



Pruszków, dnia 15 kwietnia 2024 r.

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

Zamawiający:

Miasto Łomża
Pl. Stary Rynek 14,
18-400 Łomża
Telefon: +48 86 215 67 89
e-mail: k.stalewski@um.lomza.pl

Odwolujący:

STRABAG Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
wpisany 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
reprezentowany przez:
radcę prawnego Magdalenę Marciniak
adres do korespondencji:
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
E-mail: magdalena.marciniak@bauholding.com
Tel.: 788-957-521

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie Ustawy Prawo zamówień publicznych pod nazwą: **Budowa bulwarów nad Narwią w Łomży - na odcinku most przy ul. Zjazd - istniejące bulwary**

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: *WIR.271.2.3.2024*

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej Numer publikacji ogłoszenia: 198015-2024, Numer wydania Dz.U. S: 67/2024, Data publikacji: 04/04/2024.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”) na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „**ustawą Pzp**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści ogłoszenia o zamówieniu, dokumentu SWZ jak i projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. **Zakres i Zarzuty:**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. **art. 436 pkt 1) ustawy Pzp i art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp, względnie art. 353¹ kc, art. 58 kc i art. 387 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp** poprzez:
 - 1.1. wskazanie w treści ogłoszenia, SWZ (rozdz. VII pkt 1) jak i wzoru umowy (§ 7 ust 2) terminu realizacji zamówienia w dacieiennej wyznaczonej ostatecznie na dzień 30.10.2026 r podczas gdy wskazanie wykonania zamówienia w konkretnej dacie narusza przepisy ustawy Pzp, w zakresie w jakim nakazują one określanie terminu w latach, miesiącach, tygodniach, dniach. Ponadto określenie terminu realizacji konkretną datą nie ma obiektywnych, uzasadnionych przyczyn i Zamawiający zaniechał podania takiego uzasadnienia w dokumentacji Postępowania.
 - 1.2. Wskazanie terminu końcowego realizacji zamówienia określonego datą dzienną, limituje czas realizacji umowy i z zależności od samego czasu trwania procedury przetargowej może doprowadzić do pozostawienia wykonawcy czasu niewystarczającego, niemożliwego do dochowania z punktu widzenia prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną wykonania wszystkich robót, dochowania procedur administracyjnych, które leżą po stronie Wykonawcy, dokonania czynności odbiorowych, przekazania obiektu w użytkowanie itd.
2. **art. 433 pkt. 4) ustawy Pzp** poprzez niezgodne z prawem zastrzeżenie w § 9 ust 1 pkt 5) wzoru umowy możliwości ograniczenia zakresu rzeczowego przedmiotu umowy bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zamawiający w przesłankach zmiany umowy wprowadził możliwość zmiany wynagrodzenia z powodu zmniejszenia zakresu zamówienia, co oznacza że najpierw Zamawiający może arbitralnie zmniejszyć zakres zamówienia a następnie w drodze aneksu żądać zmiany wynagrodzenia. Zamawiający narusza ww. przepis ustawy bowiem nie wskazuje, o jaką maksymalnie wartość może ograniczyć tzn. zmniejszyć zakres przedmiotu zamówienia.
3. **art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1,2,3, art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 i art. 649 kc** poprzez nieuzasadnione i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę w § 9 ust 1 pkt 1 wzoru umowy

odpowiedzialności i ryzyka finansowego realizacji przedmiotu umowy w przedłużonym czasie, z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy a zawinionych przez Zamawiającego lub zależnych od działania organów administracji publicznej. Zamawiający przewiduje bowiem możliwość zmiany wyłącznie terminu bez możliwości zmiany wynagrodzenia, w przypadku gdy dojdzie do opóźnień wynikających z działań lub zaniechań Zamawiającego lub w innych przypadkach, jakie nie mają pokrycia w § 9 ust 1 pkt 3 umowy np. opóźnień w wydaniu decyzji czy zgód ze strony organów administracyjnych, podczas gdy takie ryzyko stanowi wyłączone ryzyko Zamawiającego, a jego przerzucenia na wykonawcę jest zakazane klauzulą abuzywną art. 433 pkt 3 ustawy Pzp.

4. **art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp** poprzez: poprzez sformułowanie § 9 ust 4 wzoru umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie 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 i zawiera mechanizmy sposobu liczenia waloryzacji niezrozumiałe, niezasadne i pozorne z uwagi na ich sposób jak i przyjęte podstawy ich liczenia.
5. **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 568 § 1 kc, art. 638 kc i art. 656 § 1 kc** poprzez ustalenie w § 16 ust. 1 wzoru umowy, że bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się w dniu następnym, licząc od daty odbioru końcowego, gdy wad nie stwierdzono lub od daty usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, podczas gdy zgodnie z § 14 ust 9 umowy Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady i usterki nieistotne. Z chwilą dokonania odbioru końcowego Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował. Przy zaproponowany zapisie umowy oznaczać będzie to, że wbrew art. 568 § 1 kc okres rękojmi nie rozpocznie się z chwilą wydania przedmiotu umowy Zamawiającemu;
6. **art. 353¹ kc, art. 58 kc i art. 647 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez nadużycie w § 18 ust 1 wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy co powoduje, że może on odstąpić od umowy w sposób arbitralny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, z powodu błahych nieprawidłowości jak i bez uprzedniego wezwania do naprawy uchybień lub zaprzestania naruszeń, co przekracza zasadę swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowuje Zamawiającego i narusza zasady równowagi stron umowy. Sposób sformułowania § 18 ust 1 wzoru umowy stoi w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego i godzi w naturę stosunku prawnego bowiem uprawnienie do terminacji umowy powinno być wyjątkowe z uwagi na zasadę trwałości umów oraz mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach istotnego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, ocenianego przez pryzmat art. 647 kc

II. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści ogłoszenia, treści SWZ i załącznika nr 7 wzór umowy odpowiednio do

sformułowanych zarzutów. Odwołujący w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postanowień SWZ i umowy, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań poprzez podanie brzmienia konkretnych zapisów:

1. W zakresie zarzutu dotyczącego terminu realizacji zamówienia, Odwołujący wnosi o zmianę postanowień odpowiednio ogłoszenia, SWZ i jego załączników poprzez wskazanie, że **Wykonawca wykona przedmiot umowy w terminie 27 miesięcy od dnia zawarcia umowy**
2. Dookreślenie, że Zamawiający będzie mógł **zmniejszyć zakres zamówienia na etapie jego realizacji maksymalnie do 10 % wartości umowy na moment jej zawarcia.**
3. Wskazanie w § 9 ust 1 pkt 1 wzoru umowy, że przewiduje się możliwość przedłużeniu terminu zakończenia robót określonego w § 7 umowy o okres trwania przyczyny z powodu której niemożliwe będzie dotrzymanie terminu ich zakończenia **oraz stosowną zmianę wynagrodzenia** w szczególności z powodu: (...)
4. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 9 ust. 4 Wzoru Umowy poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy, to jest odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS oraz sposób liczenia i czasookresy waloryzacyjne. Aktualnie zaproponowana klauzula jest niejasna (nieprzejrzysta), nieprecyzyjna, budzi poważne wątpliwości co do jej realności i możliwości zastosowania i nie zapewnia możliwości waloryzacji w trakcie realizacji umowy.

Punktami krytycznymi jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji są:

- §9 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy - Waloryzacja w okresach 12-miesięcznych
- §9 ust. 4 pkt 2) wzoru umowy - nieprecyzyjne określenie wskaźnika ustalenia zmiany wynagrodzenia, poprzez nieadekwatne wskazanie wskaźnik, a także odniesienie ustalenia wskaźnika na podstawie poziomu cen z okresu roku poprzedniego, zamiast odniesienia do cen związanych z realizacją inwestycji (z dnia zawarcia umowy, lub złożenia oferty),
- §9 ust. 4 pkt 2) wzoru umowy - Ustalenie wartości wskaźnika w wysokości, który z dużym prawdopodobieństwem uniemożliwi dokonanie zmiany wynagrodzenia.
- §9 ust. 4 punkt czwarty Wzoru umowy (we Wzorze umowy omyłkowo punkt 2 zastosowany jest dwukrotnie, zastosowano poprawną numerację) – odniesienie wartości zmiany wynagrodzenia jako procent wzrostu wskaźnika do zaakceptowanych przez zamawiającego cen materiałów i kosztów z wyłączeniem kosztów pracy, przy czym Wzór umowy nie precyzuje sposobu ustalenia i weryfikacji tych cen stanowiących podstawę dokonania waloryzacji.

Odwołujący proponuje Zmianę § 9 ust. 4 wzoru umowy w następujący sposób:

W związku z realizacją postanowień art. 439 ustawy Pzp, Strony postanawiają, że w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją umowy, waloryzacja wynagrodzenia umownego następować będzie na wniosek którejkolwiek ze Stron, na następujących zasadach:

- 1) wynagrodzenie brutto Wykonawcy ustalone w umowie będzie waloryzowane po upływie każdych następujących po sobie 42 6 miesięcy realizacji umowy, począwszy od dnia

- zawarcia umowy, pod warunkiem, że spełnione zostaną wymogi określone w poniższych pkt 2-4,
- 2) zmiana wynagrodzenia wykonawcy w danym roku nastąpi, jeżeli zmiana cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją umowy, w tym roku, będzie wyższa o co najmniej 4 % od wysokości tychże cen lub kosztów w poprzednim roku w dniu, w którym została zawarta umowa, a jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert – w dniu złożenia oferty, ustalonych ustalona Wskaźnikiem wyliczonym na podstawie Wskaźnika wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu rocznym, pozycja OGÓŁEM, publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziedzicznej Bazie Wiedzy pod linkiem: http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od dnia podpisania umowy (a jeśli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert - otwarcia oferty), lub – w przypadku kolejnej waloryzacji - dnia złożenia poprzedniego wniosku o zmianę wynagrodzenia, do dnia złożenia przez wykonawcę wniosku o zmianę wynagrodzenia na skutek zmian cen lub kosztów realizacji ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS. Zmiana wynagrodzenia może polegać zarówno na jego wzroście jak i obniżeniu,
 - 3) zmiana wynagrodzenia Wykonawcy będzie następowała od pierwszego dnia następującego po upływie 12 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, pod warunkiem przedstawienia przez Wykonawcę obiektywnych dowodów, w jaki sposób zmiana cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją umowy, wpływa na warunki realizacji umowy, w szczególności na cenę wykonania roboty budowlanej-wartość Wskaźnika o którym mowa w punkcie 2 powyżej zmieni się o co najmniej 4%,wartość Wskaźnika o którym mowa w punkcie 2 powyżej zmieni się o co najmniej 4%,
 - 4) wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy będzie równa wartości ustalonej w oparciu o % wzrostu Wskaźnika, wskazanego w pkt 2, będzie odnosić się wyłącznie do wykazanych, udokumentowanych przez wykonawcę i zaakceptowanych przez zamawiającego cen materiałów lub kosztów, z wyłączeniem kosztów pracy, tj. związanych ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i będzie dokonywana wartości robót niewykonanych na dzień złożenia wniosku tj. takich, które nie zostały objęte protokołami odbioru.:
1. w przypadku pierwszej waloryzacji – od wartości wynagrodzenia, określonego w umowie;
 2. w przypadku każdej kolejnej waloryzacji – od wartości wynagrodzenia, ustalonego w wyniku poprzedniej waloryzacji;
- 5) łączna maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy przeprowadzona na podstawie zapisów niniejszego ustępu nie może przekroczyć 20% całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego na dzień zawarcia umowy.

5. Poprzez ustalenie w § 16 ust 1 wzoru umowy, że bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się w dniu następnym, licząc od daty odbioru końcowego wykreślając sformułowanie „~~gdy wad nie stwierdzono lub od daty usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy~~”.
6. Zmianę § 18 wzoru umowy w następujący sposób:
Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w terminie 14 dni od zaistnienia n/w przypadków:
- 1) Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem robót o więcej niż 30 dni od przejęcia placu budowy lub opóźnia się o więcej niż 14 dni z odbiorem terenu budowy po bezskutecznym upływie terminu wskazanym w dodatkowym wezwaniu do podjęcia robót lub odbioru placu budowy;
 - 2) Wykonawca jest w zwłoce z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że niemożliwe będzie terminowe zakończenie robót po bezskutecznym upływie terminu wskazanym w dodatkowym wezwaniu do wykonania zaległych prac. Jako próg opóźnienia dający możliwość odstąpienia od umowy ustala się na 40% aktualnego na dany dzień harmonogramu rzeczowo finansowego,
 - 3) Wykonawca skierował do kierowania budową i robotami osoby nie posiadające wymaganych prawem uprawnień lub dokonał zmiany tych osób bez uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego po bezskutecznym upływie terminu wskazanym w dodatkowym wezwaniu do usunięcia naruszeń,
 - 4) wystąpią okoliczności wskazane w § 6 ust. 12 umowy.
 - 5) pomimo uprzednich dwukrotnych monitów ze strony Zamawiającego, Wykonawca w sposób rażący zaniedbuje istotne zobowiązania umowne, realizując roboty przewidziane niniejszą umową w sposób niezgodny z dokumentacją projektową, Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót, wskazaniem Zamawiającego, zaleceniami Inspektora nadzoru inwestorskiego wpisanymi do dziennika budowy lub niniejszą umową. W takim wypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części umowy, zgodnie z wymienionymi dokumentami lub wskazaniem Zamawiającego.
 - 6) w wyniku wszczętego postępowania egzekucyjnego nastąpi zajęcie ponad 70 % majątku Wykonawcy lub jego znacznej części,
 - 7) nastąpiło ogłoszenie upadłości, likwidacji lub zawieszenia działalności firmy Wykonawcy,
 - 8) nastąpiło prawomocne wydanie nakazu zajęcia ponad 70 % majątku Wykonawcy.

Ponadto wnosimy o usunięcie § 18 ust 2 i 3 lub wskazanie, że Zamawiający zachowuje uprawnienie od odstąpienia od umowy na podstawie art. 456 ust 1 i 2 ustawy Pzp, który to przepis odpowiada w całości przesłankom tam opisanym a zastrzeżenie ich w zapisach umowy powoduje niejasności interpretacyjne lub nieznaną wykładnie pojęć tam użytych np. „interes publiczny”.

A także odpowiednie i zgodne z powyższym zmiany innych postanowień umowy które wprost odnoszą się do zaskarżonej materii w sytuacji gdy powielają skarżoną materię lub wprost referują do takiej materii.

III. Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Postanowienia zawarte w SWZ w zakresie warunków udziału w Postępowaniu, a także postanowienia zawarte we wzorze umowy, będącym załącznikiem do SWZ, są niezgodne z ustawą PZP i kodeksem cywilnym. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający wprowadził postanowienia wprost niezgodne z przepisami ustawy PZP, chociażby w zakresie sposobu określenia terminu lub z użyciem klauzuli abuzywnej nieograniczonej możliwości rezygnacji z części Prac. Dodatkowo Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko finansowe realizacji prac w przedłużonym czasie trwania Umowy, niegodnie z prawem liczy terminu biegu gwarancji jak i arbitralnie uprawnia do odstąpienia od umowy z powodu mało znaczących uchybień, bez wyznaczenia dodatkowego terminu na naprawę uchybień.

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

IV. Termin i wymogi formalne

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 kwietnia 2024 r. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 15 kwietnia 2024 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy 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.

UZASADNIENIE

1) Termin realizacji niezgodny z przepisami ustawy Pzp

Odwołujący wskazuje, że postanowienia SWZ i wzoru umowy dotyczące terminu realizacji przedmiotu umowy naruszają przepisy ustawy Pzp.

Po pierwsze, planowany termin zakończenia powinien być określony w czasookresach tj. dniach, tygodniach, miesiącach, latach, chyba że wskazanie konkretnej daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wykazał obiektywnej przyczyny wyznaczenia daty dziennej na 30.10.2026r. Powyższe rozwiązanie służy zrównoważeniu pozycji stron kontraktu, stanowi wyraz partnerskiego traktowania wykonawców przez podmioty publiczne oraz stwarza realne podstawy dla każdego wykonawcy do oszacowania ryzyka związanego z terminem realizacji zamówienia. Określenie czasu realizacji powinno rozpoczynać się z momentem podpisania umowy, wtedy kiedy realnie wykonawca ma prawo rozpocząć prace, po drugie powinno kończyć się po upływie określonego czasu, niezależnie od tego kiedy dojdzie do zawarcia umowy. Wskazanie konkretnej daty we wskazanych wyżej okolicznościach stanowi wprost o naruszeniu art. 436 pkt 1 ustawy Pzp.

Uregulowanie terminu realizacji datą dzienną stanowi też próbę przerzucenia odpowiedzialności na Wykonawcę za czasowe wykonanie zamówienia, w warunkach zawinionych przyczyn leżących po stronie Zamawiającego co stanowi przejaw stosowania klauzuli abuzywnej art. 433 pkt 3 ustawy Pzp. De facto zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko terminowego i sprawnego przeprowadzenia procedury przetargowej tak, aby przedmiot umowy został zrealizowany do

października 2026 r. Wykonawca nie odpowiada za czas trwania procedury przetargowej a ta w zależności od przypadków trwać może nawet ponad rok czasu. Zamawiający nie ma wiedzy czy i ilu wykonawców wnieśnie odwołania na zapisy ogłoszenia czy nawet czynność wyboru a procedura może się opóźnić o kolejnych kilka miesięcy lub z innych przyczyn o czas bliżej nieokreślony.

Należy zauważyć, że obecny termin złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu to dzień 6 maja 2024 r. Procedura wyboru najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy to okres badania i oceny ofert, wezwania do złożenia dokumentów, częstokroć wezwania do wyjaśnienia ceny lub treści oferty, okres wyczekiwania na możliwość zawarcia umowy który znacząco wydłuża konieczny czas. Dopiero po podpisaniu umowy następuje faza realizacji robót, która zgodnie z wyliczeniami wykonawcy zajmuje 27 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę swoje profesjonalne i bogate doświadczenie w wykonywaniu podobnych robót, Odwołujący przygotował harmonogram rzeczowy, uwzględniający odpowiednie okresy wykonywania poszczególnych robót, który załącza do niniejszego Odwołania.

Dowód: Harmonogram realizacji prac przygotowany do przedmiotowego zamówienia

Przedłożony Harmonogram rzeczowy wykazuje, że założony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia wyznaczony datą dzienną byłby wystarczający jeżeli procedura przetargowa oraz wszelkie formalności przed i po podpisaniu umowy przebiegłyby w optymistycznym i tzw. bezproblemowym wariacie. Nie da się jednak wykluczyć i założyć ile odwołań wypłynie w postępowaniu, ile wykonawców złoży ofertę, ile z tych ofert będzie zawierało przykładowo rażąco niską cenę, ile wykonawców wnieśnie odwołania od czynności w trakcie badania ofert, po wyborze itd. Sama założona przez Odwołującego, poparta jego wiedzą i doświadczeniem w tym zakresie, kolejność wykonywania poszczególnych etapów procesu realizacyjnego uzasadnia przyjęcie terminu minimum 27 miesięcy dla robót i jest to termin minimalny oraz konieczny z punktu widzenia prawidłowego i terminowego zakończenia prac przez wykonawcę.

2) Brak limitu włączeń

Art. 433 pkt 4 ustawy Pzp przewiduje, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczeń stron.

W orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r., sygn.. KIO 3233/21 (LEX nr 3353737) czytamy: „Zgodnie z art. 433 pkt 4 p.z.p., projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. **A contrario, zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia, o ile określi w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny minimalną wartość lub wielkość świadczenia oraz związanego z tym gwarantowanego poziomu wynagrodzenia umownego. Innymi słowy, zamawiający nie może ukształtować postanowień umowy w sposób, który pozostawiałby wykonawcę w niepewności co do gwarantowanego poziomu świadczenia.**

W postanowieniach umowy załączonych do SWZ w niniejszym Postępowaniu Zamawiający poprzestał wyłącznie na stwierdzeniu, że może ograniczyć zakres zamówienia po czym nastąpi zmiana umowy w zakresie wynagrodzenia wykonawcy. Pomiął przy tym zupełnie ryczałtowy charakter wynagrodzenia i wszelkie trudności z określeniem „stosownego pomniejszenia”.

Limit możliwości ograniczenia zakresu umowy przez zamawiającego do poziomu 10% wartości umowy brutto jest stosowany w przeprowadzanych niedawno postępowaniach na udzielenie zamówienia publicznego lub zawartych umowach:

- 1) przez Zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku w zamówieniu publicznym nr NPR/NS/2022/002 dotyczącym inwestycji pn.: „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku o długości ok. 204 mb w Porcie Gdańsk”, gdzie w §16 ust. 1 projektowanych postanowień umowy Zamawiający ustanowił następujący zapis umowy: „...Zamawiający nie może ograniczyć Przedmiotu Umowy o roboty, których łączna wartość będzie większa niż **10% wynagrodzenia**, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy”,
- 2) przez Zamawiającego – Opera Nova w Bydgoszczy z siedzibą w Bydgoszczy w zamówieniu publicznym nr ZP-331-4/2022 pn.: „Rozbudowa Opery Nova w Bydgoszczy o IV krąg wraz z infrastrukturą parkingową”, gdzie w Art. 2.8. Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „2.8. Zamawiający ma prawo wyłączenia z zakresu objętego umową niektórych prac przygotowawczych wymienionych w art. 41 ust. 2 PrBud oraz ma prawo do zmniejszenia lub zwiększenia ilości robót budowlanych na ilości dostosowane do potrzeb realizacji przedmiotu Umowy lub pominięcia poszczególnych robót budowlanych, opisanych w Dokumentacji projektowej, jeżeli zmiana ta jest konieczna dla realizacji Umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i zmiana nie stanowi istotnego odstępstwa od dostarczonych projektów, a także **nie przekracza 10% szacunkowego wynagrodzenia** Wykonawcy określonego w pkt. 26.1.1. Umowy.”.

Przepis art. 433 pkt. 4 ustawy Pzp wymaga wskazania choćby limitu dla takich ograniczeń, stąd Wykonawca, mając na względzie funkcjonujący w zamówieniach w przeważającej większości przypadków limit wyłączeń na poziomie 10% wartości wynagrodzenia Kontraktowej na moment zawarcia Umowy, uważa taki limit za usprawiedliwiony i adekwatny również w realiach tego zamówienia.

3) Przerzucenie ryzyka finansowego za przedłużony czas realizacji zamówienia jako przejaw nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż **swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona**. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek „*ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie.*” (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej a jednocześnie stosuje klauzule abuzywną, określoną w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie, że w przypadkach określonych w § 9 ust 1 pkt 1 wykonawcy przysługuje zmiana tylko terminu realizacji zamówienia. Odwołujący zauważa, że szeroki wachlarz przesłanek zmiany wynagrodzenia zawiera § 9 ust 1 pkt 3 wzoru umowy jednakże takie przesłanki z § 9 ust 1 pkt 1 jak:

- a) *wystąpienia okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w tym przede wszystkim, gdy będą następstwem nieterminowego przekazania terenu budowy (lub udostępnienia terenu prac), konieczności zmian dokumentacji projektowej w zakresie w jakim ww. okoliczności miały lub będą mogły mieć wpływ na dotrzymanie terminu zakończenia robót,*
- b) *wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót budowlanych, w szczególności z powodu technologii realizacji prac określonej: umową, normami lub innymi przepisami, wymagającej konkretnych warunków atmosferycznych, jeżeli konieczność wykonania prac w tym okresie nie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność*
- h) *opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,*
- i) *wystąpienia opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,*
- j) *brak możliwości wykonywania robót w związku z niedopuszczeniem do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ, z przyczyn niezależnych od Wykonawcy,*

pozostają bez pokrycia z przesłankami zmiany umowy z § 9 ust 1 pkt 3. Oznacza to że wyżej przytoczone okoliczności skutkują przedłożeniem czasu realizacji umowy kosztem wykonawcy. Wykonawca kalkulując ofertę wycenia podstawowy czas realizacji zadania. Kalkulacja obejmuje zakres prac wynikających z przekazanej przez Pozwanego dokumentacji projektowej, prac nieujętych a koniecznych do wykonania i możliwych do przewidzenia na etapie składania oferty, a także kosztów ogólnych jakie będą towarzyszyły tym pracom, w wyznaczonym okresie realizacji zadania. Wykonawca za każdy dodatkowy dzień realizacji umowy ponosi koszty stałe jak koszty budowy, koszty wynajmu maszyn, zatrudnionej kadry, koszty zabezpieczenia i gwarancji itd. Przedłużając czas realizacji z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę nie pozostaje uzasadnione przerzucenie na niego kosztów z tym związanych. Wykonawca nie ma wiedzy czy i o ile nastąpi przedłużenie czasu realizacji kontraktu także nie może wycenić odpowiednio ryzyka w ofercie. Z drugiej strony robienie sztucznego narzutu np. 20 % do ceny oferty nadal nie utwierdza, że limit będzie wystarczający, jak i niesie dużo bardziej doniosłe zagrożenie jak sztuczne zawyżanie cen w celu pokrycia ryzyka, niezasadne wydatkowanie środków publicznych, oraz nieporównywalność ofert wykonawców.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w wyrokach sądów powszechnych, które w przypadku sporów o dodatkowe wynagrodzenie zwracają uwagę na to że wykonawca mógł wycenić tylko prace mieszczące się w pierwotnym i znanym czasie realizacji zadania. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na chociażby wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia w Krakowie - I Wydział Cywilny z dnia 6 września 2017 r. I ACa 264/17:

*„Przede wszystkim uzasadniony jest zarzut, że Sąd Okręgowy dokonując oceny łączącej strony umowy nie uwzględnił, że składając ofertę i kalkulując wynagrodzenie oraz koszty jednostkowe strona powodowa brała pod uwagę okoliczności jakie wówczas były znane, a więc między innymi zakres robót, miejsce ich wykonania, czas przez jaki roboty miały być wykonywane. Wszystkie te elementy miały wpływ na ustaloną cenę. **Składając ofertę strona powodowa brała pod uwagę***

koszty jakie miałyby ponieść w okresie pierwotnie planowanym czyli do listopada 2012 roku i wg tych kosztów skalkulowała cenę jednostkową oraz wynagrodzenie należne jej za wykonanie umowy. Cena obejmowała więc realizację robót do dnia 10 listopada 2012 roku (...)
Poza sporem jest, że prace objęte umową wykonywane były dłużej od pierwotnie założonego terminu o ponad 8 miesięcy i powodowa spółka musiała przez ten czas ponosić koszty między innymi utrzymania pracowników, ubezpieczenia, gwarancji należytego wykonania umowy, telefonów, Internetu, ochrony, dzierżawy terenu na plac składowy, wynajmu mieszkań służbowych, utrzymania samochodów, obsługi geodezyjnej, podgrzewania betonu, zakupów spożywczych i środków czystości, delegacji służbowych. Skoro przy kalkulacji uwzględniono wszystkie te koszty jakie musiałyby być poniesione przez powódkę przy realizacji umowy z zachowaniem pierwotnego terminu do 10 listopada 2012 roku, to w sytuacji kiedy prace były wykonywane przez kolejne 8 miesięcy, to niewątpliwie poniesione koszty były znacznie wyższe i kwota określona w ofercie i pierwotnej umowie nie odzwierciedlała rzeczywistego kosztu tej pracy. (...)

Rozszerzenie przesłanki § 9 ust 1 pkt 1 wzoru umowy dodatkowo o zmianę wynagrodzenia nie niesie żadnego bezpośredniego ryzyka Zamawiającemu, bowiem jest przesłanką zmiany umowy. Aby doszło do zmiany umowy potrzebna jest zgodna wola obu stron i zawarcie aneksu. Jeżeli w ocenie którejś ze stron nie ziszczą się okoliczności stanowiące podstawy do zmiany to do zawarcia aneksu nie dojdzie. Tak samo w przypadku zmiany wynagrodzenia- żądanie Odwołującego sprowadza się do zmiany „stosownej w zakresie wynagrodzenia” a więc obiektywnej i uzasadnionej. Dopiero w sytuacji gdy obiektywnie zaistnieje ryzyko poniesienia kosztów po stronie wykonawcy to „stosownie” do ich wielkości wykonawca będzie miał roszczenie o zmianę umowy, co jest rozwiązaniem w pełni uzasadnionym i zgodnym z wymogami jak i zasadami udzielania zamówień.

4) Waloryzacja

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

Zamawiający w § 9 ust. 4 i ust. 5 wzoru umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy Pzp, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że jest wysoce prawdopodobne, że do waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w ogóle nie dojdzie, uzależnia zakres waloryzacji od decyzji Zamawiającego w zakresie zatwierdzenia zestawienia cen i kosztów mających wpływ na waloryzację, na dzień złożenia ofert nie będzie wiadomo, na jakich zasadach będzie przeprowadzana.

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy 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. Ustawodawca przewidział, że trwający ponad 6 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub

kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. 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 sytuacji gospodarczej, którą obserwujemy od kilku lat 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 należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

- a) jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań 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;
- e) niweluje ryzyko zamawiającego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul rebus sic stantibus.

Wymogi, jakie powinna spełnić klauzula waloryzacyjna określono w art. 439 ust. 2, ust. 3, ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie. - (podkreślenie Odwołującego)

Zamawiający formułując zapisy § 9 ust. 4 i ust. 5 wzoru umowy, nie wypełnił jednak w pełni dyspozycji w/w art. 439 ustawy Pzp.

Zamawiający w § 9 ust. 4 pkt. 1 Wzoru Umowy wprowadził regulację, która przewiduje, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie waloryzowane po upływie każdego następujących po sobie 12 miesiącach realizacji umowy, począwszy od dnia zawarcia umowy. Tymczasem Ustawodawca przewidział, że klauzula waloryzacyjna jest obowiązkowa dla zamówień publicznych o czasie trwania dłuższym niż 6 miesięcy. Co więcej, Ustawodawca uznał także, że w sytuacji, w której od dnia złożenia oferty do dnia zawarcia umowy upłynęło więcej niż 180 dni, to terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert. Oznacza to, że Ustawodawca określił, iż okres 6 miesięcy jest właściwy dla określenia nowej wartości wynagrodzenia umownego, uwzględniającego zaistniałe zmiany.

Zamawiający *de facto* nie określił sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia wskaźnikiem, tj. wymogu określonego w art. 439 ust. 2 pkt a) ustawy Pzp. Pozornie wydawałoby się, że Zamawiający w § 9 ust. 4 pkt. 2 wzoru umowy określił, że podstawą oceny ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie „Wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu rocznym, ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej: GUS) w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski””. Należy jednak zauważyć, że: i) wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej wskazuje zmiany cen w ujęciu kwartalnym – a nie rocznym, jak wskazuje Projekt Umowy, ii) wskaźnik ukazuje się kwartalnie, a jego publikacja następuje z opóźnieniem, np. ostatni dostępny wskaźnik, opisujący zmianę cen w IV kwartale 2023r. do III kwartału 2023r. ukazał się dnia 19 lutego 2024r. Zamawiający dobrał więc wskaźnik, który nie jest odpowiedni dla wyznaczonego przez Zamawiającego we wzorze umowy celu tj. określenia zmiany cen w ujęciu rocznym, ponadto uzyskane wyniki, w związku z opóźnieniem publikacji wskaźnika, mogą się różnić w zależności od tego, w którym okresie kwartału nastąpi upływ 12-miesięcznego okresu realizacji w odniesieniu do publikacji wskaźnika kwartalnego.

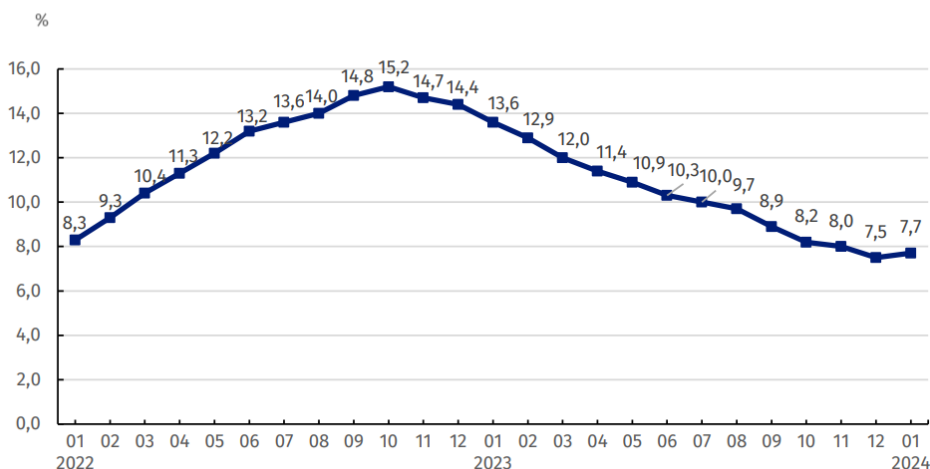
Należy przy tym zauważyć, że Prezes Głównego Urzędu Statystycznego publikuje odpowiednie wskaźniki: wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej, publikowane miesięcznie, w ramach Informacji sygnałnych, ukazujące zmiany cen zarówno w ujęciu miesięcznym, jak i rocznym - <https://stat.gov.pl/sygnalne/informacje-sygnalne/>.

Ustawodawca przewidział konieczność przewidzenia w umowie postanowień dotyczących zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Natomiast Zamawiający w §9 ust. 4 pkt. 2 wzoru umowy ustalił, że zmiana wynagrodzenia wykonawcy nastąpi, jeżeli zmiana cen materiałów lub kosztów będzie wyższa o 15% w stosunku do tych cen przed roku. Postanowienia Wzoru umowy proponowane przez Zamawiającego stoją w sprzeczności do przepisów ustawy Pzp i celów wprowadzenia klauzuli waloryzacyjnej. Celem waloryzacji jest przywrócenie ekwiwalentności świadczenia, stąd odniesieniem do określenia zaistniałej zmiany w zakresie ponoszonych kosztów realizacji powinny być ceny i koszty umowne, zawarte w ofercie wykonawcy, a następnie wprowadzone do umowy. Stąd terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia powinien być dzień zawarcia umowy, bądź w określonych w Pzp warunkach – dzień otwarcia ofert. Określenie zmiany cen i kosztów w stosunku do roku poprzedniego jest nieadekwatne dla przewidzianego w Ustawie obowiązku ustalenia zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Ustalony we wzorze umowy warunek zmiany wynagrodzenia wykonawcy, gdy zmiana będzie wyższa o co najmniej 15 % od wysokości tych cen lub kosztów w odniesieniu do poprzedniego roku, prowadzi do sprzeczności. Z jednej strony Zamawiający uznaje, że wzrost cen i kosztów o 15% jest sytuacją, gdy zachwiana może być równowaga umowy i należałoby wprowadzić waloryzację wynagrodzenia. Z drugiej strony, analizując obecną sytuację rynkową, należy stwierdzić duże prawdopodobieństwo, że zmiana taka nie nastąpi w ciągu 12 miesięcy, ale w ciągu okresu dłuższego np. 15 miesięcy od zawarcia umowy (przy czym wskaźnik rok do roku ciągle będzie utrzymywał się na poziomie poniżej 15%). Wykonawca nie będzie wówczas uprawniony do uzyskania zmiany wynagrodzenia pomimo, iż sam Zamawiający uznał, że zmiana w tej sytuacji (zmiany cen i kosztów powyżej 15%) wymaga zmiany wynagrodzenia.

Zamawiający w § 9 ust. 4 pkt. 2) Wzoru Umowy wprowadził regulację, która przewiduje, iż zmiana wynagrodzenia wykonawcy w danym roku nastąpi, jeżeli Wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej w ujęciu rocznym, ogłoszony przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, wykaże wzrost o co najmniej 15%. Analiza historycznych danych wykazuje, że w okresie ostatnich dwóch lat (czyli okresie niespotykanego wcześniej wzrostu) taka sytuacja miała miejsce tylko raz – w październiku 2022r.

Wykres 2. Zmiany cen produkcji budowlano-montażowej w latach 2022-2024 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego



Źródło: Główny Urząd Statystyczny

<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-lutym-2024-roku.15.63.html>

W dłuższym okresie - od 2010 r. do 2023r. - wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do roku poprzedniego kształtowały się następująco:

CZEŚĆ III Roczne wskaźniki makroekonomiczne															
Aktualizacja: 18.03.2024															
Powrót do spisu															
WSKAŹNIKI CEN															
Wyszczególnienie															
A – rok poprzedni=100															
C – miesiąc kończący okres (grudzień roku poprzedniego=100)															
I ₁ – 2000=100															
I ₂ – 2005=100															
I ₃ – 2010=100															
Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej	A	99,9	101,0	100,2	98,2	98,8	99,5	99,6	100,6	102,7	103,5	102,6	104,2	112,7	110,2

Źródło: Główny Urząd Statystyczny

Na podstawie powyższych danych należy stwierdzić, że nawet w ostatnim okresie – poczynając od 2021r. – burzliwych i gwałtownych zmian cen, które zarówno w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, jak też Prokuratury Generalnej, stanowiły podstawy do zmiany wynagrodzenia wykonawców, wzrost cen produkcji budowlano-montażowej o ponad 15% miał miejsce tylko raz.

Zaproponowany przez Zamawiającego mechanizm można sprowadzić do tego, że dobrany przez Zamawiającego wskaźnik z dużym prawdopodobieństwem uniemożliwi dokonanie zmiany wynagrodzenia, a tym samym jego urealnienie w odniesieniu do zmieniających się warunków rynkowych, stąd zarzut Odwołującego, że zasady dokonywania waloryzacji w umowie zostały ukształtowane w sposób mający na celu obejście przepisów prawa.

Należy również podkreślić, że wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej realizującej cele Ustawy jest korzystne również dla Zamawiającego. Cytując Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r. KIO 440/22:

„Należy także podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywiście jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeśli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen – w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty – nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegania jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.” (podkreślenie Odwołującego)

Należy zauważyć trafność stanowiska KIO, wskazującego korzyść dla Zamawiającego w sytuacji, gdy do ceny ofertowej nie jest doliczane ryzyko wykonawców związane z możliwością wzrostu cen, a wynagrodzenie wykonawcy jest zmieniane tylko w przypadku faktycznej zmiany cen realizacji umowy, w oparciu o ogólnodostępne i obiektywne wskaźniki.

Zamawiający przewiduje realizację Przedmiotu zamówienia do dnia 30.10.2026r. (§7 ust. 2 Wzoru umowy). Oznacza to, że z przyjętych w §9 ust. 4 pkt 1) okresów 12-miesięcznych wynika dokonanie co najwyżej dwóch zmian wynagrodzenia. Dla każdego z tych okresów obowiązuje poziom zmiany cen w wysokości co najmniej 15%, co oznacza, że zwiększenie cen do poziomu 15% w każdym roku jest ryzykiem wykonawcy. Z powyższego wynika, że łącznie zmiany cen w wysokości do 32,25% (zmiana do 15 % w pierwszym roku i zmiana do 15% od kwoty wynagrodzenia 100%+15%) jest ryzykiem wykonawcy. Oferenci, w zależności od swojej oceny

rynkowej i skłonności do podejmowania ryzyka, będą więc przyjmowali w swoich ofertach zwiększenie wynagrodzenia od 0% do 32,25% w związku z prognozowanym przez siebie wzrostem cen. Powyższe prowadzi do całkowitej nieporównywalności złożonych ofert. Przy tak dużej różnicy – sięgającej 32,25% w ocenie ryzyka – i przy braku wiedzy Zamawiającego, w jakim stopniu złożona oferta zawiera ryzyko po stronie wykonawcy związane ze wzrostem cen i kosztów, Zamawiający nie będzie mógł również przeprowadzić kontroli złożonej oferty w zakresie rażąco niskiej ceny. Biorąc bowiem pod uwagę, że doliczone przez oferenta ryzyko w związku ze wzrostem cen i kosztów może sięgać nawet 32,25%, oferta, której wartość będzie pozornie zbliżona do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania przez Zamawiającego, może w rzeczywistości zawierać ceny odbiegające o co najmniej 30% od wartości zamówienia (czyli: rażąco niskiej), ale jednocześnie powiększone o przyjęte ryzyko.

Brak zdefiniowania podstaw waloryzacji (tj. odpowiedniego wskaźnika i podstawy waloryzacji) w SWZ powoduje, że każdy z wykonawców może zakładać inne zasady waloryzacji wynagrodzenia i inaczej szacować ryzyka w tym zakresie, co skutkować będzie w ostateczności nieporównywalnością ofert, a tym samym powoduje naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy PZP.

W odniesieniu do wysokości wskaźnika, Odwołujący wskazuje, że według danych opublikowanych przez GUS wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do cen do analogicznego miesiąca poprzedniego roku kształtował się następująco:

CZĘŚĆ III Roczne wskaźniki makroekonomiczne															
Aktualizacja: 18.03.2024															
WSKAŹNIKI CEN															
Wyszczególnienie															
A – rok poprzedni=100															
C – miesiąc kończący okres (grudzień roku poprzedniego=100)															
I ₁ – 2000=100															
I ₂ – 2005=100															
I ₃ – 2010=100															
		2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej	A	99,9	101,0	100,2	98,2	98,8	99,5	99,6	100,6	102,7	103,5	102,6	104,2	112,7	110,2

Źródło: Główny Urząd Statystyczny

<https://stat.gov.pl/wskazniki-makroekonomiczne/>

Z załączonego zestawienia wynika, że pokazywanym okresie od 2010r. do 2020r. roczne wzrosty cen nigdy nie przekraczały wartości 4%. Sytuacja, która miała miejsce od 2021r. tj. sytuacja gwałtownych wzrostów cen, powinna zostać uznana za nadzwyczajną, stąd poziom wzrostów cen z tego okresu nie powinien być uznawany za wartość porównawczą.

Odwołujący uważa, że przyjęcie granicy 4% wzrostu cen, w odniesieniu do sytuacji, w której ceny kształtowały się na stabilnym poziomie, stanowi już rozłożenie ryzyka wzrostu cen między Zamawiającego a Wykonawcę, gdyż w okresie stabilizacji tak wysoki wzrost nie był notowany.

Zamawiający *de facto* nie określił sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia, tj. wymogu określonego w art. 439 ust. 2 pkt 2) ustawy PZP. Pozornie wydawałoby się, że Zamawiający w § 9 ust. 4 pkt. 3 Wzoru Umowy określił, że wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy zostanie obliczona na podstawie procentowego wzrostu Wskaźnika wskazanego w pkt 2 Umowy (co do którego Odwołujący wskazał istotne zastrzeżenia w pkt 8 powyżej) w odniesieniu „*wyłącznie do wykazanych, udokumentowanych przez wykonawcę i zaakceptowanych przez zamawiającego cen materiałów lub kosztów z wyłączeniem kosztów pracy, tj. związanych ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę*”. Należy wskazać, że cytowany powyżej zapis jest wysoce nieprecyzyjny, ponieważ:

- a) Zamawiający nie określił jakie ceny materiałów lub kosztów Wykonawca miałby wykazywać i dokumentować – wątpliwości mogą dotyczyć zakresu, np.: czy mają to być

wszystkie ceny i koszty składające się na koszt realizacji Inwestycji, czy może mają zawierać ceny i koszty które wpływają na zmianę kosztów realizacji, w tym przypadku brak informacji, czy należy brać pod uwagę każdy wzrost, czy również Zamawiający ma ograniczenia co do jego wysokości;

- b) Nie zostały określone zasady, na jakich Zamawiający miałby wykazane przez Wykonawcę ceny materiałów i kosztów akceptować, w szczególności, czy Zamawiający pozostawia sobie prawo interpretacji, czy poszczególne ceny lub koszty mają związek ze wzrostem kosztu realizacji,
- c) Brak określenia zakresu, w jakim zostają wyłączone koszty pracy, w szczególności nie wiadomo, czy zostaną one wyłączone tylko w takim zakresie, w jakim osoby wykonujące prace Inwestycji otrzymują minimalne wynagrodzenie za prace, bądź minimalną stawkę godzinową (czyli objętym możliwością zmiany wynagrodzenia na podstawie §9 ust. 23 pkt 2 Wzoru Umowy), czy w zakresie pełnych kosztów robocizny.

Należy wskazać, że wartość zaakceptowanych przez Zamawiającego cen materiałów lub kosztów stanowi podstawę do wykonania dalszych działań matematycznych do określenia wartości waloryzacji, a nieprecyzyjne zapisy powodują brak możliwości precyzyjnego określenia przez Wykonawcę wartości spodziewanej waloryzacji. W praktyce może to oznaczać, że dopiero w trakcie wykonywania zamówienia Wykonawca dowie się od Zamawiającego, które ceny lub koszty będą stosowane do oceny czy zaistniały podstawy dokonania waloryzacji, gdyż ceny i koszty te będą musiały dopiero zostać wybrane i ustalone przez Strony.

Oznacza to, że Zamawiający nie wskazał podstawy sposobu ustalenia zmiany wynagrodzenia i tym samym klauzula waloryzacyjna jest wadliwa (narusza wymóg przejrzystości, o którym mowa w art. 16 pkt 2 ustawy Pzp).

Brak zdefiniowania podstaw waloryzacji w SWZ powoduje, że każdy z wykonawców może zakładać inne zasady waloryzacji wynagrodzenia i inaczej szacować ryzyka w tym zakresie, co skutkować będzie w ostateczności nieporównywalnością ofert, a tym samym powoduje naruszenie art. 16 pkt 1) ustawy PZP.

Zamawiający stworzył dodatkowe warunki dowodowe, które wymagają nie tylko potwierdzenia zmiany cen lub kosztów według Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, ale również wykazania wpływu na warunki realizacji umowy. Zamawiający jako obligatoryjny element wniosku o dokonanie waloryzacji w § 9 ust. 4 pkt 2 i pkt 3) wzoru umowy przewidział konieczność przedłożenia obiektywnych dowodów, w jaki sposób zmiana cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją umowy, wpływa na warunki realizacji umowy, przy czym z treści umowy nie wynika jakie to mają być obiektywne dowody czy też co Zamawiający uzna za taki obiektywny dowód. Wzór umowy nie precyzuje również co należy uznać za warunki wpływające na realizację umowy. Ponadto podstawą do obliczenia waloryzacji mają być wyłącznie ceny materiałów lub kosztów, wykazane i udokumentowane przez Wykonawcę, zaakceptowane przez Zamawiającego, przy czym treść umowy nie wskazuje, w jaki sposób miałyby być one wykazywane i udokumentowane, a także na jakich przesłankach odbywać się będzie akceptacja Zamawiającego. Nieścisłość i niedookreślenie warunków obliczenia waloryzacji skutkuje brakiem możliwości wykonawców obliczenia możliwej waloryzacji i przyjęcia jej do oferty.

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 zmianą cen.

Odwołać należy się również do opinii Prokuratury 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 znajdująca zastosowanie w toku normalnych zdarzeń.

5) Niezgodność z przepisami ustawy ustanawiania biegu gwarancji i rękojmi od usunięcia wszelkich wad przy odbiorze końcowym

Zgodnie z art. 568 § 1 kc, który znajduje zastosowanie do umów o roboty budowlane zgodnie z art. 656 § 1 w zw. z art. 638 kc terminy wykonywania uprawnień wynikających z rękojmi liczone są od daty wydania rzecz kupującemu. Brak jest podstaw do przesuwania rozpoczęcia biegu okresu rękojmi na inny termin, tym bardziej, że umowa nie przewiduje „bezusterkowego odbioru końcowego”. **Odwołujący podkreśla, że umowa nie precyzuje w § 13 czy odbiór końcowy nastąpi z dopuszczeniem wad nieistotnych, ale tak zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem należy interpretować zapisy umowy, bowiem odmienna interpretacja prowadziłaby do niezgodności z art. 647 kc.**

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Z chwilą dokonania odbioru dochodzi do przekazania przedmiotu umowy o roboty budowlane z wykonawcy na inwestora co należy utożsamiać z „wydaniem rzecz” w rozumieniu art. 568 § 1 kc.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor **obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych**, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

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

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

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

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

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

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

Z uzasadnienia

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

Zamawiający w § 13 ust 8 umowy przewidział, że ostateczne rozliczenie nastąpi w oparciu o końcową fakturę VAT - wystawioną w ciągu 10 dni po odbiorze robót na podstawie protokołu końcowego odbioru robót oraz po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu. Interpretując taki zapis zgodnie z ww. wykładnią sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, w przypadku wystąpienia wad nieistotnych dojdzie pomiędzy stronami do odbioru końcowego a przedmiot umowy zostanie wydany zamawiającemu i rozpocznie on korzystanie z niego. Skutkować powinno to zgodnie z art. 568 § 1 kc rozpoczęciem okresu rękojmi. Ponieważ Zamawiający zrównał okres rękojmi i gwarancji tym samym bieg obu podstaw odpowiedzialności powinien biec od tego samego momentu tj. dokonania odbioru końcowego.

Jeszcze raz należy podkreślić, że w § 12 i 13 umowy zamawiający wskazał, jakie odbiory będą dokonywane w związku z Umową. Pośród tych odbiorów „bezusterkowy odbiór” został zastrzeżony do odbiorów przerobowych - miesięcznych a nie odbioru końcowego. Tym samym skoro umowa nie przewiduje „bezusterkowego odbioru końcowego” to tym samym brak jest podstaw do powiązania rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi z odbiorem, który nie jest przewidziany pomiędzy stronami.

6) Naruszenie przepisów ustawy w zakresie w jakim umowa uprawnia Zamawiającego w sposób arbitralny, uznaniowy i niezasadniony do odstąpienia od umowy

Jedną z podstawowych zasad prawa cywilnego jest wywodząca się z prawa rzymskiego zasada *pacta sunt servanda* (umów należy dotrzymywać), wyrażonej implicite w art. 354 § 1 kc *in principio*, zgodnie z którym dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią. Prawo do odstąpienia może być umowne oparte na zasadzie art. 395 § 1 kc tj. *Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy.* Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Umowne prawo odstąpienia stawia pod znakiem zapytania trwałość umowy, do której zostało włączone, jako instytucja prawna zaś musi być postrzegane jako osłabienie reżimu umownego znajdującego wyraz w elementarnej zasadzie *pacta sunt servanda* (z tego powodu w orzecznictwie zwrócono uwagę, że przepisy regulujące tę instytucję oraz oświadczenia stron składane na ich podstawie powinny być interpretowane ściśle – zob. powoływane wyżej wyroki SN: z dnia 15 maja 2013 r., III CSK 267/12,

oraz z dnia 24 lutego 2016 r., I CSK 269/15)¹.

Nie kwestionując przydatności wykorzystywania konstrukcji z art. 395 kc w obrocie prawnym, wskazać należy, że spośród instrumentów prawnych poluzniających zasadę *pacta sunt servanda* umowne prawo odstąpienia od umowy jest mechanizmem najdalej idącym, wygaszającym zobowiązanie bez jakiegokolwiek ochrony prawnej kontrahenta. Skoro odstąpienie jest najdalej idącym środkiem represyjnym, niweczącym umowę, które powinno być interpretowane ściśle, to tym bardziej powinno opierać się na przesłankach ocennych, niedookreślonych lub przewidujących prawo odstąpienia z powodu zdarzeń błahych, nie mających znaczenia dla prawidłowej realizacji zadania.

Wyrazem wyjątkowości korzystania z przesłanek odstąpienia jak i ich ścisłej interpretacji powinna pozostawać konieczność wezwania wykonawcy do zaprzestania naruszeń lub usunięcia ich skutków przed każdorazowym odstąpieniem. Ustanowienie przesłanki odstąpienia od umowy chociażby z powodu nierozpoczęcia prac wraz z przejęciem placu budowy powoduje, że wystarczy jeden dzień przesunięcia w pracach, aby Zamawiający mógł odstąpić od umowy, podobnie zajęcie komornicze niewielkiej procentowej lub wręcz promilowej wartości majątku wykonawcy również uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Odwołujący ma świadomość rozwiązań prawnych, wynikających z samego kodeksu cywilnego np. odstąpienie może być powiązane z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez jedną ze stron i wówczas będzie odnosić się do art. 492 kc. Zgodnie z jego treścią „*Jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego*”. Przepis art. 492 kc stanowi *lex specialis* względem art. 491 § 1 kc. Umożliwia on wierzycielowi wykonanie kształtującego uprawnienia do odstąpienia od umowy bez obowiązku uprzedniego wyznaczenia dłużnikowi dodatkowego terminu do spełnienia świadczenia wzajemnego. Należy jednak zaznaczyć, że powyższa klauzula ogólna kodeksu cywilnego dotyczy wszystkich rodzajów umów, od umowy sprzedaży rzeczy o małej wartości, poprzez umowy o świadczenie usług jak, drobne umowy o dzieło jak i gigantyczne umowy na roboty budowlane, liczone w milionach złotych.

Pomimo, iż prawo pozwala przewidywać dowolne przesłanki odstąpienia a w przypadku ścisłego określenia terminu wykonania zobowiązania może nie wymagać wyznaczenia dodatkowego terminu, to należy mieć na uwadze, że przy ocenie prawidłowości odstąpienia od umowy istotne znaczenie będzie miało ważność lub doniosłość naruszenia, jakie uprawniało drugą stronę do odstąpienia od Umowy.

Skoro postanowienia o odstąpieniu należy traktować jako wyjątek od zasady trwałości umów, mający bardzo doniosły skutek w postaci unicestwienia stosunku prawnego, tym samym regulowanie prawa odstąpienia, w sytuacji gdy strona nie dozna znaczących ograniczeń swojego świadczenia może być traktowane jako nadużycie prawa (art. 5 kc). Innymi słowy, jeżeli Zamawiający przewiduje, że za niesprecyzowaną ilość dni opóźnienia (nawet 1 dzień), nie zagrażających dotrzymaniu terminu końcowego, ma prawo unicestwić cały stosunek prawny, bez dodatkowego wezwania do zaprzestania naruszeń, to takie prawo powinno być potraktowane jako

¹ R. Trzaskowski, C. Żuławska [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna, wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, art. 395.

naruszenie równowagi stron stosunku prawnego, wykorzystanie pozycji dominującej przez Zamawiającego oraz jako nadużycie prawa.

Ponadto Odwołujący żąda usunięcia z § 18 ust 2 i 3 jako, że postanowienia te powielają w całości regulację przepisu bezwzględnie obowiązującego w ustawie Pzp. Należy wskazać, że możliwość odstąpienia o umowy w oparciu o przepis art. 456 Pzp nie zależy od tego czy znajdzie się jego powielenie w umowie lub nie. Nie ma też potrzeby wskazywania, że Zamawiający dopuszcza stosowanie tego przepisu, bowiem zamawiający ma obowiązek działać w granicach i zakresie prawa oraz korzystać z dobrodziejstwa ustaw prawnych i nie zależy to od zapisów umowy. Powielenie postanowień ustawowych do odstąpienia od umowy rodzi to ryzyko, że nie jest wiadomo jest jak interpretować wole Zamawiającego i czy pojęcia, jakimi się posługuje, dalej są pojęciami ustawowymi, do których istnieją interpretacje doktryny i wyroki sądów czy są to indywidualne interpretacje zamawiającego. Przykładowo należy tutaj wskazać na użyte w § 18 ust 2 pojęcie „*interesu publicznego*”, które u jednego zamawiającego będzie oznaczać chwilowo pilniejszą potrzebę realizacji innego zadania, brak możliwości (lub chęci) przesunięcia środków finansowych a u drugiego będzie oznaczało dopiero niezasadność realizacji z uwagi na unicestwienie całego obiektu. Takie rozbieżności powodują brak pewności stosunku prawnego oraz rodzą ryzyko skorzystania z odstąpienia w każdym dowolnym i mało znaczącym przypadku.

Z tych względów w ocenie Odwołującego, takie sformułowanie warunków umowy w zakresie odstąpienia stanowi nadużycie przez Zamawiającego swojego uprawnienia do kształtowania warunków umowy, nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego i bezzasadnie uprzywilejowuje pozycję Zamawiającego. Tym samym stanowi naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, co przemawia za usunięciem wskazanych części postanowienia ze wzoru umowy oraz za jego przerehabilitowaniem, w sposób wskazany przez Odwołującego w żądaniu Odwołania.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Magdalena Marciniak
radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa - *zastanie dostany do akt sprawy najpóźniej do dnia wyznaczonego na termin rozprawy*
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego
6. Harmonogram sporządzony przez Odwołującego