



Pruszków, dnia 27.02.2023 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Wojewódzka Biblioteka Publiczna - Książnica Kopernikańska w Toruniu

ul. Słowackiego 8

87-100 Toruń,

NIP 879-017-72-79

Tel. 56 622 57 01

adres e-mail: sekretariat@ksiaznica.torun.pl

Odwołujący:

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000054588

reprezentowana przez:

radcę prawnego Krzysztofa Tomaszewskiego

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10

05-800 Pruszków

Tel. +48 788951731

e-mail: krzysztof.tomaszewski@bauholding.com

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo



zamówień publicznych pn: „*Rozbudowa i dostosowanie budynku Wojewódzkiej Biblioteki Publicznej – Książnicy Kopernikańskiej do nowych funkcji użytkowych*”

Nr referencyjny: ADM.3810.1.2023

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S 033-095545 w dniu 15 lutego 2023 r. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 27 lutego 2023 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu - dowody w załączeniu.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (pełnomocnictwo wraz z opłatą w załączeniu) na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „**Pzp**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „**Rozbudowa i dostosowanie budynku Wojewódzkiej Biblioteki Publicznej – Książnicy Kopernikańskiej do nowych funkcji użytkowych**” o nr: ADM.3810.1.2023 polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 10 do SWZ „*Projekt umowy*” (dalej „**Umowa**”) w sposób naruszający przepisy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „**Kc**”).

I. Zarzuty

- 1. naruszenie art. 437 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 447 ust. 1 i ust. 2 Pzp** poprzez zawarcie w treści wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do odmowy zapłaty na rzecz wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia (zarówno częściowego oraz końcowego) w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę oświadczeń częściowych lub końcowych od wszystkich zgłoszonych podwykonawców lub dalszych podwykonawców o uregulowaniu wymagalnych należności, bądź – w przypadku faktury końcowej – braku dołączenia przez wykonawcę do faktury końcowej oświadczenia końcowego podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o pełnym rozliczeniu tych robót do wysokości objętej płatnością końcową tj.:

- a) zawarcie w §18 ust. 5 treści wzoru Umowy postanowień:

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

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

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

Strona 2 z 18

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.)

„3. Do przedkładanych faktur Wykonawca jest zobowiązany załączyć każdorazowo oświadczenia częściowe lub oświadczenia końcowe (wg wzorów przekazanych przez Zamawiającego), od wszystkich zgłoszonych podwykonawców/dalszych podwykonawców (z wyłączeniem podwykonawców i dalszych podwykonawców, z którymi zostało już dokonane ostateczne rozliczenie wraz ze złożonym oświadczeniem końcowym lub podwykonawców/dalszych podwykonawców z którymi zawarto umowę polegającą na świadczeniu usługi serwisowania po zakończeniu inwestycji) o uregulowaniu wymagalnych należności. Oświadczenia jw. winny być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania składających je podwykonawców lub dalszych podwykonawców.

4. Do faktury końcowej za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca dołączy oświadczenia końcowe (wg wzoru przekazanego przez Zamawiającego) podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o pełnym rozliczeniu tych robót do wysokości objętej płatnością końcową (z wyłączeniem oświadczeń końcowych uwzględnionych przy poprzednich płatnościach lub oświadczeń podwykonawców/dalszych podwykonawców, z którymi zawarto umowę polegającą na świadczeniu usługi serwisowania po zakończeniu inwestycji).

5. W przypadku niewykonania obowiązków, o których mowa w ust. 3 i 4 termin zapłaty faktury nie rozpoczyna biegu”.

podczas gdy Pzp nie przewidują tego typu sankcji dla wykonawcy, tj. w przypadku nieprzedłożenia przez wykonawcę wymagalnych dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, przyznają one uprawnienie Zamawiającemu do wstrzymania wynagrodzenia należnego wykonawcy jedynie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

2. naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 w zw. z art. 654 Kc poprzez zawarcie w treści wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego - w przypadku odstąpienia od Umowy - do odmowy zapłaty na rzecz wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia w przypadku jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego do wykonanych robót tj.:

a) zawarcie w §23 ust. 3 pkt 2 lit. e) treści wzoru Umowy postanowień:

„W wypadku odstąpienia od umowy w części lub odstąpienia od umowy z przyczyn, które nie obciążają Wykonawcy, Wykonawcę oraz Zamawiającego obciążają następujące obowiązki: Wykonawcy należy się wynagrodzenie wyłącznie za odebrane przez Zamawiającego bez zastrzeżeń roboty budowlane”,

podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru i tym samym zapłaty wykonawcy umówionego wynagrodzenia powinno mieć miejsce wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych, uniemożliwiających, bądź znacząco utrudniających korzystanie z przedmiotu Umowy,

zaś w przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru danych części, bądź całości przedmiotu Umowy z wadami o charakterze nieistotnym – wówczas Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru i zapłacić umówione wynagrodzenie;

3. 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. 484 §2 Kc w zw. z art. 483 Kc i art. 473 §1 Kc ze względu na zastrzeżenie w §14 ust. 2 lit. e), g), h) treści wzoru Umowy kar umownych rażąco wygórowanych oraz mogących prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy tj.:

- a) zastrzeżenie w §14 ust. 2 lit. e) wzoru Umowy kary umownej „*za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 11 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki*”, która to kara jest rażąco wygórowana i odbiega od praktyki rynkowej, gdzie kary za przekroczenie przez wykonawcę terminu końcowego realizacji umowy są zastrzegane na znacznie niższym poziomie;
- b) zastrzeżenie w §14 ust. 2 lit. g) wzoru Umowy kary umownej „*za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 11 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki*”, która to kara – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto tj. w wysokości równej karze umownej za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy jest rażąco wygórowana, ponieważ kara za zwłokę w usuwaniu wad stwierdzonych przy odbiorze nie może być równa karze za uchybienie w terminie końcowym realizacji całego podstawowego zobowiązania umownego.
- c) zastrzeżenie w §14 ust. 2 lit. h) wzoru Umowy kary umownej „*za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości, w tym za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 11 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie poszczególnych wad*”, która to kara – w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto tj. w wysokości równej karze umownej za zwłokę w wykonaniu całego przedmiotu Umowy jest rażąco wygórowana ponieważ kara za zwłokę w usuwaniu wad w okresie rękojmi i gwarancji nie może być równa karze za uchybienie w terminie końcowym realizacji podstawowego zobowiązania umownego.

4. naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 439 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 58 §1 Kc poprzez sformułowanie treści wzoru Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy - gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy tj. zawarcie w §22 treści wzoru Umowy klauzul waloryzacyjnych mających charakter pozorny i niemożliwy do osiągnięcia oraz oderwany zarówno od realiów



rynkowych, jak i warunków realizacji przedmiotu Umowy co do sposobu jak i wysokości ich liczenia.

II. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści załącznika nr 10 do SWZ „Projekt umowy” poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami prawa:

1. w zakresie zarzutu nr 1 powyżej Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa i usunięcie z niego zapisów przewidujących uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania zapłaty całości należnego wykonawcy wynagrodzenia w przypadku braku przedłożenia przez niego oświadczeń częściowych lub końcowych od wszystkich zgłoszonych podwykonawców/dalszych podwykonawców oraz jednoznaczne określenie, że uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania płatności na rzecz wykonawcy przysługuje Zamawiającemu wyłącznie w części, w jakiej brakuje dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców/dalszych podwykonawców z jednoczesnym zastrzeżeniem, że w pozostałym zakresie nastąpi płatność wynagrodzenia na rzecz wykonawcy.

Po uwzględnieniu ww. zmiany treść załącznika nr 10 do SWZ „Projekt umowy” powinien przybrać następującą treść:

– §18 ust. 5 otrzymuje brzmienie:

„5. W przypadku niewykonania obowiązków, o których mowa w ust. 3 i 4 Zamawiający uprawniony jest wstrzymać wypłatę należnego Wykonawcy wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych oświadczeń częściowych lub oświadczeń końcowych podwykonawców/dalszych podwykonawców”.

2. w zakresie zarzutu nr 2 powyżej Odwołujący wnosi o zmianę zapisów wzoru Umowy poprzez wprowadzenie do niego postanowień, które - w przypadku odstąpienia od Umowy - pozwolą na zapłatę na rzecz wykonawcy należnego mu wynagrodzenia oraz pozwolą na dokonanie odbioru robót wykonanych przez wykonawcę w sytuacji, gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru końcowego), a uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać mu będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy). Ponadto Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy w taki sposób, aby otrzymanie przez wykonawcę należnego mu wynagrodzenia nie było uzależnione od dokonania odbiorów bez zastrzeżeń.

Strona 5 z 18



Po uwzględnieniu ww. zmiany treść załącznika nr 10 do SWZ „Projekt umowy” powinien przybrać następującą treść:

- §23 ust. 3 pkt 2 lit. e) treści wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„Wykonawcy należy się wynagrodzenie wyłącznie za odebrane przez Zamawiającego roboty budowlane.

Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady lub usterki (dalej „wady”), to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) *jeżeli wady nadają się do usunięcia to:*

- a) *jeżeli wady mają charakter wad istotnych tzn. takich, które czynią przedmiot umowy niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad,*

- b) *jeżeli wady mają charakter wad nieistotnych, Zamawiający dokona odbioru wraz ze wskazaniem wad oraz terminu ich usunięcia. Na okoliczność usuwania wad sporządzony zostanie protokół z usunięcia wad przedmiotu umowy.*

- 2) *jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:*

- a) *jeżeli nie uniemożliwiają one użytkowania przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć odpowiednio wynagrodzenie za ten przedmiot odpowiednio do utraconej wartości: użytkowej, estetycznej i technicznej.*

- b) *jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, Zamawiający może żądać wykonania przedmiotu umowy (lub jego części) po raz drugi”.*

3. w zakresie zarzutu nr 3 powyżej Odwołujący wnosi o zmianę zapisów wzoru Umowy w zakresie kar umownych tak, aby kary te nie były rażąco wygórowane i nie odbiegały w tym zakresie od praktyki rynkowej, gdzie kary umowne zastrzegane są na niższym poziomie.

Po uwzględnieniu ww. zmiany treść załącznika nr 10 do SWZ „Projekt umowy” powinien przybrać następującą treść:

- §14 ust. 2 lit. e) wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto ogółem (§ 11 ust. 2 niniejszej umowy) za każdy dzień zwłoki”

- §14 ust. 2 lit. g) wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze – w wysokości 1000 zł za każdy dzień zwłoki”

- §14 ust. 2 lit. h) wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości - w wysokości w wysokości 1000 zł za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie poszczególnych wad”.

4. w zakresie zarzutu nr 4 powyżej Odwołujący wnosi o zmianę zapisów wzoru Umowy poprzez ustalenie terminów waloryzacji wynagrodzenia w taki sposób, aby zmiana wynagrodzenia odbywała się w okresach 6-miesięcznych, a więc takich jakie ustawodawca przewidział jako mogące wpływać na równowagę ekonomiczną stron umowy oraz aby zmiana ta odbywała się w korelacji ze zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Po uwzględnieniu ww. zmiany treść załącznika nr 10 do SWZ „Projekt umowy” powinien przybrać następującą treść:

- §22 ust. 1 pkt 1 zdanie drugie wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„(...) Zmiana wynagrodzenia będzie możliwa po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy oraz po upływie 6 miesięcy od dnia dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy na skutek zmiany cen materiałów budowlanych lub kosztów związanych z realizacją zamówienia”

- §22 ust. 1 pkt 1 lit. c) wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„Wykonawca jest uprawniony do złożenia wniosku, o którym mowa w pkt 1) lit. b) jeżeli zmiana cen produkcji budowlano-montażowej w zakresie budowy budynków, publikowana przez Główny Urząd Statystyczny w stosunku do miesiąca, w którym wykonawca złożył ofertę – w odniesieniu do pierwszej zmiany, lub w stosunku do miesiąca w którym została dokonana ostatnia waloryzacja wynagrodzenia w odniesieniu do kolejnych zmian – wyniesie co najmniej 5%”

- §22 ust. 1 pkt 1 lit. d) wzoru Umowy otrzymuje brzmienie:

„Zamawiający jest uprawniony do złożenia wniosku, o którym mowa w pkt 1) lit. b) jeżeli zmiana cen produkcji budowlano-montażowej w zakresie budowy budynków, publikowana przez Główny Urząd Statystyczny w stosunku do miesiąca, w którym wykonawca złożył ofertę – w odniesieniu do pierwszej zmiany, lub w stosunku do miesiąca w którym została dokonana ostatnia waloryzacja wynagrodzenia w odniesieniu do kolejnych zmian – wyniesie co najmniej 5%”



III. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy Pzp. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności w załączniku nr 10 do SWZ „Projekt umowy” są niezgodne z Pzp, Kc i prawem budowlanym. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza swoje obowiązki, gdyż w sposób niezgodny z Pzp i Kc zastrzega postanowienia uprawniające go do odmowy zapłaty na rzecz wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia (zarówno częściowego oraz końcowego) w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę oświadczeń wszystkich zgłoszonych podwykonawców lub dalszych podwykonawców, czy do odmowy zapłaty na rzecz wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia w przypadku jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego do wykonanych robót, a ponadto zastrzega kary umowne w rażąco wygórowanej wysokości oraz uniemożliwia dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu Umowy.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu kwestionowanych niniejszym odwołaniem postanowień Umowy, Odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów Pzp. Ponadto należy wskazać, że w sytuacji, gdy postanowienia Umowy zostały sformułowane w sposób sprzeczny z ustawą Pzp oraz Kc, w szczególności Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu postanowienia Umowy pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że *„środki ochrony prawnej określone w dziale VI 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 przyjęć 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 trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów **prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez***



perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz. – vide: wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować. Dla uznania interesu danego Wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17)

Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady i przepisy prawa, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę w sprawie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

1) Zamawiający w sposób oczywście sprzeczny z przepisami Pzp przyznaje sobie uprawnienie do wstrzymania wypłaty całości należnego wykonawcy wynagrodzenia w przypadku braku dostarczenia przez wykonawcę wraz z fakturą oświadczeń częściowych lub końcowych zgłoszonych podwykonawców/dalszych podwykonawców, podczas gdy przepisy Pzp dają w tym zakresie Zamawiającemu możliwość wstrzymania zapłaty wykonawcy wynagrodzenia wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

W ocenie Odwołującego zapis §18 ust. 5 Umowy pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 447 ust. 1 i 2 Pzp ponieważ przewiduje możliwość wstrzymania wypłaty całości wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, która to okoliczność może mieć miejsce jedynie w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę żadnych dowodów potwierdzających zapłatę przez niego należności na rzecz podwykonawców. Co więcej, nawet w takiej sytuacji wynagrodzenie wykonawcy nie powinno podlegać wstrzymaniu w całości, ale wyłączenie w części, w jakiej brakuje dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców. Przepis art. 447 ust. 2 Pzp stanowi jasno, iż możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy występuje jedynie w sytuacji nieprzedstawienia przez niego wszystkich dowodów zapłaty, a wstrzymanie to dotyczy wyłącznie części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Wobec tego zapis §18 ust. 5 Umowy jako niezajdujący oparcia w przepisach ustawy Pzp powinien zostać usunięty ze wzoru Umowy i zmodyfikowany w sposób określony w niniejszym odwołaniu.

Strona 9 z 18

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

Tel. +48 22 7144377
Faks +48 22 7144908

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

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

- 2) Zamawiający w §23 ust. 3 pkt 2 lit. e) treści wzoru Umowy, wbrew obowiązki dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 Kc przewidział możliwość przeprowadzenia procedury dokonania odbioru końcowego na skutek odstąpienia od Umowy wyłącznie w przypadku braku wystąpienia jakichkolwiek wad - niezależnie od tego czy są to wady istotne czy nieistotne. Zapisy umowy wprowadzają więc zasadniczo odbiory bezusterkowe, które są sprzeczne z art. 647 Kc, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego do dokonania odbioru końcowego.

Zgodnie z art. 647 Kc jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach zamawiający – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez Zamawiającego.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego często dochodzi do sporów pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem. Zamawiający odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru zamawiający próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy traktując jednocześnie płatności należne wykonawcy tytułem wynagrodzenia jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy to jest zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych. Powyższe działanie należy uznać za niezgodne z art. 647 Kc, zgodnie z którym zamawiający obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. W licznych wyrokach Sądu Najwyższego wskazywano, że Zamawiający nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty wykonawcy należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Zamawiający może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, a w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem Zamawiającego o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

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

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

„Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast



wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady”.

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

1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.

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

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

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

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

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

2. **W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości**

Strona 11 z 18

wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. **Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.**

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę nie mniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy Kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnośnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

- (i) wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 gdzie Izba wskazała, że:
„Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie”

- (ii) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19
„Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany, jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.”



Powyższe oznacza, że treść wskazanych na wstępie projektowanych postanowień Umowy, które referują do możliwości odmowy odbioru w sytuacji stwierdzenia jakichkolwiek wad narusza wskazane w treści niniejszego odwołania przepisy prawa oraz pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego przedmiotu Umowy w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego, czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 Kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek, a nie możliwość dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

3) W ocenie Odwołującego kary zastrzeżone przez Zamawiające we wzorze Umowy są rażąco wygórowane i odbiegają od praktyki rynku zamówień publicznych.

W zakresie kary określonej w §14 ust. 2 lit. e) tj. kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy, to poprzez określenie jej wysokości na poziomie 0,2% wynagrodzenia umownego brutto kara ta staje się rażąco wygórowana i odbiegająca od praktyki rynku zamówień publicznych.

Dla przykładu podać należy inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego np.

- „Budowa Zakładu Techniki MPK-Łódź” prowadzone przez Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne – Łódź Spółka z o. o. – znak WZ-091-116/22, ogłoszone w dniu 13.12.2022 r., w którym zamawiający wprowadził karę umowną za zwłokę wykonawcy w stosunku do terminu zakończenia przedmiotu umowy **na poziomie 2.000 zł za każdy dzień kalendarzowy zwłoki.**
- Przebudowa Polderu Żelazna. Etap I. Dokończenie zadania: Część 1 „Budowa i przebudowa wałów przeciwpowodziowych wraz z budową i przebudową obiektów towarzyszących, prowadzone przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, numer referencyjny: GL.ROZ.2810.2.2023.PP z dnia 3.02.2023 r., w którym zamawiający wprowadził karę umowną za zwłokę w wykonaniu robót budowlanych w ramach Inwestycji, w wysokości **0,05% łącznego wynagrodzenia brutto**, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki

Tym samym zmniejszenie w niniejszym postępowaniu wysokości kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy z 0,2% do poziomu 0,05% wynagrodzenia brutto należy uznać za słuszne.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się też poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:



Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzeżenia lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Ustalenie kolejnych kar umownych w §14 ust. 2 lit. g) oraz h) na tym samym poziomie co kara za zwłokę w realizacji całego przedmiotu Umowy jest nadmierne i nieproporcjonalne do charakteru nieprawidłowości działań wykonawcy. W takiej sytuacji wystarczy bowiem, że wykonawca nie usunie najdrobniejszej wady w przedmiocie Umowy, aby został obciążony koniecznością zapłaty kary umownej w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto. Zwrócić należy uwagę, że omawiane kary umowne nie są przeznaczane na koszty usuwania wad, ale mają rekompensować zamawiającemu negatywne konsekwencje związane z nieterminowym usuwaniem wady oraz stanowić czynnik mobilizujący wykonawcę do usunięcia wady. Istotne jest również to, że we wzorze umowy mnie został ustalony termin na usunięcie wady, ale termin ten będzie wyznaczany przez Zamawiającego jednostronnie. Oznacza to, że wykonawca nie będzie miał kontroli nad terminami wyznaczanymi przez Zamawiającego. W tych okolicznościach kary umowne za przekroczenie terminu usuwania wad – zarówno tych stwierdzonych przy odbiorze, jak i tych stwierdzonych w okresie rękojmi za wady lub gwarancji jakości na poziomie 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki są rażąco wygórowane, gdyż nie pozostają w jakimkolwiek związku z potencjalną szkodą grożącą Zamawiającemu. Tym samym obniżenie wysokości tychże kar do poziomu wnioskowanego w niniejszym odwołaniu jest słuszne.

4) Sposób waloryzacji wynagrodzenia przewidziany w §22 wzoru Umowy pozbawia wykonawcę realnej szansy na waloryzację wynagrodzenia.



Złożenie oferty w przedmiotowym zamówieniu odbywa się w czasie dużej niepewności co do kształtowania się cen materiałów, usług i innych kosztów związanych z wykonywaniem Umowy w przyszłości, które ma charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu. Klauzula waloryzacyjna stanowi narzędzie pozwalające na dostosowanie zobowiązań stron do zmieniających się okoliczności, nie tylko pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron, ale również zabezpiecza Zamawiającego przed negatywnymi konsekwencjami zachwiania takiej równowagi, czego skutkiem mogą być trudności z wykonaniem zamówienia.

1) określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy - §22 ust. 1 pkt 1 zdanie drugie

Mając na uwadze:

- zapisy §22 ust. 1 pkt 1 zd. drugie umowy „Zmiana wynagrodzenia będzie możliwa raz na dany rok kalendarzowy, i po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy.” oraz
- zapisy §2 umowy wskazującego na termin wykonania przedmiotu umowy: 550 dni od daty zawarcia umowy,

zauważyć należy, że zapisy Umowy zmierzają do ustalenia co najwyżej dwukrotnej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w okresie realizacji Umowy:

550 dni (realizacji) – 182 dni (okres do pierwszej waloryzacji) = 367 dni

z wyłączeniem przypadku, gdy umowa zostanie podpisana w lipcu 2023 r., gdyż w takim przypadku pierwsza waloryzacja będzie mogła odbyć się w styczniu 2024 r., a w grudniu tego samego roku realizacja będzie zakończona.

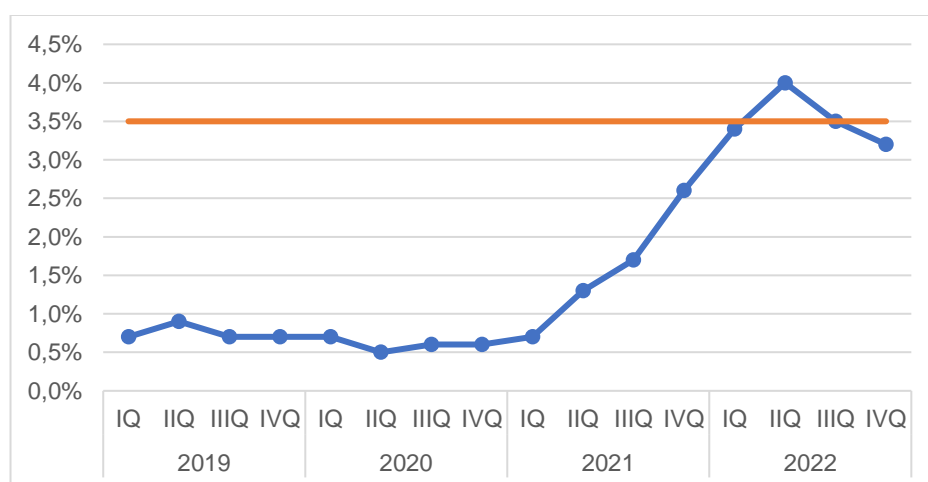
Odwołujący wskazuje, że ustawodawca wprowadzając w dniu 11 września 2019 r. do ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wprowadzenia klauzul waloryzacyjnych, ustanowił taki obowiązek w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Zgodnie z ust. 2 pkt 1 Pzp zamawiający określa początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia, ale w praktyce ust. 3 wyznaczył granice tej swobody, jeśli postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia przedłuży się ponad 180 dni. Następnie, w dniu 07 października 2022r. Ustawodawca wprowadził kolejną zmianę do ustawy Pzp – skracając okres trwania umowy na roboty budowlane, dostawy i usługi, które obejmuje obowiązek wprowadzenia postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy (podwykonawcy) do 6 miesięcy. Powyższe prowadzi do wniosku, że Ustawodawca uznał, że zmiana okoliczności zewnętrznych, które mogą utrudniać wykonanie zamówienia publicznego, może nastąpić już w ciągu sześciu miesięcy wykonywania umowy.

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia określony w §22 ust. 1 pkt 1 lit. c) oraz §22 ust. 1 pkt 1 lit. d) Umowy

Zamawiający określił, że Wykonawca będzie uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wynagrodzenia w związku z zmianą cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, jeżeli:

„w co najmniej dwóch z trzech następujących po sobie komunikatach kwartalnych Prezesa GUS, począwszy od komunikatu opublikowanego w kwartale w którym Wykonawca złożył ofertę, Prezes GUS poinformuje o wzroście cen produkcji budowlano-montażowej o co najmniej 3,5 %”

Analizując dane opublikowane w kwartalnych komunikatach Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, otrzymujemy następujące zestawienie danych historycznych wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej w kwartałach:



Z powyższego zestawienia wynika, że sytuacja, którą wskazuje Zamawiający tj. występowania w dwóch z trzech następujących po sobie kwartałach wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej o co najmniej 3,5% wystąpiła w badanym okresie pięcioletnim jedynie raz tj. w drugim i trzecim kwartale 2022r.

Tym samym warunek umowny został postawiony w sposób, który uniemożliwi wykonawcy uzyskania waloryzacji wynagrodzenia w sytuacjach, gdy zmiana cen materiałów lub kosztów realizacji będzie znacząca, stąd zarzut Odwołującego, że zasady dokonywania waloryzacji w umowie zostały ukształtowane w sposób mający na celu obejście przepisów prawa.

Analizując okresy historyczne stwierdzić należy, że na podstawie zasad opisanych w umowie wykonawca nie uzyskałby waloryzacji w okresach:

- od IVQ 2020 do IVQ 2021r. – wzrost wskaźnika o 6,5%,
- od IQ 2021 do IQ 2022r. – wzrost wskaźnika o 9,2%,
- od IIQ 2021 do IIQ 2022r. – wzrost wskaźnika o 12,2%.



Co do prognoz, Odwołujący wskazuje, że w dokumencie Narodowego Banku Polskiego z grudnia 2022r. „Prognozy makroekonomiczne profesjonalnych prognostów- Wyniki Ankiety Makroekonomicznej NBP”, Inflacja CPI w 2023 r. powinna się zawierać – zgodnie z typowymi scenariuszami (tj. wartościami wyznaczonymi przez krańce 50-procentowego przedziału prawdopodobieństwa rozkładu zagregowanego) – między 11,7% a 15,3% (przy prognozie centralnej równej 13,6%). Typowe scenariusze dla inflacji w 2024 r. sugerują, że powinna się ona zawierać w przedziale 4,9%-9,2%, przy prognozie centralnej równej 6,8%.

Biorąc pod uwagę, że tendencje wskaźników makroekonomicznych, nie odbiegają w sposób znaczący od siebie, na podstawie powyższych prognoz dotyczących Inflacji CPI można również założyć dalszy wzrost, choć już nie tak dynamiczny, jak w 2022r., wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej. Z uwagi jednak, że będzie to dalszy wzrost, choć być może nie tak dynamiczny, będzie miał wpływ na realizację Inwestycji.

Analizując wskazywany w prognozie opublikowanej przez NBP wskaźnik średni wzrostu Inflacji CPI 13,6%, po rozdzieleniu wskaźnika na kwartały otrzymujemy wartość ok. $13,6\% / 4 = 3,4\%$. Jeżeli więc krzywa wzrostu cen będzie rosła prostoliniowo, wykonawca nie uzyska waloryzacji wynagrodzenia pomimo znaczącego wzrostu kosztów realizacji umowy w stosunku do cen, które były rynkowe w dniu złożenia oferty.

Należy także zwrócić także uwagę, że warunek Zamawiającego został postawiony w sposób, który uzależnia uzyskanie waloryzacji wynagrodzenia przez Wykonawcę bardziej od dynamiki wzrostu cen, niż od ich wzrostu, co jest niezgodne z art. 439 ust. 2 pkt 2 oraz art. 439 ust. 2 pkt 3 Pzp, w których mowa jest o „wskaźniku zmiany cen materiałów i kosztów” oraz wpływie „zmiany cen materiałów lub kosztów” na koszt wykonania zamówienia.

Jako przykład można podać czysto hipotetyczną sytuację, gdy w zależności od wysokości wskaźnika kwartalnego zmienia się możliwość uzyskania waloryzacji wynagrodzenia pomimo, że wzrost cen roczny będzie taki sam, a tym samym wpływ wzrostu cen na możliwość realizacji umowy będzie taki sam w obydwóch przypadkach:

	Przypadek 1					Przypadek 2				
Okres	IQ	IIQ	IIIQ	IVQ	Rok	IQ	IIQ	IIIQ	IVQ	Rok
Wskaźnik wzrostu	3,4%	3,4%	1,5%	1,4%	10,0%	3,5%	3,5%	1,4%	1,3%	10,0%
Skutek	brak waloryzacji					możliwość waloryzacji				

UWAGA: wskaźnik roczny otrzymuje się poprzez mnożenie poszczególnych składowych, stąd suma wskaźników kwartalnych nie składa się na wskaźnik roczny

Co więcej, możliwa jest również odwrotna sytuacja, gdy w sytuacji większego wzrostu rocznego cen waloryzacja nie zostanie przyznana (roczna wartości waloryzacji została dobrana w Przypadku 1 jako równa średniej prognozie NBP, o której mowa powyżej):



	Przypadek 1					Przypadek 2				
Okres	IQ	IIQ	IIIQ	IVQ	Rok	IQ	IIQ	IIIQ	IVQ	Rok
Wskaźnik wzrostu	3,3%	3,3%	3,2%	3,2%	13,6%	3,5%	3,5%	1,4%	1,3%	10,0%
Skutek	brak waloryzacji					możliwość waloryzacji				

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że sposób ustalania zmiany wynagrodzenia określony w §22 ust. 1 pkt 1 lit. c) oraz §22 ust. 1 pkt 1 lit. d) umowy został określony:

- w sposób mający na celu obejście zapisów ustawy, poprzez ustanowienie poziomu wskaźników w sposób, który najprawdopodobniej utrudni uzyskanie waloryzacji,
- w sposób niezgodny z art. 439 ustawy Pzp, poprzez ustalenie zmiany wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o dynamikę tego wzrostu, zamiast w sposób wskazany w ww. ustawie tj. w odniesieniu do zmiany cen materiałów lub kosztów.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

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