

CML Construction Services Sp. z o.o. Tel: +48 22 71 44 369
ul. Parzniewska 10 Fax + 48 22 71 44 908
PL 05-800 Pruszków / Polska tel. kom. +48 788 951 731
krzysztof.tomaszewski@bauholding.com



Pruszków, dnia 28 sierpnia 2023 r.

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

Zamawiający: UNIWERSYTET MEDYCZNY W ŁODZI
90-419 Łódź, al. Kościuszki 4
REGON: 473073308 NIP: 725-18-43-739
e-mail: janusz.kokoszko@umed.lodz.pl

Odwołujący: STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,
wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego
prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie
XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
pod numerem KRS 0000054588

reprezentowana przez radcę prawnego Krzysztofa Tomaszewskiego,
adres do korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
telefon: + 48 (22) 71 44 369 fax: + 48 (22) 71 44 908
e-mail: krzysztof.tomaszewski@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 28.08.2023 r. drogą elektroniczną na adres
e-mail: janusz.kokoszko@umed.lodz.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub
przekraczającej progi unijne prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie
robót budowlanych pn. „Budowa Budynku Radioterapii w ramach Drugiego etapu Centrum
Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem
Onkologicznym – roboty wykończeniowe z dostawami” – nr referencyjny: ZP/90/2023

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii
Europejskiej w dniu 16.08.2023 r. pod numerem **2023/S 156-498397**

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

Strona 1 z 19

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: INGBPLWXXX

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.)

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej), na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwanej w dalszej części „PZP”) wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. *„Budowa Budynku Radioterapii w ramach Drugiego etapu Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym – roboty wykończeniowe z dostawami”* o nr ref ZP/90/2023 (dalej: *„Postępowanie”*), polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 3 do SWZ *„Wzór umowy”* (dalej *„Umowa”*) w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej *„KC”*).

I. Termin.

Ogłoszenie o zamówieniu w dniu 16.08.2023 r. zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 28.08.2023 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Zarzuty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1. naruszenie art. 353(1) w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 1) oraz art. 99 ust. 1 PZP** poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i zastrzeżenie w §3 ust. 6 Załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy uprawnienia Zamawiającego do powierzenia - na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy - realizacji dalszych prac innemu wykonawcy po uprzednim odstąpieniu o od umowy przez Zamawiającego w całości lub w części, co stanowi nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku skalkulowania w cenie oferty ryzyka, którego na etapie składania tej oferty wykonawca nie jest w stanie określić i nie może też go przewidzieć na etapie zawierania umowy, co skutkuje obowiązkiem przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji.
- 2. naruszenie art. 450 ust. 1 PZP w zw. z art. 452 ust. 2 PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) ustawy Kodeks cywilny** poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i zastrzeżenie w §9 ust. 11 Załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy nieprzewidzianej w przepisach PZP dodatkowej formy

zabezpieczenia należytego wykonania umowy, polegającej na przyznaniu Zamawiającemu uprawnienia do zatrzymania w ramach każdej pozycji kosztorysowej realizowanych prac części jej wartości w wysokości 20%, mającej stanowić wartość pozwolenia na użytkowanie obiektu, podczas gdy ustawa PZP nie przewiduje takiej formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a Zamawiający w §13 ust. 1 wzoru umowy ustanowił już zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy, a więc w wysokości maksymalnej dopuszczanej ustawą PZP.

- 3. naruszenie art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 447 ust 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy PZP** poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień wprost sprzecznych z powyższymi przepisami ustawy PZP w zakresie w jakim w §9 ust. 7 lit. a) i b) Załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy Zamawiający wskazuje, że jeśli w wyniku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, na tle rozliczeń dotyczących inwestycji, wykonawca nie będzie mógł przedłożyć oświadczeń jednego lub większej ilości podwykonawców, to wówczas Zamawiający uprawniony będzie do wypłaty wykonawcy wynagrodzenia pomniejszonego o kwotę sporną powiększoną o 20 % jej wartości, która podlegać będzie zatrzymaniu do czasu rozwiązania sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą (w przypadku jeśli wykonawca przedłoży zgodne oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych), bądź Zamawiający uprawniony będzie do wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia pomniejszonego o kwoty zatrzymane na zabezpieczenie roszczeń tego podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego wraz z uprawnieniem do zatrzymania kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy powiększonej o 20% (w przypadku jeśli wykonawca nie przedłoży zgodnego oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych) podczas, gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 PZP, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

- 4. naruszenie art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz 484 ust. 1 w zw. z art. 494 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, w zw. z art. 16 ustawy PZP** poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy i zastrzeżenie w §15 ust. 4 Załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy postanowienia zgodnie z którym odstąpienie przez którąkolwiek ze stron od zawartej umowy w całości nie powoduje uchylenia obowiązku zapłaty kar umownych z tytułu zdarzeń zaistniałych w okresie jej obowiązywania, czyli dopuszczenie wprost przez Zamawiającego możliwości dokonania kumulacji kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z pozostałymi karami umownymi – w tym z tytułu zwłoki wykonawcy w stosunku do któregośkolwiek z terminów pośrednich w realizacji umowy, podczas gdy nie może być kumulowana kara umowna przewidziana za

nienależyte wykonanie zobowiązania, np. kara umowna za zwłokę w wykonaniu zobowiązania z karą umowną za niewykonanie zobowiązania.

5. **naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1), 58 § 1 i 2 i 5 ustawy Kodeks cywilny** poprzez sformułowanie §20 ust. 16 oraz 19 Załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy 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.
6. **naruszenie art. 353(1) w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, w zw. z art. 16 oraz 99 ust. 1 i 433 pkt 3 ustawy PZP** poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, to jest poprzez skonstruowanie postanowień umowy w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i godzi w naturę stosunku prawnego, tj. poprzez nałożenie w §5 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy obowiązku ponoszenia przez wykonawcę wszystkich kosztów energii cieplnej na podstawie refaktur wystawionych przez Zamawiającego w oparciu o faktury wystawione Zamawiającemu przez podmiot dostarczający (refakturowanie 100% kosztów), czyli nałożenia na wykonawcę obowiązku skalkulowania w cenie oferty ryzyka, którego na etapie składania tej oferty wykonawca nie jest w stanie określić i nie może też go przewidzieć na etapie zawierania umowy, co skutkuje obowiązkiem przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji.
7. **naruszenie art. 16 PZP, art. 8 ust. 1 PZP, art. 134 ust. 1 pkt 20 PZP w związku z art. 353(1) KC i art. 647 KC w zw. z art. 483 KC i art. 473 §1 KC** ze względu na zastrzeżenie w §15 ust. 1 lit. j) i p) Załącznika nr 3 do SWZ – wzór umowy kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, poprzez sformułowanie kar umownych w sposób niejasny, ogólnikowy i przyznający Zamawiającemu arbitralne uprawnienie do oceny czy podstawa do nałożenia kary umownej zaistniała czy nie i tym samym uniemożliwiający Wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją Umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności – zmiany treści SWZ oraz wzoru Umowy stanowiącego zał. nr 3 do SWZ poprzez:

- (i) w zakresie zarzutu nr 1 – Odwołujący wnosi o wykreślenie postanowienia §3 ust. 6 w całości, jako stanowiącego nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne i nakładającego na wykonawcę obowiązku przyjęcia na siebie ryzyka niemożliwego do skalkulowania na etapie składania oferty;
- (ii) w zakresie zarzutu nr 2 - Odwołujący wnosi o wykreślenie postanowienia §9 ust. 11 w całości, jako nieznajdującego podstawy prawnej w przepisach ustaw PZP oraz KC;
- (iii) w zakresie zarzutu nr 3 – Odwołujący wnosi o dokonanie stosownych zmian w §9 ust. 7 li. a) i b) poprzez doprowadzenie go do zgodności z przepisami art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 447 ust 1 i 2 w następujący sposób:
 - §9 ust. 7 lit. a): *„Jeśli Wykonawca przedłoży zgodne oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych, wedle załącznika nr 7 do niniejszej umowy lub innej treści zaakceptowanej przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi, Zamawiający wypłaci należne Wykonawcy wynagrodzenie pomniejszone o kwotę sporną”. ~~powiększoną o 20 % jej wartości, która podlegać będzie zatrzymaniu do czasu rozwiązania sporu pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą na zabezpieczenie roszczeń tego podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego, z tym jednak, iż Wykonawca w takim przypadku zrzeka się względem Zamawiającego odsetek za opóźnienie w płatności tej należności, a w przypadku, gdyby w wyniku rozstrzygnięcia Zamawiający zobowiązany był do zapłaty na rzecz tego podwykonawcy kwoty większej niż zatrzymana (odsetki, koszty itp.), Wykonawca zobowiązany jest zapłacić na rzecz Zamawiającego kwotę różnicy”~~*
 - §9 ust. 7 lit. b): *„Jeśli Wykonawca nie przedłoży zgodnego oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych, o którym mowa powyżej, Zamawiający wypłaci należne Wykonawcy Wynagrodzenie pomniejszone o kwoty zatrzymane na zabezpieczenie roszczeń tego podwykonawcy w stosunku do Zamawiającego”. ~~Zamawiający uprawniony będzie do zatrzymania kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy powiększonej o 20%. Wykonawca w takim przypadku zrzeka się względem Zamawiającego odsetek za opóźnienie w płatności tej należności, a w przypadku gdyby w wyniku rozstrzygnięcia Zamawiający zobowiązany był do zapłaty na rzecz tego podwykonawcy kwoty większej niż zatrzymana (odsetki, koszty itp.), Wykonawca zobowiązany jest zapłacić na rzecz Zamawiającego kwotę różnicy”~~*

- (iv) w zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący wnosi o wykreślenie postanowienia §15 ust. 4 w całości, jako stanowiącego nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne poprzez umożliwienie – w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od umowy - kumulowania przez Zamawiającego kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania i kary umownej za niewykonanie zobowiązania, podczas gdy wierzyciel (Zamawiający) nie może zażądać zapłaty obu wymienionych kar umownych, gdyż wzajemnie się one wykluczają ponieważ odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki w stan niewykonania zobowiązania strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania.
- (v) w zakresie zarzutu nr 5 Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany §20 ust. 16 oraz 19 poprzez nadanie im treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze wskaźnik wyjściowy tj. odwołanie się do realnego poziomu zmian wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS.

Punktami krytycznymi jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji są:

- § 20 ust. 16 Umowy warunkujący waloryzację od co najmniej zmiany wskaźnika na poziomie 15% - gdzie taka sytuacja występuje wyłącznie w okresach poważnych, nieprzewidywalnych wzrostów cen, gdzie określone Umową obecne warunki na przestrzeni ostatnich lat rejestrowane są dopiero od czasu ataku Federacji Rosyjskiej na terytorium Ukrainy,
 - § 20 ust. 19 zakładający poniesienie przez Zamawiającego wyłącznie połowy kwoty waloryzacji wynagrodzenia, co przy uwzględnieniu nierealnych i nierynkowych warunków uruchomienia waloryzacji jak powyżej zwiększa dodatkowo ryzyko zmiany cen
- (vi) w zakresie zarzutu nr 6 Odwołujący wnosi o dokonanie stosownych zmian w §5 ust. 3 poprzez doprowadzenie go do zgodności z przepisami art. 353(1) w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, w zw. z art. 16 oraz 99 ust. 1 ustawy PZP w następujący sposób:

§5 ust. 3: *„Wykonawca ponosił będzie koszty zużycia mediów obejmujące koszty: wody, energii cieplnej i elektrycznej, a także wszelkich innych mediów wykorzystywanych w ramach realizacji umowy, do dnia odbioru końcowego. ~~Od chwili przejęcia placu budowy do dnia odbioru końcowego Wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia wszystkich kosztów energii cieplnej na~~*

~~podstawie refaktur wystawionych przez Zamawiającego w oparciu o faktury wystawione Zamawiającemu przez podmiot dostarczający (refakturowanie 100% kosztów). W zakresie pozostałych mediów (z wyłączeniem energii cieplnej)~~ Wykonawca zobowiązany jest do zamontowania podliczników mediów, których wskazania stanowiąc będą podstawę obciążenia Wykonawcy przez Zamawiającego kosztem ich zużycia. Faktury z tytułu opłaty za media wystawiane będą każdorazowo przez Zamawiającego i potrącane z opłacanej faktury Wykonawcy. W przypadku, gdyby Wykonawca z jakiegokolwiek powodu nie zamontował podliczników, zobowiązany będzie do ponoszenia zryczałtowanych kosztów mediów, które strony ustalają na: energia elektryczna 1 %, woda i ścieki 0,5 % z każdej faktury wystawionej przez Wykonawcę, bez względu na to, czy Zamawiający uznał zasadność jej płatności czy nie. Faktury z tytułu opłaty za media wystawiane będą każdorazowo przez Zamawiającego z 7 - dniowym terminem płatności. Zamawiający uprawniony będzie do potrącenia należności z tytułu opłat za media z zobowiązaniami względem Wykonawcy wynikającymi z niniejszej umowy.

- (vii) w zakresie zarzutu nr 7 powyżej Odwołujący wnosi o zmianę zapisów wzoru Umowy w zakresie kar umownych poprzez usunięcie z §15 ust. 1 Załącznika nr 3 do SWZ – przepisów oznaczonych literami j) i p) w całości, jako stanowiących nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne poprzez przyznanie sobie pełnej dowolności w ustalaniu czy podstawa do nałożenia kary umownej zaistniała czy nie.

IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest ponadto podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie PZP. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze umowy, będącym załącznikiem nr 3 do SWZ, są niezgodne z PZP i KC w zakresie wskazanym powyżej tj. zastrzeżenie: wykonania zastępczego po uprzednim odstąpieniu od umowy i naliczeniu kar (§3 ust. 6), uprawnienia do zatrzymania dodatkowego 20% zabezpieczenia wykonania umowy z każdej faktury poza ustawowym (§9 ust. 11 w zw. z par. 16 ust. 7), w przypadku sporu z podwykonawcami/dalszymi podwykonawcami - uprawnienia zamawiającego do zatrzymania kwoty spornej wraz z dodatkowym narzutem 20% kwoty spornej – wobec czego brak prawnych (§9 ust. 7 li. a) i b)), wprowadzenia nieznajdującego w przepisach prawnych obowiązku zapłaty kar umownych za zdarzenia zaistniałe przed odstąpieniem od umowy – w przypadku odstąpienia (§15 ust. 4), wprowadzenia w §20 ust. 16 oraz 19 umowy nierealnych mechanizmów waloryzacji czy też wprowadzenia obowiązku ponoszenia przez wykonawcę wszystkich kosztów energii cieplnej – także niezwiązanych z budową (§5 ust. 3 i 4), a także nieprecyzyjnej podstawy do naliczenia kar umownych (§15 ust. 1 lit. j) i p).

Konsekwencją powyższego jest uniemożliwienie złożenia oferty w postępowaniu przez Odwołującego.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. 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 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 tra KCie 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)

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ, w tym wzoru umowy narusza zasady PZP oraz KC, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia, a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

UZASADNIENIE

1. Uprawnienie Zamawiającego do powierzenia - na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy - realizacji dalszych prac innemu wykonawcy po uprzednim odstąpieniu o od umowy przez Zamawiającego w całości lub w części.

Żądanie usunięcia zapisu §3 ust. 6 związane jest z tym, że Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć na etapie składania oferty ryzyka oraz kosztu powierzenia realizacji robót innemu wykonawcy po uprzednim odstąpieniu o od umowy przez Zamawiającego w całości lub w części – w tym zwłaszcza skalkulowania wysokości związanego z tym hipotetycznego kosztu jaki wykonawca byłby zobowiązany ponieść.

Ryzyko oraz koszt wystąpienia sytuacji w której - po pierwsze zamawiający odstąpi od umowy w całości lub części oraz - po drugie wykonawca zobowiązany będzie ponieść wszelkie koszty wykonania prac przez innego wykonawcę jest okolicznością, której nie da się określić ani oszacować. Jest to więc ryzyko przyjęcia na siebie ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji, które to ryzyko mogą przyjąć na siebie wyłącznie wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe – co wprost narusza dyspozycję art. 16 pkt 1) ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

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

Należy w tym miejscu wyraźnie zaznaczyć, iż celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest by postępowanie zostało przeprowadzone, a zamówienie zostało udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem

usługi o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy zainteresowanego należywym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem 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 nieograniczona. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353(1) Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego.

W konsekwencji – nałożenie na wykonawcę przyjęcie na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji – jak ryzyko wystąpienia sytuacji odstąpienia przez zamawiającego od umowy w całości lub części połączone z ryzykiem poniesienia przez wykonawcę kosztów wykonawstwa zastępczego przez innego wykonawcę w zakresie nieustalonym wprost w umowie prowadzi do naruszenia przepisów art. 353(1) w zw. z art. 5 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1, art. 16 pkt 1) oraz art. 99 ust. 1 PZP i tym samym wniosek o usunięcie §3 ust. 6 z proponowanego brzmienia umowy należy uznać za słuszny.

2. zastrzeżenie nieprzewidzianej w przepisach PZP dodatkowej formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, polegającej na przyznaniu Zamawiającemu uprawnienia do zatrzymania w ramach każdej pozycji kosztorysowej realizowanych prac - części jej wartości w wysokości 20%.

Zamawiający w §9 ust. 11 wzoru umowy przewidział, że 20% każdej pozycji kosztorysowej realizowanych prac jest „wartością pozwolenia na użytkowanie obiektu, stanowiącego potwierdzenie przez właściwe urzędy prawidłowości wykonania prac”, wobec czego gdyby wykonawca nie zakończył realizacji przedmiotu umowy i nie uzyskał pozwolenia na użytkowanie obiektów objętych przedmiotem umowy, to wówczas należne mu wynagrodzenie zostanie obliczone zgodnie z pozycjami kosztorysowymi określonymi w kosztorysie ofertowym poprzez pomniejszenie go o równowartość 20% wartości kosztorysowej wszystkich zrealizowanych i zafakturowanych prac i dostaw objętych przedmiotem umowy.

Zakwalifikowanie w powyższym przepisie 20% każdej pozycji kosztorysowej stanowi więc dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę ponad to wynikające

z ustawy PZP - art. 450 ust. 1 PZP w zw. z art. 452 ust. 2 PZP – i które to zabezpieczenie Zamawiający już we wzorze umowy przewidział w §13 – poprzez zobowiązanie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenie należytego wykonania umowy, w wysokości 5% wartości wynagrodzenia brutto za wykonanie przedmiotu umowy.

Niezgodne z PZP jest wstrzymywanie przez zamawiających płatności na rzecz wykonawców lub odmowa wypłaty w sytuacjach nieznajdujących wprost podstawy prawnej. Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę. Art. 647 kodeksu cywilnego stanowi, że *przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*

Tym samym żądanie od wykonawcy wniesienia dodatkowego zabezpieczenia w postaci kaucji w wysokości 20% wartości każdej pozycji kosztorysowej, która to kaucja może przepaść na rzecz Zamawiającego w przypadkach które Zamawiający w sposób arbitralny dyktuje we wzorze umowy nie znajduje podstaw w ustawie PZP co powoduje, że postanowienie §3 ust. 11 powinno zostać usunięte ze wzoru umowy w całości.

Jak już wyżej wspomniano, Zamawiający ma prawo kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne, jednak nie wolno mu tego uprawnienia nadużywać – stąd wniosek Odwołującego o dokonanie zmiany w ww. zakresie jest uzasadniony.

- 3. przyznanie Zamawiającemu pozaustawowych uprawnień do pomniejszania wynagrodzenia wykonawcy o dodatkowy narzut 20% wartości kwoty spornej (w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, na tle rozliczeń dotyczących inwestycji), bądź zatrzymania wynagrodzenia wykonawcy w wysokości kwoty spornej (w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, na tle rozliczeń dotyczących inwestycji) powiększonej o dodatkowy narzut w wysokości 20% nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy.**

Zgodnie z art. 447 ust. 2 PZP, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Zamawiający wprowadził tymczasem do wzoru umowy w §9 ust. 7 lit. a) i b) dodatkowy narzut (kaucję), którą uprawniony jest zatrzymać w przypadku zaistnienia sporu pomiędzy wykonawcą a

podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą – wynoszącą odpowiednio 20% kwoty spornej (w przypadku wypłaty przez zamawiającego wynagrodzenia wykonawcy gdy wykonawca przedłoży zgodne oświadczenie stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych), bądź 20% kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu tego podwykonawcy (w przypadku gdy wykonawca nie przedłoży zgodnego oświadczenia stron sporu o wysokości kwot bezspornych i wysokości kwot spornych)

W rezultacie, nieprzedstawienie przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców skutkować będzie wstrzymaniem wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w dodatkowej – nieznaney prawu zamówień publicznych – wysokości wynoszącej 20% kwoty spornej, bądź 20% kwoty stanowiącej równowartość nierozliczonej dotychczas części kontraktu podwykonawcy - podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 PZP, w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się jedynie wypłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Zaprezentowany powyżej §9 ust. 7 lit. a) i b) wzoru Umowy w treści nadanej mu przez Zamawiającego jest więc wprost sprzeczny z art. 447 ust. 2 PZP.

Ustawa PZP nie przewiduje bowiem uprawnienia zamawiającego do wstrzymania wymagalnego wynagrodzenia wykonawcy w wysokości ponad tą określoną w 447 ust. 2 PZP. Niezgodne z PZP jest więc wstrzymywanie przez zamawiających płatności na rzecz wykonawców lub odmowa wypłaty w sytuacji, gdy wykonawca nie zdoła przedłożyć oświadczenia podwykonawców lub dalszego podwykonawcy – co może także nastąpić z przyczyn od niego niezależnych (np. ogłoszenie upadłości przez podwykonawcę). Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę. Art. 647 kodeksu cywilnego stanowi, że *przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*

- 4. przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do kumulowania kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z pozostałymi karami umownymi – w tym z tytułu zwłoki wykonawcy w stosunku do któregośkolwiek z terminów pośrednich w realizacji umowy - w przypadku odstąpienia od umowy w całości lub niewykonanej części.**

Zamawiający w §15 ust. 4 wzoru umowy wskazał, że odstąpienie przez którąkolwiek ze stron od zawartej umowy w całości lub niewykonanej części nie powoduje uchylenia obowiązku zapłaty kar umownych z tytułu zdarzeń zaistniałych w okresie jej obowiązywania. Zapis powyższy uprawnia więc Zamawiającego do kumulowania kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania i kary umownej za niewykonanie zobowiązania, podczas gdy jak wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego wierzyciel nie może zażądać zapłaty równoległe dwóch kar umownych – za odstąpienie od umowy oraz kary związanej z nienależytym wykonaniem zobowiązania, ponieważ kara umowna za nienależyte wykonanie zobowiązania należy się wierzycielowi w razie jej zastrzeżenia, gdy świadczenie zostało wprawdzie spełnione przez dłużnika, ale w sposób nienależyty, tzn. gdy zaistniała rozbieżność między zakresem zaspokojenia wierzyciela przewidzianym w treści zobowiązania a zaspokojeniem uzyskanym w rzeczywistości, natomiast obowiązek zapłaty kary umownej zastrzeżonej za niewykonanie zobowiązania powstaje, gdy zobowiązanie nie zostało wykonane, a zatem gdy dłużnik nie spełnił świadczenia, które zgodnie z treścią zobowiązania należy się wierzycielowi, przy czym nastąpiło to z powodu okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Spełnienie jedynie części świadczenia jest równoznaczne z niespełnieniem świadczenia, a tym samym z niewykonaniem zobowiązania. Dlatego nie jest możliwe kumulowanie kary umownej przewidzianej za nienależyte wykonanie zobowiązania, np. wykonanie ze zwłoką, z karą umowną za niewykonanie tego samego zobowiązania, ponieważ kary te wzajemnie się one wykluczają. Odstąpienie od umowy powoduje przekształcenie się stanu zwłoki w stan niewykonania zobowiązania i strona może dochodzić kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy, tj. kary przewidzianej na wypadek niewykonania zobowiązania z wyłączeniem możliwości równoczesnego dochodzenia kary umownej zastrzeżonej z tytułu zwłoki lub opóźnienia jako jednej z postaci nienależytego wykonania zobowiązania. W konsekwencji jeśli doszło zatem do odstąpienia od umowy w całości, należna jest tylko kara za odstąpienie (uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. III CZP 39/12

W konsekwencji zapis §15 ust. 4 wzoru umowy jako sprzeczny z art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz 484 ust. 1 w zw. z art. 494 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, w zw. z art. 16 ustawy PZP powinien zostać usunięty jako związany z nadużyciem przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy.

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

Zamawiający w § 20 Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 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 limitu zmiany wynagrodzenia uniemożliwiającego 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 oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. 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 niezmiernie 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 należyta, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

- a) jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- b) jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
- c) sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;

- d) 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 nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy;*
- 4) *maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie KCie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.*

Zamawiający formułując zapisy § 20 ust. 16 oraz 19 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 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 § 20 ust. 16 Umowy Zamawiający przewidział poziom zmiany cen, od którego będzie uruchamiana waloryzacja na 15% przyjmując za miarę zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia publikowane przez Główny Urząd Statystyczny (GUS) miesięczne: „wskaźniki cen produ KCji budowlano montażowej” (zwany dalej „wskaźnikiem budowlanym”) Pozornie może to świadczyć o spełnieniu wymagania określonego w art. 439 ust. 2 pkt 1) PZP.

Jednocześnie w § 20 ust.16 Umowy stwierdza się:

„Zmiana wynagrodzenia z tytułu zmiany cen materiałów i kosztów może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zgodnie z publikowanymi przez GUS wskaźnikami budowlanymi wartość cen produ KCji budowlano montażowej w stosunku do miesiąca, w którym nastąpiło otwarcie ofert (.....

2023r.) wzrosła powyżej 15%, a w przypadku kolejnej zmiany wynagrodzenia wyłącznie wtedy, gdy zgodnie z publikowanymi przez GUS wskaźnikami budowlanymi wartość cen produ KCji budowlano-montażowej w stosunku do pierwszego pełnego miesiąca po poprzedniej zmianie wynagrodzenia **wzrosła powyżej 15%**”.

Kwestia waloryzacji wynagrodzenia w obecnej sytuacji rynkowej jest istotnym czynnikiem wpływającym na konstruowanie ofert – ustalenie wynagrodzenia wykonawcy.

Celem zilustrowania pozorności zaproponowanych warunków dla dokonywania waloryzacji wynagrodzenia Wykonawca sporządził Tabele 1 z zestawieniem zmian Wskaźnika budowlanego dla 17 ostatnich miesięcy – to jest okresu zbliżonego z okresem realizacji przewidzianym Umową.

Tabela 1: Zestawienie zmian Wskaźnika budowlanego marzec 2022- lipiec 2023 opracowanie własne na podstawie komunikatów GUS

	Kolumna	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M	N	O	P	R
L p	Wyszczególnienie	marzec 2022	kwiecień 2022	maj 2022	czerwiec 2022	lipiec 2022	sierpień 2022	wrzesień 2022	październik 2022	listopad 2022	grudzień 2022	styczeń 2023	luty 2023	marzec 2023	kwiecień 2023	maj 2023	czerwiec 2023	lipiec 2023
1	BUDOWNICTWO - M/M	101,4	101,3	101,3	101,4	100,9	101,0	101,4	101,3	100,6	100,6	100,4	100,6	100,5	100,7	100,9	100,9	100,7
2	Zmiana cen w %	1,4%	1,3%	1,3%	1,4%	0,9%	1,0%	1,4%	1,3%	0,6%	0,6%	0,4%	0,6%	0,5%	0,7%	0,9%	0,9%	0,7%
3	Zmiana cen w % - narastająco	1,4%	2,7%	4,1%	5,5%	6,5%	7,5%	9,0%	10,4%	11,1%	11,8%	12,2%	12,9%	13,5%	14,3%	15,3%	16,3%	17,1%
4	miesiąc	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17

Gdzie:

Wiersz 1 - Wskaźniki cen produ KCji budowlano-montażowej Ogółem -zmiana w stosunku do poprzedniego miesiąca

Wiersz 2 – Wskaźnik wyrażony w [%]

Wiersz 3 – Zmiana wskaźnika narastająco w badanym okresie

Wiersz 4 – miesiąc zestawienia

Zgodnie z Tabelą – przy obecnych rekordowych zmianach wskaźnika – nie odnotowywanych nigdy wcześniej od początku prowadzonych przez GUS pomiarów wysokości cen, określony umową warunek uruchomienia waloryzacji wynagrodzenia zostałby osiągnięty w 15 miesiącu realizacji to jest na 1,5 miesiąca przed zakończeniem wykonania umowy, a więc w okresie gdy wszystkie roboty budowlane są zakończone, a inwestycja jest na etapie uzyskiwania opinii niezbędnych dla Pozwolenia na Użytkowanie.

Poprzedni „boom budowlany” z lat 2006-2009 skutkował wzrostem cen o maksymalnie 9% w skali rok do roku (na podstawie wskaźnika cen produ KCji budowlano-montażowej GUS) . Następnie

przez okres ponad 10 lat, **ceny w budownictwie pozostawały na dość niezmiennych poziomach, notując maksymalne zwwyżki na poziomie 4% rok do roku.** Obecna sytuacja jest o tyle bezprecedensowa, że wzrost cen w sektorze budownictwa notowany przez GUS jest niemal dwukrotnie wyższy niż kiedykolwiek wcześniej zarejestrowany a mimo to Zamawiający wprowadza próg uruchamiający waloryzację określony na 15% przerzucając na Wykonawcę w istotnej części ryzyko zmiany cen.

Dość wspomnieć w tym miejscu, iż zgodnie z bieżącą proje KCją inflacji według Narodowego Banku Polskiego (lipiec 2023) ta ma w skali roku wynosić:

	2023	2024	2025
Inflacja CPI r/r (%)	11,9	5,2	3,6

Źródło: <https://nbp.pl/proje-KCja-inflacji-i-pkb-lipiec-2023/>

Nie powinno zachodzić z pola widzenia że nadal jesteśmy w epicentrum zmian wywołanych konfliktem zbrojnym w Ukrainie, więc sytuacja z biegiem czasu zacznie się stabilizować a nie zaostrzać, co oznacza, że obecna górką cenowa raczej opadnie niż osiągnie jeszcze wyższy, niż obecnie szczytowy. Zamawiający obarcza Wykonawcę nadmiernym ryzykiem na wypadek utrzymania dynamiki zmiany cen (utrzymania wysokiej inflacji).

Przewidziana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna została sformułowana tak, że po jej zastosowaniu dalsze ryzyko zmiany cen ma zostać poniesione przez Wykonawcę. W ocenie Odwołującego ma to zapewnić, by §20 dotyczący waloryzacji wynagrodzenia w praktyce w tra KCie realizacji zamówienia był zastosowany jedynie w ograniczonym zakresie jednocześnie uniemożliwiając przewrócenie ekwiwalentności świadczeń stron.

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, jaką rolę pełnią klauzule waloryzacyjne mają na celu utrzymanie 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 sposób waloryzacji 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.

Zgodnie z zapisami § 20 ust. 19 Zamawiający zakłada poniesienie przez niego wyłącznie połowy kwoty waloryzacji wynagrodzenia, co przy uwzględnieniu wszystkich odnośnych okoliczności, w tym opisanego powyżej sposobu ustalania tej zmiany czyni z mechanizmu waloryzacji zapisanego umową instrument niepraktyczny, nierealny i pozorny który w żaden sposób nie może być traktowany jako spełniający założenia i intencje ustawodawcy.

6. nałożenie na wykonawcę obowiązku poniesienia kosztów energii cieplnej, niezwiązanych z realizacją umowy

Zgodnie z §5 ust. 3 wzoru umowy wykonawca obciążony został obowiązkiem poniesienia wszystkich kosztów energii cieplnej na podstawie refaktur wystawionych przez Zamawiającego w oparciu o faktury wystawione zamawiającemu przez podmiot dostarczający (refakturowanie 100% kosztów).

Należy podkreślić, że na etapie składania oferty wykonawca nie jest w stanie ocenić wysokości kosztów związanych ze zużyciem energii cieplnej, jakie zobowiązany byłby ponieść na skutek zużycia energii cieplnej przez zamawiającego. Wymóg poniesienia przez wykonawcę wszelkich kosztów związanych ze zużyciem energii cieplnej przez zamawiającego nie jest ponadto związany bezpośrednio z realizacją umowy przez wykonawcę.

W konsekwencji na wykonawcę nałożony został wymóg skalkulowania w cenie oferty ryzyka, którego na etapie składania tej oferty nie jest w stanie określić i nie może też go przewidzieć na etapie zawierania umowy - co skutkuje obowiązkiem przyjęcia na siebie ryzyka poniesienia ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji.

Zamawiający nie wyjaśnił ponadto podstawy do obciążenia wykonawcy koniecznością poniesienia wszelkich kosztów energii cieplnej zużytej, także tych nie związanych z realizacją umowy. Nałożenie na wykonawcę obowiązku ponoszenia kosztów zużycia energii cieplnej przez zamawiającego jest przykładem nierównego rozkładu ryzyka kontraktowego tj. obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością za działania i zaniechania podmiotów, za które, zgodnie z prawem odpowiedzialności nie ponosi. Takie postanowienia naruszają też art. 433 pkt 3 PZP, zgodnie z którym ustawodawca zakazał Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałyby na wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego.

7. ustanowienie przez zamawiającego kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych

W zakresie kary określonej w §15 ust. 1 lit. j) i p) tj. kary umownej za „*nienależyte wykonanie umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej oraz innych niż wyłączone na mocy art. 433 pkt 1 – 3 ustawy Prawo zamówień publicznych*” oraz „*w przypadku nienależytego wykonania umowy lub jej warunków innych niż wskazane powyżej*” Zamawiający narusza równowagę stron

Umowy - gdyż w takim wypadku to Zamawiający posiada pełną dowolność w ocenie czy nastąpiło nienależyte wykonanie umowy lub jej warunków, co powoduje, że może on celowo dążyć do nałożenia kary umownej na podstawie przesłanki nie znajdującej wprost podstawy w umowie. Do elementów przedmiotowo istotnych regulujących karę umowną należy zaliczyć przede wszystkim określenie zobowiązania, bądź pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary, a więc wskazanie tytułu jej naliczenia. W powołanych powyżej zapisach brak jest takiego obowiązku, gdyż Zamawiający ograniczył się do wskazania jako podstawy do naliczenia kary umownej ogólnikowego stwierdzenia „nienależytego wykonanie umowy lub jej warunków”, co nie tylko nie może zostać uznane jako podstawa do zastrzeżenia kary umownej, lecz powodować może ryzyko bezpodstawnego wzbogacania się zamawiającego kosztem wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Załączniki:

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