcie przez Zamawiającego domniemania, iż Wykonawca zaoferował **minimalny, tj. 24-miesięczny okres gwarancji.**

II. Umowa

II.1. Uwagi ogólne



1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w dalszej części niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą treści projektowanych warunków Umowy udostępnionych przez Zamawiającego w ramach załączników do SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.**¹ Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.² W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353¹ KC.
2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**³

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

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

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



II.2. Zarzut dotyczący odbioru bezusterkowego – zarzut nr 2

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, wprowadził m.in. następujące postanowienia regulujące procedurę odbioru robót:

§ 17.

1. Zgłoszenie gotowości Robót do odbioru końcowego

a) Kiedy całość Robót w zakresie Etapu I (zamówienie podstawowe) oraz w zakresie Etapu II (zamówienie w ramach Prawa Opcji) zostanie ukończona, Wykonawca zgłosi każdorazowo, osobno gotowość do Odbioru Końcowego Robót Etapu I, Etapu II oraz całości Inwestycji poprzez:

- 1) dokonanie wpisu do dziennika budowy – jeżeli zezwalają na to przepisy prawa budowlanego;
- 2) powiadomienie Zamawiającego.

b) Zgłoszenie gotowości do Odbioru Końcowego Robót może być dokonane tylko po:

- 1) zgłoszeniu Robót w zakresie danego Etapu do przeglądu technicznego. Wykonawca dokona takiego zgłoszenia z 7 (siedmio) - dniowym wyprzedzeniem. W ramach zgłoszenia powiadomi Inwestora o planowanym terminie rozpoczęcia przeglądów technicznych i ich zakresie. Wraz z informacją Wykonawca przedłoży harmonogram rozruchu instalacji, prób i sprawdzeń,
- 2) dokonaniu przeglądu technicznego potwierdzonego protokołem z przeglądu Robót. Przegląd techniczny obejmuje: wskazanie wad, sprawdzeniu poprawności działania instalacji, urządzeń, systemów, ocenie jakości wykonanych Robót. Przegląd dokonywany jest w obecności przedstawicieli Zamawiającego. Dla potrzeb powyższych czynności, przed przystąpieniem do odbiorów technicznych, Wykonawca dostarczy konieczną dokumentację powykonawczą. Rozpoczęcie przeglądu technicznego nie może rozpocząć się później niż 21 (dwadzieścia jeden) dni przed planowanym zgłoszeniem gotowości do Odbioru Końcowego Robót,

3) potwierdzeniu usunięcia wad wykazanych podczas przeglądu technicznego przez inspektorów nadzoru inwestorskiego i Zamawiającego.

Po wykonaniu powyższych czynności, Zamawiający przystąpi do ich odbioru końcowego w dniu określonym przez Strony.

2. Dokumentacja odbiorowa

Przed Odbiorem Końcowym Robót Etapu I, Etapu II oraz całości Inwestycji Wykonawca przeprowadzi przewidziane niniejszą Umową i odpowiednimi przepisami prawa próby techniczne, a na dzień rozpoczęcia czynności Odbioru Końcowego Robót Etapu I, Etapu II oraz całości Inwestycji przedłoży Inwestorowi w szczególności:

m) **protokół z usunięcia wad**

6. Protokół Odbioru Końcowego Robót

Z czynności Odbioru Końcowego Robót Etapu I, Etapu II oraz całości Inwestycji zostanie sporządzony i podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę Protokół Odbioru Końcowego Robót, zawierający wszelkie ustalenia dokonane w ich toku, w tym wszelkie ujawnione wady i usterki o nieistotnym charakterze, których występowanie umożliwiło podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Robót wraz ze wskazaniem terminu ich usunięcia. Jeżeli w trakcie czynności Odbioru Końcowego Robót Etapu I, Etapu II oraz całości Inwestycji:

- a) Zamawiający stwierdzi, że przedmiot odbioru nie spełnia kryteriów gotowości do Odbioru Końcowego Robót z powodu nie zakończenia wszystkich Robót, nieprzeprowadzenia wszystkich



prób, istnienia Wad o charakterze istotnym czy też z powodu innej niezgodności Robót z właściwymi przepisami, normami lub niniejszą Umową tego rodzaju, że uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem choćby w części, czy też Wykonawca nie przekazał Zamawiającemu Dokumentacji Powykonawczej umożliwiającej prawidłowe i bezpieczne użytkowanie i eksploatację przedmiotu odbioru, Zamawiający, może odmówić takiego odbioru. W takiej sytuacji, Zamawiający sporządza Protokół Odmowy Odbioru Końcowego Robót ze wskazaniem Wad o charakterze istotnym, których występowanie uniemożliwia dokonanie Odbioru Końcowego Robót oraz ustala datę ich usunięcia. Po usunięciu przez Wykonawcę zawartych w tym protokole stwierdzonych Wad o charakterze istotnym, Wykonawca ponownie zgłosi gotowość do Odbioru Końcowego Robót a Zamawiający ponownie przystąpi do przeprowadzenia Odbioru Końcowego Robót lub

b) zostaną stwierdzone niemożliwe do usunięcia, ale nieistotne Wady umożliwiające użytkowanie przedmiotu niniejszej Umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający sporządzi Protokół Odbioru Końcowego Robót obniżając odpowiednio Wynagrodzenie, Zamawiający będzie uprawniony w tym zakresie do potrącania odpowiednich kwot, w tym kar umownych, z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy.

c) zostaną stwierdzone nieusuwalne Wady o charakterze istotnym, które uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem Zamawiający może odstąpić od Umowy poprzez złożenie pisemnego oświadczenia w terminie 100 dni od dnia stwierdzenia tych Wad lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi, na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy wg własnego wyboru – przez Wykonawcę lub podmiot trzeci. Zamawiający będzie uprawniony w tym zakresie do potrącania odpowiednich kwot, w tym kar umownych, z Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy. W zakresie odstąpienia od Umowy § 36 ust. 5-8 Umowy stosuje się odpowiednio.

*d) **zostaną stwierdzone nieistotne Wady umożliwiające użytkowanie przedmiotu niniejszej Umowy** zgodnie z przeznaczeniem Zamawiający sporządzi **Protokół Odbioru Końcowego Robót z określonymi uwagami i zastrzeżeniami**. W przypadku uwag lub zastrzeżeń Zamawiający opracuje Protokół Usterek i Wad stanowiący załącznik do Protokołu Odbioru Końcowego Robót, w którym zostaną wskazane stwierdzone przez Zamawiającego w toku Odbioru Końcowego Robót nieistotne Wady i usterek umożliwiające Odbiór Końcowy Robót oraz wyznaczony zostanie termin na ich usunięcie przez Wykonawcę.*

7. Potwierdzenie usunięcia Wad

*Po tym, jak wszystkie Wady wyspecyfikowane w Protokole Usterek i Wad zostaną usunięte, Inwestor i Wykonawca powinni, w ciągu 3 (trzech) dni od daty otrzymania przez Inwestora od Wykonawcy powiadomienia o powyższym, potwierdzić usunięcie usterek i Wad w odniesieniu do wadliwych części poprzez podpisanie Protokołu Usunięcia Usterek i Wad lub odmówić podpisania tego protokołu z uwag na nieusunięcie Wad. **Protokół Usunięcia Usterek i Wad jest załącznikiem do Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji.***

8. Protokół Odbioru Końcowego Inwestycji

Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji będzie możliwe po zakończeniu realizacji przedmiotu Umowy w całości, oraz po uzyskaniu ostatecznych i niezbędnych decyzji, pozwoleń i zezwoleń, w szczególności ostatecznego pozwolenia na użytkowanie. Czas trwania czynności Odbioru Końcowego Inwestycji wliczany jest do Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji. W przypadku nie



udzielenia zamówienia objętego prawem opcji, przedmiotem Odbioru Końcowego Inwestycji będzie jedynie przedmiot zamówienia podstawowego.

2. Z powyższych postanowień wynika, że Zamawiający wprowadził **bezusterkowy odbiór końcowy, jednoznacznie sankcjonowany i wyłączony w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.**
3. Zgodnie z Umową uważa się ją za zakończoną dopiero z chwilą podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji. Od tego momentu zaczyna bieg okres gwarancji oraz kończy się możliwość naliczania kar umownych za zwłokę w realizacji. By jednak dojść do Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji Zamawiający ustalił wieloetapową procedurę odbiorową. W pierwszej kolejności wykonuje się przeglądy techniczne, których bezusterkowość pozwala na dokonanie usterkowego Odbioru Końcowego Robót, następnie Wykonawca jest zobowiązany usunąć usterki i dopiero wtedy zgłasza gotowość do Odbioru Końcowego Inwestycji.
4. Tym samym jakkolwiek Zamawiający zdaje się rozróżniać pojęcia wad istotnych i nieistotnych oraz konsekwencje z takiego rozróżnienia wynikające, to **dokonywane przez niego rozróżnienie nie ma konsekwentnego charakteru.** Już samo dopuszczenie **bezusterkowych odbiorów technicznych narusza równowagę stron Umowy.** Jeżeli wszystkie branże zostaną uprzednio odebrane bezusterkowo, to tym samym Odbioru Końcowego Robót nie będzie rzeczywistym odbiorem, a jedynie skwituje kompletność dokumentacji. Wprowadzenie usterkowego Odbioru Końcowego Robót, który wprost ustala procedurę w której m.in. określa czas na usunięcie wad i usterek po odbiorze końcowym oraz określając jak będzie wyglądać rozliczenie, gdyby wad nie udało się usunąć (§ 17 ust. 6 Umowy), jest zatem pozorne. Tym bardziej, że sprawdzenie jakości robót będzie podwójne, gdyż w przypadku stwierdzenia wad w Protokole Usterek i Wad Odbioru Końcowego Robót, Wykonawca ma je usunąć, a **Protokół Usunięcia Usterek i Wad jest załącznikiem do Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji.**
5. Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, **bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.** Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, **w szczególności przy odbiorach końcowych,** jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczących uchybień.
6. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane **o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe.** Decydujące znaczenie ma charakter wad. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co**



potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:

- **Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06**

„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.”

- **Wyrok SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:**

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że 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. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**

„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 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 posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.”

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19):**

„Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy



czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać odbioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...)."

7. Co więcej, podkreślenia wymaga, że powyższe zasady znajdują też zastosowanie w odniesieniu do odbiorów częściowych. Zasadność „usterkowego” odbioru częściowego jest tym większa, że wielu komentatorów wskazuje, że odbiór częściowy powinien być wręcz traktowany nieco bardziej liberalnie i nie wszystkie wady, które umożliwiałyby odmowę dokonania odbioru końcowego, stanowiłyby uzasadnienie dla odmowy dokonania odbioru częściowego. Należy tu wziąć bowiem pod uwagę fazę realizacji, w której znajdują się roboty i możliwość pewnej korekty wykrytych nieprawidłowości na dalszym etapie prac. Niektórzy idą nawet dalej wskazując, że odbiór częściowy wypełnia raczej rolę „finansowego” kwitowania prac, niż oceny ich jakości, która przeprowadzana jest zasadniczo w ramach odbioru końcowego (tak: Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. ucz. UW dr hab. Konrad Osajda; jak również Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski).
8. Reasumując wszystkie powyższe argumenty, Odwołujący podkreśla, że w doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych dominuje pogląd, że **ustanawianie przez Zamawiającego w umowie postanowień prowadzących w istocie do doprowadzenia do odbioru bezusterkowego, uznać należy bezwzględnie za naruszenie podstawowych obowiązków inwestora, a także podstawowych zasad systemu zamówień publicznych.** Okoliczności te mogą stanowić uzasadnioną podstawę do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.



9. Niezależnie od powyższego, należy zwrócić uwagę, że postanowienia zaprojektowane przez Zamawiającego generują ryzyko nieuzasadnionego przesuwania w czasie rozpoczęcia biegu gwarancji, pomimo, iż obiekt może być już bez przeszkód wykorzystywany przez Zamawiającego. W drodze analogii warto przywołać w tym aspekcie zasadę ustanowioną przez ustawodawcę w ramach art. 577 §4 KC, zgodnie z którą termin gwarancji liczony jest od momentu wydania rzeczy kupującemu. Przekładając to na grunt realizacji o roboty budowlane, zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego termin gwarancji nie mógłby się rozpocząć, pomimo, iż obiekt został mu przekazany i możliwe jest jego prawidłowe funkcjonowanie. Taka sytuacja generuje po stronie wykonawców w sposób oczywisty nadmierne ryzyka, prowadząc do sytuacji, w której termin gwarancji w sposób nieuzasadniony przesuwany może być w zasadzie w nieskończoność w oparciu o identyfikację usterek o zupełnie błałym znaczeniu.
10. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji gdy zamawiający jest zobowiązany do odbioru przedmiotu umowy gdy nie ma on wad istotnych i ma możliwość rozpoczęcia korzystania z niego, to analogicznie jak w art. 577 §4 KC powinno to skutkować rozpoczęciem okresu gwarancji jakości. Zarówno art. 577§4 KC w przypadku dotyczącym gwarancji jakości jak i art. 568§1 KC w przypadku rękojmi wiążą rozpoczęcie okresu odpowiedzialności za wady z momentem wydania rzeczy. W ocenie Odwołującego brak jest więc podstaw aby przesuwać w niniejszym przypadku ten termin i uzależniać go od daty usunięcia wad odbiorowych w sytuacji, w której byłyby to wyłącznie wady o charakterze nieistotnym i nie blokowałyby one odbioru końcowego robót. **Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych rozpoczęcie biegu gwarancji jakości powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odborem końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowania) przez Zamawiającego – a więc od usterkowego Odbioru Końcowego Robót.** Nie ulega przy tym wątpliwości, co potwierdza cytowane powyżej orzecznictwo, że jeśli w ramach wykonywanych robót zostaną zidentyfikowane wady o charakterze nieistotnym to ich wystąpienie w żadnym razie nie blokuje możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego, a co za tym idzie niezasadnym byłoby przesuwanie terminu rozpoczęcia biegu gwarancji jakości.
11. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez usunięcie „bezusterkowych” odbiorów technicznych i nadanie jej następującego brzmienia:**
- § 17.
1. *Zgłoszenie gotowości Robót do odbioru końcowego*
- a) *Kiedy całość Robót w zakresie Etapu I (zamówienie podstawowe) oraz w zakresie Etapu II (zamówienie w ramach Prawa Opcji) zostanie ukończona, Wykonawca zgłosi każdorazowo, osobno gotowość do Odbioru Końcowego Robót Etapu I, Etapu II oraz całości Inwestycji poprzez:*
- 1) *dokonanie wpisu do dziennika budowy – jeżeli zezwalają na to przepisy prawa budowlanego;*
- 2) *powiadomienie Zamawiającego.*
- b) *Zgłoszenie gotowości do Odbioru Końcowego Robót może być dokonane tylko po:*
- 1) *zgłoszeniu Robót w zakresie danego Etapu do przeglądu technicznego. Wykonawca dokona takiego zgłoszenia z 7 (siedmio) - dniowym wyprzedzeniem. W ramach zgłoszenia powiadomi Inwestora o planowanym terminie rozpoczęcia przeglądów technicznych i ich zakresie. Wraz z informacją Wykonawca przedłoży harmonogram rozruchu instalacji, prób i sprawdzeń,*



2) dokonaniu przeglądu technicznego potwierdzonego protokołem z przeglądu Robót. Przegląd techniczny obejmuje: wskazanie wad, sprawdzeniu poprawności działania instalacji, urządzeń, systemów, ocenie jakości wykonanych Robót. Przegląd dokonywany jest w obecności przedstawicieli Zamawiającego. Dla potrzeb powyższych czynności, przed przystąpieniem do odbiorów technicznych, Wykonawca dostarczy konieczną dokumentację powykonawczą. Rozpoczęcie przeglądu technicznego nie może rozpocząć się później niż 21 (dwadzieścia jeden) dni przed planowanym zgłoszeniem gotowości do Odbioru Końcowego Robót,

~~3) potwierdzeniu usunięcia wad wykazanych podczas przeglądu technicznego przez inspektorów nadzoru inwestorskiego i Zamawiającego.~~

Po wykonaniu powyższych czynności, Zamawiający przystąpi do ich odbioru końcowego w dniu określonym przez Strony.

2. Dokumentacja odbiorowa

Przed Odbiorem Końcowym Robót Etapu I, Etapu II oraz całości Inwestycji Wykonawca przeprowadzi przewidziane niniejszą Umową i odpowiednimi przepisami prawa próby techniczne, a na dzień rozpoczęcia czynności Odbioru Końcowego Robót Etapu I, Etapu II oraz całości Inwestycji przedłoży Inwestorowi w szczególności:

~~m) protokół z usunięcia wad~~

7. Potwierdzenie usunięcia Wad

Po tym, jak wszystkie Wady wyspecyfikowane w Protokole Usterek i Wad zostaną usunięte, Inwestor i Wykonawca powinni, w ciągu 3 (trzech) dni od daty otrzymania przez Inwestora od Wykonawcy powiadomienia o powyższym, potwierdzić usunięcie usterek i Wad w odniesieniu do wadliwych części poprzez podpisanie Protokołu Usunięcia Usterek i Wad lub odmówić podpisania tego protokołu z uwag na nieusunięcie Wad. ~~Protokół Usunięcia Usterek i Wad jest załącznikiem do Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji.~~

II.3. Zarzut dotyczący zbyt długiej gwarancji na Sprzęt – zarzut nr 3

1. Zamawiający w § 22 ust. 1 Umowy postanowił, że „Okres rękojmi na dostarczone w ramach tego zamówienia wszelkie **Urządzenia, Sprzęt i akcesoria** na okres **60 m-cy** i liczy się od dnia podpisania przez strony Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji.”
2. Natomiast w § 1 Umowy pojawiła się definicja „**Urządzenia**” „**Sprzęt**”, – to wszelkie wyposażenie, urządzenia, sprzęt, elementy małej architektury, systemy, maszyny, dobra, materiały i rzeczy niezbędne lub wymagane do właściwego wykonania Robót/Dostaw/Usług wraz z wymaganym Oprogramowaniem oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w stanie nie pogorszonym niezbędne do prawidłowej realizacji Inwestycji.
3. Wykonawca robót budowlanych nie jest producentem Urządzeń, Sprzętu ani Oprogramowania, jedynie nabywa materiał w celu realizacji Umowy czyli de facto jego odsprzedaży Zamawiającemu. Zasadniczo producenci dają dwuletnią gwarancję na dany produkt, która w wielu przypadkach nie polega przedłużeniu nawet za dodatkową opłatą. Oczekiwanie 60 miesięcznej rękojmi na Sprzęt jest zatem wymogiem nierealnym, właściwie nie do spełnienia w realiach rynkowych.



4. Inwestorzy funkcjonujący na rynku budowlanym w Polsce niewątpliwie zdają sobie sprawę z wtórnej roli generalnego wykonawcy przy określaniu parametrów długości gwarancji na sprzęt, który uzależniony jest od warunków narzucanych przez producenta. Z tego też względu wyraźnie akcentują, że akceptują długość gwarancji wynikającą właśnie z uwarunkowań danego producenta. Tak np. w ramach postępowania pn. Budowa magazynu środków bojowych wraz z obwałowaniem (przetargu o strategicznym znaczeniu z koniecznością naj pełniejszego zabezpieczania interesów zamawiającego), w ramach którego wskazano, że: *Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości na Prace związane z realizacją Umowy:*
- na roboty budowlane - na okres 60 miesięcy liczony od dnia podpisania Protokołu Odbioru;
 - na urządzenia i materiały - na warunkach określonych w gwarancji udzielonej przez producenta urządzeń, której termin rozpoczyna bieg od daty podpisania Protokołu Odbioru.
5. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie następującego brzmienia:** § 22 ust. 1 Umowy: „Okres rękojmi na dostarczone w ramach tego zamówienia wszelkie Urządzenia, Sprzęt i akcesoria na okres **24 m-cy** i liczy się od dnia podpisania przez strony Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji.”

II.4. Zarzuty dotyczące kar umownych – zarzut nr 4

1. W przedmiotowym postępowaniu, w ramach Umowy, Zamawiający zdefiniował katalog kar umownych obciążających Wykonawcę, wskazując m.in., że:

§ 33 ust. 1 Oprócz kar umownych wskazanych wyraźnie w poszczególnych postanowieniach niniejszej Umowy, Strony przewidują następujące kary umowne, należne od Wykonawcy Zamawiającemu:

*d) karę umowną za niedotrzymanie Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji określonego w § 3 ust. 1 w wysokości **0,025 % całkowitego wynagrodzenia brutto** określonego w § 30 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki,*

e) karę umowną w wysokości 20% całkowitego Wynagrodzenia brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy w przypadku, jeżeli Umowa zostanie rozwiązana z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, jak również w przypadku, gdy Zamawiający odstąpi od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (zarówno na podstawie umownego, jak i ustawowego prawa odstąpienia),

*f) karę umowną w wysokości **0,01 % całkowitego Wynagrodzenia brutto** określonego w § 30 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 4 Umowy,*

*g) karę umowną w wysokości **0,01 % całkowitego Wynagrodzenia brutto** określonego w § 30 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu poprawionego Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 6, lub ust. 8, lub ust. 9 Umowy,*



h) za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę Wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w zakresie robót budowlanych Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości **0,02 % kwoty całkowitego Wynagrodzenia brutto** określonego w § 30 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki,

u) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w §40a w wysokości **0,1% całkowitego wynagrodzenia umownego Wykonawcy brutto** o którym mowa w §30 ust. 1, za każdy dzień zwłoki, przy czym kara umowna będzie liczona dla każdego przypadku odrębnie.

2. Łączna maksymalna wysokość kar umownych z wszelkich tytułów których może dochodzić dana Strona **nie może przekroczyć 30 % Wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy (limit kar umownych)**, z zastrzeżeniem postanowień poniższych. Kary umowne, do których naliczenia na podstawie Umowy uprawniony jest Zamawiający podlegają sumowaniu (**kumulacji**) z tym jednak zastrzeżeniem, że w sytuacji odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy **Zamawiający jest uprawniony osobno do dochodzenia kary umownej za odstąpienie od umowy jako kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego zobowiązania umownego i kara ta nie wlicza się do limitu 30 % określonego w zdaniu pierwszym**. W celu uniknięcia wątpliwości Strony zgodnie ustalają, że kary umowne z tytułu odstąpienia od Umowy oraz kary umowne należne z tytułu zdarzeń zaistniałych w toku wykonywania Umowy a także obowiązki z tytułu rękojmi i gwarancji w części wykonanej przez Wykonawcę, obowiązują i są należne niezależnie od skutków odstąpienia lub rozwiązania Umowy.

2. Odwołujący podnosi, że cytowane na wstępie kary umowne **mają charakter rażąco wygórowany, prowadząc do tego, że obciążenie Wykonawcy jest nieadekwatne, a kara umowna nie służy kompensacji szkody powstałej u Zamawiającego**, a zbliża tak ukształtowane kary umowne do mechanizmu służącego jego nieuzasadnionemu wzbogaceniu. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2574/18) podkreślamy zwłaszcza, że **wysokość kary pieniężnej (...) nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy**. (...) Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie. Jednocześnie, wskazujemy, że jak wskazują komentatorzy kara umowna ma naprawiać szkodę wynikłą z niewykonania albo nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. (...) przyjąć trzeba, że w razie wykazania, że wierzyciel istotnie żadnej szkody nie poniósł (co może przecież w procesie przyznać), kara umowna nie powinna zostać mu zasądzona (por. literaturę przywołaną za każdym z tych stanowisk przez W. Popiołka, w: Pietrzykowski, Komentarz KC, t. II, 2015, s. 92–93, Nb 4). Aktualnie zastrzegane w obrocie kary umowne często pozostają zupełnie oderwane od funkcji kompensacyjnej, którą powinny pełnić w pierwszej kolejności. Ich wysokość nie polega na oszacowaniu w pieniądzu negatywnych konsekwencji, na jakie narażony będzie wierzyciel w razie naruszenia zobowiązania, lecz stanowi często przypadkową sumę, na ogół narzucaną bez możliwości negocjacji przez silniejszą stronę umowy (np. ogłaszającą przetarg w trybie zamówień publicznych). (...) Jeśli zatem już prima facie można uznać, że wysokość kary umownej nie ma



żadnego ekonomicznego powiązania z negatywnymi skutkami, na jakie wierzyciel jest narażony z chwilą naruszenia zobowiązania, to przyjmowanie, że dłużnik ma obowiązek zapłaty takiej kary także wtedy, gdy dowiedzie, że żadnej szkody wierzyciel nie poniósł, wypacza istotę tego instrumentu kontraktowego (tak: Kodeks cywilny. Komentarz, red. M. Gutowski, Legalis 2022).

3. Przekładając powyższe na poszczególne kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego w ramach §33 Umowy, Odwołujący zaznacza, że pomimo, że przyjęty przez Zamawiającego % nie wydaje się wysoki, to przy uwzględnieniu szacowanej wartości tego zamówienia (ok. 180 mln zł), wdrożenie omawianych kar umownych przekładałoby się odpowiednio na wartość ok. 45 000 zł za każdy dzień przy karze umownej za przekroczenie terminu realizacji kontraktu, 18 000 zł za każdy dzień zwłoki przy przekazaniu Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz 36 000 zł dziennie za nieterminową płatność podwykonawcom. Z doświadczenia wynika, że proces budowlany tak skomplikowanego zadania, na które składa się i obiekt kubaturowy i boisko sportowe będzie trudny w koordynacji, a każde drobne przesunięcie terminu będzie miało dotkliwe konsekwencje finansowe, dalej idące niż poniesiona przez Zamawiającego szkoda z tego tytułu. Tym samym pozostawienie ww. postanowień w takim brzmieniu doprowadzi do braku możliwości skalkulowania przez wykonawców ryzyk lub ich ustaleniu na hipotetycznym, absurdalnie wysokim poziomie (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), dlatego podkreślamy zasadność modyfikacji treści Umowy w tym zakresie.
4. Odnosząc się do kary §33 ust. 1 lit. d) Umowy jakkolwiek Odwołujący nie neguje, że terminowość wykonania inwestycji stanowi jeden z podstawowych aspektów jej realizacji i zasadnie zabezpieczona jest karą umowną na rzecz Zamawiającego, to **nie sposób uznać aby wysokość kary proponowana obecnie z tego tytułu miała charakter adekwatny i proporcjonalny do przewinienia**, stanowiąc czynnik mobilizujący wykonawców.
5. Odnosząc się do kar §33 ust. 1 lit. f) i g) Umowy, dotyczących kwestii przekazania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz poprawionego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego należy dodatkowo zaznaczyć, że **dotyczą one co do zasady „pobocznych” zobowiązań umownych, nie wpływających na podstawowe obowiązki wykonawcy i nie zabezpieczających nadrzędnego celu realizacji zamówienia publicznego**. Ocena rażącego wygórowania tych kar umownych winna więc nastąpić z uwzględnieniem, często ich czysto formalnego charakteru. Skoro bowiem wykonawca wypełniłby swoje zobowiązania dotyczące przekazania Harmonogramu to trudno przyznać zasadność tak surowego jego sankcjonowania, które wynosi 0,01% wynagrodzenia całkowitego brutto.
6. Ponadto niezrozumiałe jest uzależnienie wysokości kar umownych z § 33 ust. 1 lit. h) i u) tj. za brak lub nieterminowe uregulowanie zapłaty podwykonawcom od wartości wynagrodzenia podstawowego brutto wykonawcy. Ustawodawca w kodeksie cywilnym i ustawie PZP w sposób szczegółowy uregulował sytuację, w której wykonawca uchyla się od obowiązku zapłaty podwykonawcy zamówienia na roboty budowlane, a także na okoliczność sporu co do zasadności dokonania zapłaty. Zamawiający ma wprawdzie obowiązek bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, ale wynagrodzenie to obejmuje tylko należność



główną, bez odsetek, gdyż jest następstwem okoliczności, za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności. W rezultacie dokonania bezpośredniej zapłaty zamawiający dokonuje potrącenia kwoty wypłaconej bezpośrednio podwykonawcy z kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy. Jednocześnie w niniejszym przypadku Zamawiający obciąży dodatkowo Wykonawcę karą umowną (liczona za dzień zwłoki), która może w sposób istotny przewyższać wynagrodzenie wypłacone podwykonawcy. Wobec powyższego, chociaż zamawiający, jako wierzyciel, może być istotnie zainteresowany wprowadzeniem do umowy dodatkowej gwarancji wykonania obowiązków wykonawcy, to należy jednak uznać, że **dopuszczalność wprowadzania zabezpieczenia, w postaci kar umownych oderwanych od kwoty wynagrodzenia podwykonawcy, a skorelowanych z wynagrodzeniem za całą inwestycję powoduje nadmierne i nieuzasadnione obciążenie finansowe dla wykonawcy.**

7. Niezależnie od powyższego, jak zostało to zasygnalizowane na wstępie Zamawiający w ramach §33 ust. 2 Umowy przewidział łączny limit kar umownych na poziomie 30%. Przy czym Zamawiający wprost dopuszcza kumulację z 20% karą umową za odstąpienie, więc łączne potencjalne obciążenie Wykonawcy może dojść do 50% wynagrodzenia brutto. W tym kontekście Odwołujący podnosi więc, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a **w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 484§2 KC** (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że *roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy* (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), **co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienia nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 20%** (vide §33 ust. 1 lit. e) Umowy).
8. Takie stanowisko zajęła też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 września 2018 r. (sygn. akt KIO 1601/18), gdzie wskazane zostało, że: *„Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wy cenę oferty”*.
9. Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia proporcjonalnego limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do



nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), podkreślamy zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie. Zwracamy przy tym uwagę, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych, którzy tak jak zostało to wskazane w powoływanych powyżej wytycznych zawartych w orzecznictwie sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, **limit tych kar określają na poziomie zrównanym z poziomem kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy**. Tak np. w ramach postępowania pn. „Budowa Gminnego Centrum Przesiadkowego w Sokółce” - nr referencyjny: PI.I.271.6.2022 (limit kar umownych na poziomie 10% przy tożsamej wysokości kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy).

10. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez:**

- **nadanie treści §33 ust. 1 lit d), f), g), h) u) i ust.2 Umowy następującego brzmienia:**

§ 33 ust. 1 Oprócz kar umownych wskazanych wyraźnie w poszczególnych postanowieniach niniejszej Umowy, Strony przewidują następujące kary umowne, należne od Wykonawcy Zamawiającemu:

*d) karę umowną za niedotrzymanie Terminu Zakończenia Realizacji Inwestycji określonego w § 3 ust. 1 w wysokości **0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto** określonego w § 30 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki,*

*f) karę umowną w wysokości **0,005 % całkowitego Wynagrodzenia brutto** określonego w § 30 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 4 Umowy,*

*g) karę umowną w wysokości **0,005 % całkowitego Wynagrodzenia brutto** określonego w § 30 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki w przekazaniu Zamawiającemu poprawionego Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, w stosunku do terminu określonego w § 3 ust. 6, lub ust. 8, lub ust. 9 Umowy,*

*h) za brak zapłaty lub za nieterminową zapłatę Wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom w zakresie robót budowlanych Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości **0,02 % kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto podwykonawcy** za każdy dzień zwłoki,*

*u) z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w §40a w wysokości **0,1% kwoty całkowitego wynagrodzenia brutto podwykonawcy**, za każdy dzień zwłoki, przy czym kara umowna będzie liczona dla każdego przypadku odrębnie.*

*2. Łączna maksymalna wysokość kar umownych z wszelkich tytułów których może dochodzić dana Strona **nie może przekroczyć 20 % Wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 30 ust. 1 Umowy (limit kar umownych)**, z zastrzeżeniem postanowień poniższych. Kary umowne, do których naliczenia na podstawie Umowy uprawniony jest Zamawiający podlegają*



sumowaniu (kumulacji) z tym jednak zastrzeżeniem, że w sytuacji odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy Zamawiający jest uprawniony osobno do dochodzenia kary umownej za odstąpienie od umowy jako kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego zobowiązania umownego i kara ta nie wlicza się do limitu 30 % określonego w zdaniu pierwszym. W celu uniknięcia wątpliwości Strony zgodnie ustalają, że kary umowne z tytułu odstąpienia od Umowy oraz kary umowne należne z tytułu zdarzeń zaistniałych w toku wykonywania Umowy a także obowiązki z tytułu rękojmi i gwarancji w części wykonanej przez Wykonawcę, obowiązują i są należne niezależnie od skutków odstąpienia lub rozwiązania Umowy.

II.5. Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej – zarzut nr 5

1. Zamawiający w ramach postanowień dotyczących klauzuli waloryzacyjnej ustalił, że:

§40a ust. 2 Umowy „Zapisy niniejszej klauzuli mają zastosowanie przy wystąpieniu zmiany wskaźnika produkcji budowlano-montażowej dla budowy budynków GUS **o co najmniej 10% w stosunku do wysokości tego wskaźnika z daty zawarcia Umowy**, z zastrzeżeniem postanowień np.. 439 ust. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 roku Prawo zamówień publicznych.” .

§40a ust. 7 Umowy „**Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowienia niniejszej Klauzuli Waloryzacyjnej o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wynosi 5% Wynagrodzenia Wykonawcy określonego pierwotnie w ofercie Wykonawcy.**”

2. W tym miejscu Odwołujący nadmienia, że pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmu waloryzacyjnego, w tym co do maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia na skutek wdrożenia klauzul waloryzacyjnych, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość doboru najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84). **Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia.** Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej np.m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług, problemami z realizacją dostaw produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi, **prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej nabiera szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych**”.
3. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne **Zamawiający podporządkowany jest temu, aby mechanizm ten realnie działał podczas**



danej realizacji. Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający **podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości**, która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego oznacza, że należy ustalić czy określony przez Zamawiającego „aktywator” zastosowania klauzuli oraz limit waloryzowanych kwot będzie miał szanse zadziałać i pozwoli na urealnienie wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

4. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej **urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami**, których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany. Przy czym Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.
5. Podobnie o celach zastosowania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy wypowiada się Krajowa Izba Odwoławcza:

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 września 2021 r., KIO 2355/21:**

„Klauzule waloryzacyjne mają za zadanie dążenie do równowagi stron stosunku umownego w zamówieniach publicznych w sposób uwzględniający zmiany okoliczności, mających wpływ na wynagrodzenie wykonawcy w toku realizacji świadczenia. Dostosowanie cen materiałów i kosztów wykonania zamówienia do ich rzeczywistych wartości zmniejsza również ryzyko nienależytej realizacji świadczenia.”

- **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2022 r., KIO 1192/22**

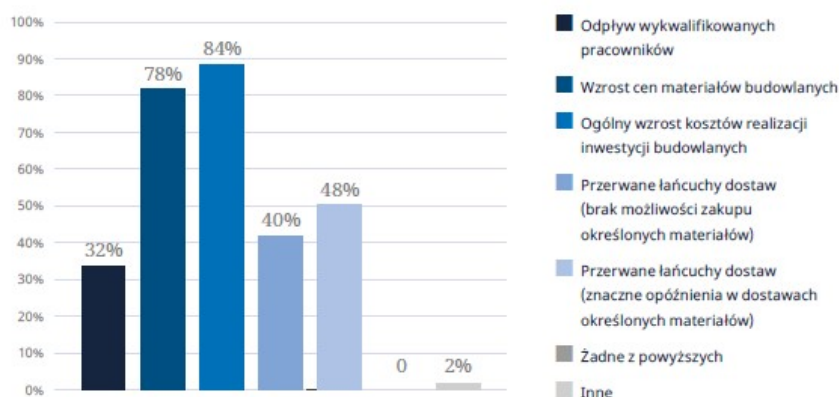
„Celem np.tosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy



szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniając zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy."

6. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie kilkanaście miesięcy przyniosło branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert.
7. Jednym z głównych czynników związanych z wahaniami cen surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej na rynku budowlanego jest trwającą wojna na Ukrainie. Raport branżowy pt. „Wybuch wojny w Ukrainie a wzrost kosztów realizacji inwestycji budowlanych w Polsce” opracowany wspólnie przez Partnera Technicznego (CCM) oraz Partnera Prawnego (DLA Piper)⁴ pokazuje wszystkie najważniejsze dane dotyczące zmian cen kluczowych surowców i materiałów wykorzystywanych w budownictwie za okres 24 lutego 2022 r. – 24 lutego 2023 r. Pomimo faktu, że raport został wydany wiosną tego roku, jego wnioski są aktualne na dzień wniesienia niniejszego odwołania, gdyż zawierają informację o trendzie, który ma długofalowy i nieprzewidywalny wpływ na branżę budowlaną. Wydanie raportu poprzedzone zostało badaniem rynnym, które objęło m.in. wszystkie firmy zrzeszone w Polskim Związku Pracodawców Budownictwa, ogólnopolskiej organizacji firm infrastrukturalnych i budowlanych. Odpowiedzi respondentów wskazują wprost na istotny wzrost kosztów ponoszonych przez wykonawców w branży budowlanej, ale i na wiele dodatkowych czynników wpływających na ogólne pogorszenie sytuacji.

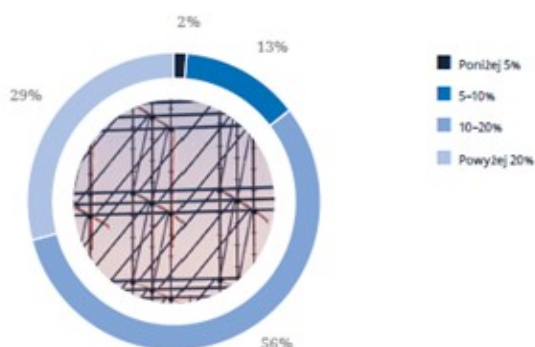
1. W jaki sposób wybuch wojny w Ukrainie wpłynął na realizowane przez Państwa kontrakty budowlane, począwszy od momentu eskalacji zbrojnego konfliktu w Ukrainie (24.02.2022 r.)? (prosimy wybrać kilka)



⁴ Dostęp do Raportu: <https://ccmanagement.pl/raport-ccm-i-dla-piper-wybuch-wojny-w-ukrainie-a-wzrost-kosztow-realizacji-inwestycji-budowlanych-w-polsce/>

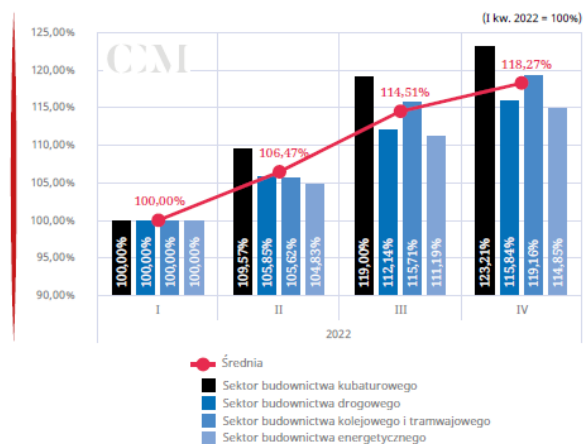


2. O ile procent wzrosły koszty realizowanych przez Państwa kontraktów budowlanych, począwszy od momentu eskalacji zbrojnego konfliktu w Ukrainie? (prosimy wybrać jedno)



8. Co niezwykle istotne, wpływ wojny na wzrost cen w największym stopniu dotknął sektora budownictwa kubaturowego, bowiem z przeprowadzonej analizy wynika, że tylko w okresie od pierwszego kwartału 2022 r. do czwartego kwartału 2022 r. średnia cena wykonania obiektów z tego sektora wzrosła aż o 23,21%:

Procentowa zmiana średniej ceny wybranych obiektów referencyjnych dla poszczególnych sektorów budownictwa



9. Nie ma jeszcze podobnych danych ujawnionych kompleksowo za 2023 r. ale analizując sytuację rynkową widać, że następuje dynamicznie dalszy wzrost cen usług i materiałów, przy czym nie jest on na takim poziomie jak w 2022 r., a jednocześnie nie ma wskaźników, które pozwalałyby przewidzieć % wzrost w czasie. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym **bardziej muszą mieć pewność właściwie zbalansowanej klauzuli waloryzacyjnej i realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej**, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.



10. Przedkładając powyższe na niniejsze postępowanie Odwołujący zwraca uwagę na bezsporność stwierdzenia, że Zamawiający w ramach sformułowanej przez siebie klauzuli waloryzacyjnej zamieścił szereg zasad ograniczających dowolność skorzystania z mechanizmu. Należą do nich następujące warunki, które muszą być spełnione łącznie:

- waloryzacji nie podlega wynagrodzenie za roboty wykonane przez pierwszy rok umowy,
- waloryzacja odbywa się co kwartał w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszany przez GUS,
- złożenie wniosku o waloryzację jest możliwe gdy wskaźnik GUS zmieni się o poziom przekraczający +/- 10% (obecnie) w stosunku do wskaźnika z daty zawarcia Umowy,
- waloryzacja będzie się odbywała przy zastosowaniu wskaźnika waloryzacji obliczonego według wzoru,
- określenie łącznej maksymalnej wartości wszystkich zmian wynagrodzenia do 5% pierwotnej wartości kontraktu.

11. Z powyższego katalogu „blokad” waloryzacji, najistotniejsze znaczenie praktyczne ma wysokość wskaźnika GUS w zakresie cen produkcji budowlano-montażowej (tzw. „**aktywator**”), ustalony obecnie na poziomie 10%. W treści proponowanej klauzuli waloryzacyjnej Zamawiający podał, że strony będą mogły żądać waloryzacji wynagrodzenia wyłącznie, gdy ze wskaźników GUS będzie wynikać, że suma ogłaszanych wartości zmian ceny produkcji budowlano-montażowej zmieni się łącznie o poziom przekraczający **+/- 10%** w stosunku do wskaźnika z daty zawarcia Umowy. Sens zastosowania tego tzw. „aktywatora” sprowadza się wyłącznie do ograniczenia zaangażowania (czasowego, ekonomicznego, osobowego) Stron umowy w procedowanie waloryzacji dla pewnych kwot ograniczonych procentowo, jednak w żadnej mierze nie wynika z przepisów ustawy Pzp. Z uwagi więc z jednej strony na brak obligatoryjności wprowadzania postanowień tego rodzaju (dotyczących aktywatora waloryzacji), z drugiej zaś na nałożonym na zamawiających obowiązku wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego postanowień, które realnie zagwarantują wdrożenie mechanizmu waloryzacyjnego, często spotykaną praktyką jest nawet całkowita rezygnacja z zastosowania aktywatorów, z dwóch podstawowych względów:

- a) aktywatory nie zostały uwzględnione jako elementy proponowanych klauzul waloryzacyjnych w ramach przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych publikacji z listopada 2022 r. pt.: „Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa”⁵, nie są też standardowo uwzględniane jako elementy klauzuli w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA oraz PKP PLK, wybranych jako referencyjne w omawianym dokumencie;
- b) wskaźnik referencyjny służący do wyliczenia wzoru waloryzacji, przy przyjęciu zbyt wysokiego progu aktywacji, mógłby nigdy nie znaleźć zastosowania, co nie jest zgodne z założeniami ustawodawcy i respektowaniem prawidłowości wydatkowania środków publicznych.

12. W ocenie Odwołującego, wprowadzenie takiego dodatkowego warunku w postaci aktywatora prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie wykonawcy może w ogóle nie podlegać waloryzacji – w całości, lub w określonej części. W przypadku, gdy wskaźnik, o którym mowa w §40a ust. 2

⁵ Plik z wytycznymi dostępny pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa>



umowy zatrzyma się w porównywalnym okresie, np. na wartości 9,9% lub mniej (co jest bardzo prawdopodobne, niemal pewne) klauzula waloryzacyjna w ogóle nie znajdzie zastosowania, będzie postanowieniem nieefektywnym, albo wręcz martwym, wbrew literalnemu brzmieniu przepisu ustawy Pzp. **W realiach prowadzenia inwestycji budowlanych poprzez wprowadzenie takich dodatkowych obostrzeń związanych ze skorzystaniem z mechanizmu waloryzacji, Zamawiający nie dąży więc do urealnienia tego mechanizmu i dostosowania go do specyfiki danej inwestycji, ale wręcz do jego unicestwienia.** Jeśli zatem Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie aktywatora, to powinien mieć on ustawiony **realny poziom**, który będzie dawał szansę na jego uruchomienie i przywrócenie równowagi stron odpowiednio kształtując wynagrodzenie wykonawcy.

13. Odwołujący wskazuje jak kształtowały się wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w ostatnich trzech miesiącach, za które GUS udostępnił już dane:

- w sierpniu 2023 r. - **ogółem +0,7%** Ceny produkcji budowlano-montażowej były wyższe niż w poprzednim miesiącu. Zanotowano wzrost cen we wszystkich rodzajach działalności:

- budowa budynków +0,6%
- budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej +0,8%
- roboty budowlane specjalistyczne +0,6%

- w lipcu 2023 r. **ogółem +0,7%** Ceny produkcji budowlano-montażowej były wyższe niż w poprzednim miesiącu. Zanotowano wzrost cen we wszystkich rodzajach działalności:

- budowa budynków +0,6%
- budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej +0,7%
- roboty budowlane specjalistyczne +0,7%

- w czerwcu 2023 r. **ogółem +0,9%** Ceny produkcji budowlano-montażowej były wyższe niż w poprzednim miesiącu. Zanotowano wzrost cen we wszystkich rodzajach działalności.

- budowa budynków +0,7%
- budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej +1,0%
- roboty budowlane specjalistyczne +0,9%

łącznie - 2,3%.

14. Przy czym nawet w okresie tuż po wybuchu wojny w Ukrainie, co jak było wskazane wyżej było najistotniejszym elementem wzrostu cen, ogólne miesięczne wskaźniki GUS oscylowały w okolicach 1,5%.

- w marcu 2022 r. **ogółem +1,4%** Ceny produkcji budowlano-montażowej były wyższe niż w poprzednim miesiącu. Zanotowano wzrost cen we wszystkich rodzajach działalności.

- budowa budynków +1,4%
- budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej +1,4%
- roboty budowlane specjalistyczne +1,3%

- w kwietniu 2022 r. **ogółem +1,3%** Ceny produkcji budowlano-montażowej były wyższe niż w poprzednim miesiącu. Zanotowano wzrost cen we wszystkich rodzajach działalności.

- budowa budynków +1,6%
- budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej +1,2%
- roboty budowlane specjalistyczne +1,0%



- w maju 2022 r. **ogółem +1,3%** Ceny produkcji budowlano-montażowej były wyższe niż w poprzednim miesiącu. Zanotowano wzrost cen we wszystkich rodzajach działalności.

- budowa budynków +1,6%
- budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej +1,3%
- roboty budowlane specjalistyczne +1,0%

łącznie – 5%

15. W związku z powyższym mimo, że zmiany cen są istotne w skali długoterminowych umów (nawet o ok 20% od pierwotnej ceny inwestycji) to pomimo istotnych „wyzwalaczy” typu wybuch wojny w sąsiednim kraju, stosunek cen w przeciągu kwartału nie wzrasta aż tak skokowo by osiągnąć próg 10%. Odwołujący wnioskuję o zmniejszenie „aktywatora” mechanizmu waloryzacyjnego do poziomu 3%, który z jednej strony uzasadniony jest historycznymi danymi porównawczymi, z drugiej zaś stanowi realny pułap, który Odwołujący zidentyfikował w innych postanowieniach umów na budowę obiektów kubaturowych z ostatnich miesięcy, o ile takowe postanowienia w ogóle w nich występowały. W tym kontekście Odwołujący przywołuje postępowanie:

- pn. *„Budowa Uniwersyteckiego Centrum Stomatologicznego Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego przy ul. M. Skłodowskiej – Curie w Gdańsku”*, w ramach którego zamawiający przyjął 4% aktywator waloryzacji

- pn. *Budowa, przebudowa oraz zmiana sposobu użytkowania obiektów zajezdni tramwajowej przy ul. Toruńskiej 278 w Bydgoszczy*, w ramach którego zamawiający przyjął 1% aktywator waloryzacji

- pn. *„Budowa Zakładu Pielęgnacyjno - Opiekuńczego w Ostrołęce”* - w ramach którego zamawiający przyjął 3% aktywator waloryzacji

- pn. *Przebudowie Parku Planty i Bulwarów Kościalkowskiego realizowanych w ramach zadania Poprawa dostępności infrastruktury turystycznej Białegostoku: przebudowa Parku Planty i Bulwarów Kościalkowskiego w tym modernizacja alejek i nowe oświetlenie przy "Praczkach"* - w ramach którego zamawiający przyjął 1% aktywator waloryzacji

16. Podobne stanowisko co do konieczności korekty postanowień umownych, Odwołujący podnosi w odniesieniu do kwestii limitu waloryzacji ustawionego na 5% wartości wynagrodzenia Wykonawcy. Wskazując na aktualnie obowiązujące tendencje rynkowe, Odwołujący podkreśla, że **największy publiczny Zamawiający w kraju, tj. GDDKiA przewiduje obecnie konsekwentnie we wszystkich realizowanych przez siebie kontraktach limit waloryzacji na poziomie 10%**. Jak wskazane zostało na oficjalnej stronie internetowej GDDKiA: *„Obecnie w umowach GDDKiA stosowany jest 10-procentowy limit waloryzacyjny. Obejmuje on umowy zawierane na wszystkich etapach prac nad inwestycją drogową, tj. od opracowania dokumentacji przygotowawczej, poprzez projekt, aż po roboty budowlane i nadzór nad realizacją kontraktu. Taki limit waloryzacyjny obejmuje też długookresowe prace związane z utrzymaniem istniejących dróg”*. Przykładowo Odwołujący wskazuje tutaj na ostatnie postępowania prowadzone przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie „Rozbudowa drogi krajowej nr 65 na odcinku Olecko – Gąski od km 43+289 do km 49+150” oraz „Rozbudowa drogi krajowej nr 63 na odcinku Borki - Jeże”, gdzie wprowadzono limit waloryzacji na poziomie 10% wynagrodzenia.

17. Taka tendencja obserwowana jest zresztą również u innych publicznych zamawiających. Tytułem przykładu, Odwołujący wskazuje na postępowania prowadzone przez Województwo Podkarpackie



(np. postępowanie pn. „*Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 855 Zaklików - Stalowa Wola wraz z budową mostu na rzece San oraz budową, przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej budowli i urządzeń budowlanych w miejscowościach Stalowa Wola, Brandwica i Rzeczyca Długa*”), gdzie przewidziany limit waloryzacji również wynosił 10% łącznego wynagrodzenia.

18. Mało tego, podkreślenia wymaga, że wskazany 10% limit waloryzacji, stanowiący obecnie pewną „normę” rynkową jest wartością absolutnie minimalną, co obrazują obecne postulaty branży budowlanej, która domaga się podwyższenia limitu waloryzacji nawet do 20%, co – zgodnie z wiedzą Odwołującego – stanowi obecnie przedmiot rozmów i ustaleń z przedstawicielami strony zamawiającej (vide np. <https://www.muratorplus.pl/biznes/wiesci-z-rynku/zbyt-niska-waloryzacja-w-budownictwiezagroza-tysiacom-firm-branza-domaga-sie-zmian-rzadz-milczy-aa-pUan-79yk-wAJ9.html>).
19. **W konsekwencji, proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji, czyni przewidziany mechanizm waloryzacyjny nie tylko nieefektywnym, ale wręcz zupełnie martwym.** Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, **wykonawcy zmuszeni będą w kalkulować w cenę ofertową.** W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu prowadzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.
20. Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że **prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu** (por. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022).
21. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:**
- §40a ust. 2 Umowy „*Zapisy niniejszej klauzuli mają zastosowanie przy wystąpieniu zmiany wskaźnika produkcji budowlano-montażowej dla budowy budynków GUS o co najmniej 3% w stosunku do wysokości tego wskaźnika z daty zawarcia Umowy, z zastrzeżeniem postanowień art. 439 ust. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 roku Prawo zamówień publicznych.*”
- §40a ust. 7 Umowy „**Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowienia niniejszej Klauzuli Waloryzacyjnej o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wynosi 10% Wynagrodzenia Wykonawcy określonego pierwotnie w ofercie Wykonawcy.**”



Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione.

Załączniki:

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