



Pruszków, 20 marca 2024 r.

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

Zamawiający: **Gmina Głogów Małopolski**
ul. Rynek 1
36-060 Głogów Małopolski
tel.: 17 789-70-00
e – mail: zamowienia@glogow-mlp.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie**
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 KRS pod nr KRS 54588,
NIP 5210421928
e-mail: pl_office.strabag@strabag.com

reprezentowana przez radcę prawnego
Krzysztofa Tomaszewskiego
działającego z upoważnienia radcy prawnego
Krzysztofa Misiewicza,

adres do doręczeń:
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
KRS: 0000127873
e-mail: krzysztof.tomaszewski@bauholding.com
tel. kom. +48 788 951 731

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz budowa Szkoły

Podstawowej na osiedlu Niwa w Głogowie Małopolskim – Etap I w formule „zaprojektuj – wybuduj” (znak OR.271.7.2024).

Data ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.03.2024 r. pod numerem 146421-2024.

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

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej), na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (zwanej w dalszej części „PZP”) wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej oraz budowa Szkoły Podstawowej na osiedlu Niwa w Głogowie Małopolskim – Etap I w formule „zaprojektuj – wybuduj” - znak OR.271.7.2024 (dalej: „Postępowanie”), polegającą na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 4 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy” (dalej „Umowa”) w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego (dalej „KC”).

I. Zarzuty:

I.1. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) **naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC** poprzez przyznanie przez Zamawiającego w sposób niezgodny z prawem dowolności dokonania odbioru od Wykonawcy dokumentacji projektowej oraz wykonanych robót po usunięciu przez Wykonawcę wszelkich stwierdzonych wad i tym samym stworzenie możliwości dokonania odmowy przez Zamawiającego odbioru przedmiotu Umowy w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek (bez rozróżnienia na istotne i nieistotne) - czyli ustanowienie konieczności sporządzenia tzw. protokołów bezusterkowych tj.
 - a) zawarcie w treści §7 ust. 4 , §7 ust. 8 oraz §7 ust. 12 wzoru Umowy postanowień uzależniających dokonanie przez Zamawiającego odbiorów sporządzonej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej oraz wykonanych robót budowlanych od braku istnienia w nich jakichkolwiek wad oraz usterek tj. „bez uwag i zastrzeżeń”, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane 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. §7 ust. 4: „Pozytywny odbiór ostateczny dokumentacji projektowej – (odbior zakresu 1), o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru częściowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy **bez uwag i zastrzeżeń**”.
- ii. §7 ust. 8: „Pozytywny odbiór części robót, o którym mowa w § 7 ust. 7 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru częściowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy **bez uwag i zastrzeżeń**”
- iii. §7 ust. 12: „Pozytywny odbiór zakresu 2, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 2 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru końcowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy **bez uwag i zastrzeżeń**”
- b) zawarcie w treści §3 ust. 5 oraz §7 ust. 16 i § 7 ust. 17 wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do wnoszenia do protokołów odbiorów ostatecznych dokumentacji projektowej (odbior zakresu realizacji 1), odbioru części robót budowlanych oraz odbioru końcowego robót (odbioru zakresu realizacji 2) bliżej niesprecyzowanych uwag i zastrzeżeń, co prowadzi w konsekwencji do przyznania Zamawiającemu uprawnienia do wnoszenia do ww. protokołów uwag i zastrzeżeń o nieograniczonym zakresie, podczas gdy uwagi i zastrzeżenia zamawiającego odnosić się mogą tylko do jakości wykonanych robót budowlanych:
- i. §3 ust. 5: „Przedstawiciele zamawiającego są upoważnieni również do **zgłaszania zastrzeżeń do protokołów, o których mowa w § 7 ust. 16 umowy, oraz do zgłaszania roszczeń, wniosków, poleceń i uwag w okresie gwarancji**”
- ii. §7 ust. 16: „Zamawiający ma prawo wprowadzić do protokołów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2–4 umowy, uwagi i zastrzeżenia, **w szczególności** odnoszące się do zgodności sposobu realizacji przedmiotu umowy, z wymaganiami określonymi w PFU, zapisami SWZ, oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa”
- iii. §7 ust. 17: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy dokonania poprawek i/lub uzupełnień i/lub usunięcia usterek, w szczególności jeżeli (...) **a uwagi lub zastrzeżenia w ww. zakresie zostały wskazane w protokole odbioru częściowego lub protokole odbioru końcowego, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 umowy**”.
- c) zawarcie w treści §7 ust. 19 wzoru Umowy postanowienia uzależniającego możliwość wykonania przedmiotu Umowy w terminie umownym oraz zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru dokumentacji projektowej oraz zgłoszenia gotowości do odbioru robót od braku występowania w nich jakichkolwiek wad tj. ustanowienia

konieczności sporządzenia tzw. protokołów bezusterkowych podczas, gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych, 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 końcowego, a postanowienia Umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie tj.:

- i. §7 ust. 19: *„Za termin wykonania zakresu 1 i 2 umowy uważać się będzie datę zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru na zasadach określonych stosownie w § 7 ust. 2 umowy oraz w § 7 ust. 10 umowy, o ile protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 4 umowy, oraz protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy, zostanie podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy **bez uwag i zastrzeżeń**. Jeżeli w trakcie odbiorów zostaną zgłoszone uwagi lub/i zastrzeżenia, za termin wykonania zakresu 1 i 2 umowy uważać się będzie datę podpisania stosownie protokołu odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 4 umowy, oraz protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy, **bez uwag i zastrzeżeń**”*
- d) zawarcie w treści §9 ust. 1 i §9 ust. 2 pkt 1) - 3) wzoru Umowy postanowień uprawniających Zamawiającego do odmowy zapłaty na rzecz Wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia (zarówno częściowego oraz końcowego) w przypadku jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego do wykonanych robót tj. ustanowienia konieczności sporządzenia tzw. protokołów bezusterkowych, 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 tj:
 - i. §9 ust. 1: *„Rozliczenie między stronami za wykonane roboty będzie następować na podstawie faktur częściowych (faktury częściowe nie przekroczą 95% kwoty umownej brutto) i faktury końcowej wystawionych przez wykonawcę, **na podstawie protokołów odbioru częściowego oraz odbioru końcowego, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2–4 umowy, podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń**”.*

- ii. §9 ust. 2 pkt 1) – 3): „*Płatności, o których mowa w § 9 ust. 1 umowy, będą dokonywane na podstawie oryginałów faktur VAT doręczonych zamawiającemu, z zastrzeżeniem, że:*
- 1) *podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie zakresu realizacji 1, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 1 umowy, jest protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy, potwierdzający pozytywny odbiór zakresu 1, **podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń;***
 - 2) *podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie części robót, jest protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 3 umowy, **podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń;***
 - 3) *podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie zakresu 2, o którym mowa w §1 ust. 3 pkt 2 umowy, jest protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy, potwierdzający pozytywny odbiór zakresu 2, **podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy bez uwag i zastrzeżeń.***
- e) zawarcie w treści §12 ust. 3 wzoru Umowy postanowienia określającego początek okresu gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia udzielonej przez Wykonawcę od podpisania protokołu odbioru końcowego bezusterkowego tj. „*bez uwag i zastrzeżeń*”, co w konsekwencji powoduje, że Zamawiający ma pozaustawowe prawo do modyfikowania terminu rozpoczęcia okresu gwarancji poprzez zgłaszanie jakichkolwiek zastrzeżeń do wykonanego przedmiotu Umowy i w konsekwencji Wykonawca nie jest w stanie skalkulować w swojej ofercie kosztu udzielenia takiej gwarancji Zamawiającemu, jeśli Wykonawca nie posiada informacji kiedy początek tej gwarancji może rozpocząć swój bieg tj.:
- i. §12 ust. 3: „*Bieg okresu gwarancji rozpoczyna się:*
 - 1) *w dniu dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy (zakresu 2) protokołem odbioru końcowego, **bez uwag i zastrzeżeń***”
- f) zawarcie w treści §17 ust. 4 wzoru Umowy postanowienia uzależniającego możliwość przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji wytworzonej lub wykorzystanej przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia od podpisania przez Zamawiającego protokołów odbiorów częściowych oraz odbioru końcowego w formie protokołów bezusterkowych tj. „*bez uwag i zastrzeżeń*”, co w konsekwencji powoduje, że Wykonawca zostaje pozbawiony możliwości przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji przez niego wytworzonej jeśli Zamawiający dokona

zgłoszenia jakiegokolwiek zastrzeżenia do wykonanego przedmiotu Umowy i w konsekwencji Wykonawca nie jest w stanie skalkulować w swojej ofercie kosztu przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji wytworzonej lub wykorzystanej przez niego na rzecz Zamawiającego, jeśli Wykonawca nie posiada informacji kiedy przeniesienie tych praw może nastąpić tj.:

i. §17 ust. 4: „Przeniesienie autorskich praw majątkowych następuje z dniem podpisania przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy, w przypadku:

*1) dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 umowy – protokołu odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy **bez uwag i zastrzeżeń**;*

*2) dokumentacji powykonawczej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 umowy – protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy **bez uwag i zastrzeżeń**”.*

2) **naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 pkt 2, 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP, art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 353(1) KC, art. 58 § 1 i 2 KC oraz art. 5 KC** poprzez sformułowanie treści §15 ust. 10 i §15 ust. 11 wzoru Umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej i zgodnej z celem przepisów ustawy PZP zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, została zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, ponieważ wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy jest pozorny i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji tj. wprowadzenie zapisów:

a) 15 ust. 10 i ust. 11:

*„10. Zmiana kosztów, o których mowa w ust. 9 względem ceny lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, uprawnia każdą ze Stron do wystąpienia z wnioskiem do drugiej Strony o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia. Zmieniona wartość wynagrodzenia, obowiązywać będzie od miesiąca następującego po miesiącu, w którym Strona wystąpiła z takim wnioskiem, o ile druga Strona uzna, iż rzeczywiście doszło w okresie obowiązywania umowy do zmiany cen lub kosztów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia. Minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi **10% w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy.***

11. Strona wnioskująca o zmianę wysokości wynagrodzenia zobowiązana jest przedstawić we wniosku, o którym mowa w ust. 10, w jaki sposób zmiana kosztów miała wpływ na koszt realizacji Przedmiotu umowy, w szczególności poprzez przedstawienie

szczegółowej kalkulacji z uwzględnieniem wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłoszonych w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z miesiąca, za który wnioskowana jest zmiana a poziomem cen materiałów/ kosztów wynikających z komunikatu Prezesa GUS za miesiąc, w którym została złożona oferta Wykonawcy”.

podczas, gdy nie istnieje komunikat Prezesa GUS określający „wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów”, a ponadto w powyższych zapisach umownych nie wskazano które dokładnie ceny lub kategorie kosztów będą uwzględniane dla określenia poziomu zmian, co wprowadza zbyt daleko posuniętą dobrowolność w interpretacji zapisów i może stanowić poważne pole sporów interpretacyjnych w trakcie realizacji, a wskazany poziom zmiany cen uruchamiający możliwość korzystania z mechanizmu waloryzacji na poziomie 10% pozostaje rażąco wygórowany i nieadekwatny dla realizacji inwestycji w okresach ustabilizowanej koniunktury na rynku.

II. Żądania:

II.1. Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności – zmiany treści wzoru Umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ poprzez:

- 1) w zakresie zarzutu nr 1 – Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru Umowy do przepisów prawa i wprowadzenie do niego postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru sporządzonej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej oraz wykonanych przez niego robót budowlanych 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 częściowych (w przypadku płatności częściowych) oraz odbioru końcowego (w przypadku płatności końcowej) – bez zastrzeżeń.

Po uwzględnieniu ww. zmiany:

- a) treść §7 ust. 4, §7 ust. 8 oraz §7 ust. 12 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:
 - i. §7 ust. 4: „Pozytywny odbiór ostateczny dokumentacji projektowej – (odbiór zakresu 1), o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru częściowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy **bez uwag i zastrzeżeń**”.
 - ii. §7 ust. 8: „Pozytywny odbiór części robót, o którym mowa w § 7 ust. 7 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru

częściowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy *bez uwag i zastrzeżeń*"

- iii. §7 ust. 12: „Pozytywny odbiór zakresu 2, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 2 umowy, zostanie potwierdzony protokołem odbioru końcowego, podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy *bez uwag i zastrzeżeń*"
- b) usunięcie części §3 ust. 5 oraz usunięcie §7 ust. 16 wzoru Umowy w całości i usunięcie części §7 ust. 17:
 - i. §3 ust. 5: „Przedstawiciele zamawiającego są upoważnieni również do ~~zgłaszania zastrzeżeń do protokołów, o których mowa w § 7 ust. 16 umowy, oraz do~~ zgłaszania roszczeń, wniosków, poleceń i uwag w okresie gwarancji”
 - ii. §7 ust. 16: ~~„Zamawiający ma prawo wprowadzić do protokołów, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2–4 umowy, uwagi i zastrzeżenia, w szczególności odnoszące się do zgodności sposobu realizacji przedmiotu umowy, z wymaganiami określonymi w PFU, zapisami SWZ, oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa”~~
 - iii. §7 ust. 17: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania od Wykonawcy dokonania poprawek i/lub uzupełnień i/lub usunięcia usterek, w szczególności jeżeli:
 - 1) dokumentacja projektowa, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 oraz w § 1 ust. 4 umowy będzie posiadała błędy powodujące jej niezgodność z przepisami powszechnie obowiązującego prawa lub powodujące jej niezgodność z wymogami określonymi w PFU;
 - 2) roboty budowlane, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 umowy zostaną wykonane niezgodnie z wymogami technicznymi, odebraną, zgodnie z w § 7 ust. 2 umowy dokumentacją projektową lub przepisami powszechnie obowiązującego prawa;
 - 3) roboty budowlane, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 2 umowy zostaną wykonane z użyciem materiałów, które nie uzyskały atestu lub świadectwa potwierdzającego ich dopuszczenie do stosowania;
 - 4) infrastruktura towarzysząca nie spełnia norm bezpieczeństwa wymaganych dla danego wyrobu;
 - 5) wykonawca nie dostarczył kompletnej dokumentacji powykonawczej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 umowy oraz w § 1 ust. 5 umowy~~a uwagi lub zastrzeżenia w ww. zakresie zostały wskazane w protokole odbioru częściowego lub protokole odbioru końcowego, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 umowy”.~~

- c) treść §7 ust. 19 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:
- i. „Za termin wykonania zakresu 1 i 2 umowy uważać się będzie datę zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru na zasadach określonych stosownie w § 7 ust. 2 umowy oraz w § 7 ust. 10 umowy, o ile protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 4 umowy, oraz protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy, zostanie podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy ~~bez uwag i zastrzeżeń. Jeżeli w trakcie odbiorów zostaną zgłoszone uwagi lub/i zastrzeżenia, za termin wykonania zakresu 1 i 2 umowy uważać się będzie datę podpisania stosownie protokołu odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 4 umowy, oraz protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 12 umowy, bez uwag i zastrzeżeń~~”
- d) treść §9 ust. 1, §9 ust. 2 pkt 1) - 3), §12 ust. 3 i §17 ust. 4 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:
- i. §9 ust. 1 i §9 ust. 2 pkt 1) - 3) wzoru Umowy
§9 ust. 1: „Rozliczenie między stronami za wykonane roboty będzie następować na podstawie faktur częściowych (faktury częściowe nie przekroczą 95% kwoty umownej brutto) i faktury końcowej wystawionych przez wykonawcę, na podstawie protokołów odbioru częściowego oraz odbioru końcowego, o których mowa w § 7 ust. 1 pkt 2–4 umowy, podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy ~~bez uwag i zastrzeżeń~~”.
 - ii. §9 ust. 2 pkt 1) – 3): „Płatności, o których mowa w § 9 ust. 1 umowy, będą dokonywane na podstawie oryginałów faktur VAT doręczonych zamawiającemu, z zastrzeżeniem, że:
 - 1) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie zakresu realizacji 1, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 1 umowy, jest protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy, potwierdzający pozytywny odbiór zakresu 1, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy ~~bez uwag i zastrzeżeń~~;
 - 2) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie części robót, jest protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 3 umowy, podpisany przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy ~~bez uwag i zastrzeżeń~~;
 - 3) podstawą do wystawienia faktury VAT za wykonanie zakresu 2, o którym mowa w §1 ust. 3 pkt 2 umowy, jest protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy, potwierdzający pozytywny odbiór zakresu 2, podpisany przez

upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy ~~bez uwag i zastrzeżeń.~~"

- e) treść §12 ust. 3 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:
 - i. §12 ust. 3: „Bieg okresu gwarancji rozpoczyna się:
 - 1) w dniu dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy (zakresu 2) protokołem odbioru końcowego ~~bez uwag i zastrzeżeń~~"
- f) treść §17 ust. 4 wzoru Umowy powinna wyglądać w sposób następujący:
 - i. §17 ust. 4: „Przeniesienie autorskich praw majątkowych następuje z dniem podpisania przez upoważnionych przedstawicieli zamawiającego i wykonawcy, w przypadku:
 - 1) dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 umowy – protokołu odbioru częściowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 2 umowy ~~bez uwag i zastrzeżeń~~;
 - 2) dokumentacji powykonawczej, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 umowy – protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 4 umowy ~~bez uwag i zastrzeżeń~~".

- 2) w zakresie zarzutu nr 2 – Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany Umowy, tj. § 15 ust. 10 i 11 Umowy poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami i zasadami prawa tak, aby umożliwić Wykonawcy realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych, mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy, tj. odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS oraz wprowadzenia minimalnego poziomu zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniającego strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia w wysokości 3% (w miejsce obecnych 10%) w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy.

Mając na uwadze, że Zamawiający jest decydem Postępowania, a zgodnie z art. 554 ust 6 PZP Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści, Wykonawca wskazuje jedynie propozycję modyfikacji wzorcowych zapisów na realia obecnego Postępowania i nadanie brzmienia §15 ust. 10 oraz ust. 11 Umowy w następujący sposób:

§15 ust. 10 „Zmiana kosztów, o których mowa w ust. 9 względem ceny lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, uprawnia każdą ze Stron do wystąpienia z wnioskiem do drugiej Strony o dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia. Zmieniona wartość wynagrodzenia, obowiązywać będzie od miesiąca następującego po miesiącu, w którym Strona wystąpiła z takim wnioskiem, ~~o ile druga Strona uzna, iż rzeczywiście doszło w okresie obowiązywania umowy do zmiany cen lub kosztów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia.~~ Minimalny poziom zmiany ceny

*Wskaźnika GUS ~~materiałów lub kosztów~~, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi ~~3%~~ **10%** w stosunku do ~~Wskaźnika GUS cen lub kosztów~~ z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy”*

§15 ust. 11 „Strona wnioskująca o zmianę wysokości wynagrodzenia zobowiązana jest przedstawić we wniosku, o którym mowa w ust. 10, w jaki sposób zmiana kosztów miała wpływ na koszt realizacji Przedmiotu umowy, w szczególności poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji z uwzględnieniem wskaźnika ~~cen produkcji budowlano- montażowej - Ogółem zmiany ceny materiałów lub kosztów~~ ogłoszonych w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (*dalej: Wskaźnik GUS*) z miesiąca, za który wnioskowana jest zmiana a poziomem cen materiałów/ kosztów wynikających z komunikatu Prezesa GUS za miesiąc, w którym została złożona oferta Wykonawcy”.

III. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie PZP. Zapisy zawarte w załączniku do SWZ - wzorze umowy, będącym są niezgodne z PZP i KC. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 KC), m. in. w sposób niezgodny z PZP uzależnia możliwość dokonania odbioru przedmiotu Umowy oraz otrzymanie przez Wykonawcę należnego mu wynagrodzenia od sporządzenia z Zamawiającym tzw. protokołów bezusterkowych, których wymóg sporządzenia jest niezgodny z art. 647 KC.

Wszystkie podniesione wyżej zarzuty wpływają na sposób odpowiedzialności Wykonawcy na etapie realizacji Umowy, a z uwagi, iż proponowane zapisy naruszają przepisy prawa są nieakceptowalne dla potencjalnego oferenta i wykonawcy przyszłego zamówienia, jakim może być wykonawca Strabag sp. z o.o., to tym samym zachodzi konieczność ich zaskarżenia.

Konsekwencją powyższego jest uniemożliwienie złożenia oferty w postępowaniu przez Odwołującego.

Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady PZP oraz KC, 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.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI PZP przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż

każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji 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. Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz." – wyrok KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

IV. Termin.

- IV.1.** Ogłoszenie o zamówieniu w dniu 11.03.2024 r. zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 20.03.2024 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie

UZASADNIENIE

1. Zamawiający w treści wielu zapisów umownych tj. §7 ust. 4 , §7 ust. 8, §7 ust. 12, §3 ust. 5 oraz §7 ust. 16 i § 7 ust. 17 , §7 ust. 19, §9 ust. 1 i §9 ust. 2 pkt 1) - 3), §12 ust. 3 oraz 17 ust. 4 wzoru Umowy uzależnił możliwość dokonania odbiorów częściowych, odbioru końcowego dostarczonej mu dokumentacji projektowej oraz zakończonych robót budowlanych, a także powiązał płatność częściową oraz końcową czy wreszcie możliwość rozpoczęcia biegu gwarancji oraz możliwość przeniesienia autorskich praw majątkowych przez Wykonawcę z przeprowadzeniem tzw. bezusterkowego odbioru częściowego i końcowego, naruszając przy tym rażąco art. 647 KC i art 654 KC przewidującego w przypadku odbioru końcowego obowiązek zapłaty wynagrodzenia, a w przypadku odbioru częściowego płatności częściowe za roboty częściowo wykonane. Ponadto Zamawiający w §7 ust. 19 Umowy wbrew obowiązkowi dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 KC przewidział możliwość przeprowadzenia procedury dokonania odbioru końcowego wyłącznie w przypadku braku wystąpienia jakichkolwiek wad tj. szeroko posługując się bliżej nieokreślonym pojęciem „bez uwag i zastrzeżeń” co powoduje, że odmowa dokonania przez Zamawiającego odbiorów i zapłaty wynagrodzenia występuje niezależnie od tego czy zrealizowany przez Wykonawcę obiekt posiada 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.
2. 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.

3. 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. Potraktowanie płatności jako dodatkowego zabezpieczenia względem zabezpieczenia należytego wykonania umowy określonego w stanowi naruszenie Pzp w dwóch aspektach. Po pierwsze zgodnie z art. 450 ust. 1 pzp to wykonawca ma prawo wyboru formy zabezpieczenia. Traktując płatność wynagrodzenia jako zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych Zamawiający narzuca wykonawcy formę zabezpieczenia pozbawiając go jednocześnie prawa wyboru. Po drugie zgodnie z art. 452 ust. 2 Pzp wysokość zabezpieczenia nie może przekraczać 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy. Przy obecnych zapisach wzoru Umowy wartość zabezpieczenia przysługującego Zamawiającemu będzie przekraczać tę wartość, gdyż Zamawiający zgodnie z § 10 ust. 1 wzoru umowy otrzyma zabezpieczenie wynoszące 5% oraz zabezpieczenie w postaci zatrzymanej płatności wynagrodzenia częściowego, bądź końcowego, które będą przekraczać ustaloną wartość zabezpieczenia.
4. Spory pomiędzy zamawiającymi, a wykonawcami w kwestii wprowadzania do umów tzw. odbiorów bezusterkowych i powiązanych z nimi płatnościami wynagrodzenia wykonawcy 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 zamawiający obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Zamawiający nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty 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.
5. 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 uspołecznionej”.

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

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

- 1) 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 błahszej 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”

- 2) 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.”

6. 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 uchylecia się od dokonania odbioru końcowego 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. Ponadto uprawnienie Odwołującego do otrzymania należnego mu wynagrodzenia z tytułu płatności częściowych, bądź też płatności końcowej nie powinno zostać uzależnione w żaden sposób od dokonania przez Zamawiającego odbioru robót bez uwag czy zastrzeżeń gdyż – jak już wskazano – powoduje to, że Wykonawca w rzeczywistości pozbawiony zostałby należnego mu wynagrodzenia skoro Zamawiający mógłby uzależniać jego wypłatę od usunięcia każdej, nawet błażej usterki.
7. Zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 PZP, tj. waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji.

Zamawiający w § 15 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 waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy nie wiadomo czy nastąpi, uzależnia waloryzację od błędnie i nieczytelnie sformułowanych warunków jej wprowadzenia. Na dzień złożenia ofert nie będzie wiadomo więc, na jakich zasadach będzie przeprowadzana, oraz czy zawiera limit zmiany wynagrodzenia uniemożliwiający przywrócenie ekonomicznej równowagi stron.

Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Pierwotnie ustawodawca przewidział, że trwający ponad 12 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istotnym jest, że ustawodawca uznał, że okres 12 miesięcy jest zbyt długi i dokonał nowelizacji art. 439 pzp. Obecnie w wyniku zmiany ustawy waloryzuje się znacznie krótsze a to jest 6 miesięczne umowy. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływanie zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczne wahania i zmiany 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 należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Tak sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

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

Wymogi, jakie powinna spełnić klauzula waloryzacyjna określono w art. 439 ust. 2 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 nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

8. Zamawiający formułując zapisy § 15 ust. 10 oraz ust. 11 Umowy, nie wypełnił jednak w pełni dyspozycji w/w art. 439 PZP. Określony przez Zamawiającego poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz sposób kalkulacji wynagrodzenia został ustalony w całkowitym oderwaniu od realiów ekonomicznych panujących na rynku, co powoduje, że klauzula ma charakter pozorny i w konsekwencji nie pozwoli zwaloryzować wynagrodzenia w stosunku do przewidywanych/prognozowanych zmian cen materiałów i usług.

W § 15 ust. 11 Umowy Zamawiający przewidział iż „Strona wnosząca o zmianę wysokości wynagrodzenia zobowiązana jest przedstawić we wniosku, o którym mowa w ust. 10, w jaki sposób zmiana kosztów miała wpływ na koszt realizacji Przedmiotu umowy, w szczególności poprzez przedstawienie szczegółowej kalkulacji z uwzględnieniem wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłoszonych w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z miesiąca, za który wnioskowana jest zmiana a poziomem cen materiałów/ kosztów wynikających z komunikatu Prezesa GUS za miesiąc, w którym została złożona oferta Wykonawcy”

9. Odwołujący wskazuje, iż **nie ma komunikatu Prezesa GUS** określającego „wskaźnik zmiany cen materiałów lub kosztów”. Wśród najczęściej stosowanych dla regulacji kwestii zmiany cen przy umowach o roboty budowlane zastosowanie znajdują:

„**Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej**” (np. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-produkcji-budowlano-montazowej-w-styczniu-2024-roku,15,62.html>)

lub

„**Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych**” – potocznie inflacja (<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-pot-inflacja/>).

Wskazane j/w wskaźniki publikowane są co miesiąc, w postaci Komunikatów przez Prezesa GUS na podstawie ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 65, poz. 545, z późn. zm.) - zwane dalej: wskaźnikami GUS.

Przy czym, dla pierwszego z wskazanych powyżej Wskaźników, wzrosty cen odnotowywane są dla czterech obszarów, to jest osobno określa się zmiany cen „Ogółem”, oraz osobno dla „Budowy budynków”, „Budowy obiektów inżynierii lądowej i wodnej” i „Robót budowlanych specjalistycznych” (patrz rys.1).

Rysunek 1: Tabela określająca wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 i styczniu 2024 z komunikatu Prezesa GUS – wypis

Tablica 1. Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2023 r. i styczniu 2024 r.

Wyszczególnienie	12 2023		01-12 2023	01 2024	
	11 2023=100	analogiczny okres 2022=100	01-12 2022=100	01 2023=100	12 2023=100
Ogółem	100,3	107,5	110,2	107,7	100,5
Budowa budynków ^a	100,3	106,4	110,0	106,7	100,5
Budowa obiektów inżynierii lądowej i wodnej ^a	100,4	108,8	111,2	108,8	100,5
Roboty budowlane specjalistyczne	100,3	106,8	109,2	107,4	100,5

Celem uniknięcia dowolności w doborze wskaźników oraz umożliwienia skutecznego i realnego korzystania z zapisów Umownych, koniecznym pozostaje jednoznaczne i precyzyjne określenie i rodzaju stosowanego wskaźnika stanowiącego podstawę dla dokonywania umownej waloryzacji.

10. Odwołujący wskazuje jednocześnie, iż zawarte jak w §15 ustęp 10 Umowy sformułowanie „o ile druga Strona **uzna, iż rzeczywiście doszło w okresie obowiązywania umowy do zmiany cen lub kosztów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia**” pozostaje nieuprawnione, gdyż wprowadza dodatkowy niedopuszczalny warunek, który w rzeczy samej stanowi niczym nieograniczoną dobrowolność dla każdej ze Stron w uznawaniu pozaumownych uprawnień drugiej Strony. Doprowadzić to może np. do sytuacji, gdzie przyjmując hipotetycznie wystąpienie krachu na rynku budowlanymi i całkowitego odwrócenia trendu w cenach na rynku materiałów i ich spadku, Wykonawca odrzuciłby wniosek Zamawiającego o obniżenie wysokości wynagrodzenia - wskazując iż „nie uznaje, iż rzeczywiście doszło do zmiany cen”. Taki zapis w rzeczy samej przeczy intencjom przepisu obligującego Zamawiającego do wprowadzenia czytelnych, klarownych i nie budzących wątpliwości zapisów.
11. W §15 ustęp 10 Umowy Zamawiający ustalił poziom zmiany cen, od którego będzie uruchamiana waloryzacja na „10% **w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym złożono ofertę Wykonawcy**”. W tym miejscu Odwołujący podnosi, iż:
 - a) nie wskazano które dokładnie ceny lub kategorie kosztów będą uwzględniane dla określenia poziomu zmian, co znowu wprowadza zbyt daleko posunięta dobrowolności w interpretacji zapisów i może stanowić poważne pole sporów interpretacyjnych w trakcie realizacji,

- b) wskazany poziom zmiany cen uruchamiający możliwość korzystania z mechanizmu waloryzacji na poziomie 10% pozostaje rażąco wygórowany i nie adekwatny dla realizacji inwestycji w okresach ustabilizowanej koniunktury na rynku.

12. Kwestia waloryzacji wynagrodzenia w obecnej sytuacji rynkowej jest istotnym czynnikiem wpływającym na konstruowanie ofert – ustalenie wynagrodzenia wykonawcy, stad niezmiernie istotnym jest równomierne i racjonalne rozłożenie ryzyka zmiany cen pomiędzy Stronami, gdzie ustalenie poziomu 10% jako poziomu od którego w ogóle waloryzacja ma zastosowanie, pozostaje tego zaprzeczeniem.

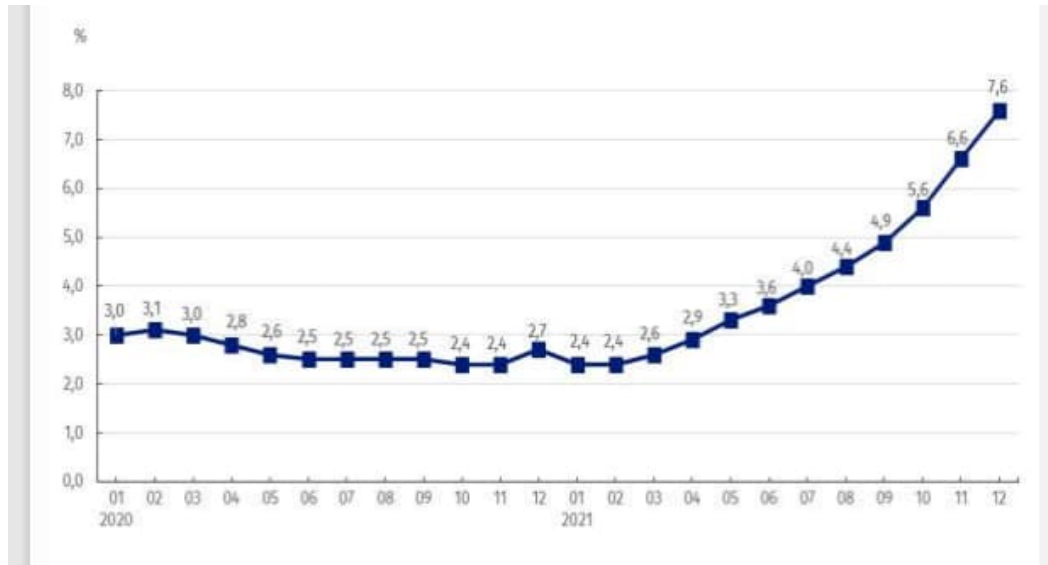
Celem wykazania powyższego, Odwołujący posłuży się danymi archiwalnymi dla Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowe (który to wskaźnik występuje w przykładowych i rekomendowanych wzorach waloryzacyjnych opublikowanych w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa> jako zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych).

Otoczenie gospodarcze w wymiarze historycznym jak i obecnym doskonale ilustrują Wykresy 1 -4 poniżej, wskazujące notowane przez GUS zmiany Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej na przestrzeni ostatnich 6 lat. Wskazane jak w wykresach wartości wskazują zmiany wskaźnika w stosunku rok do roku (a nie na przestrzeni 6 miesięcy).

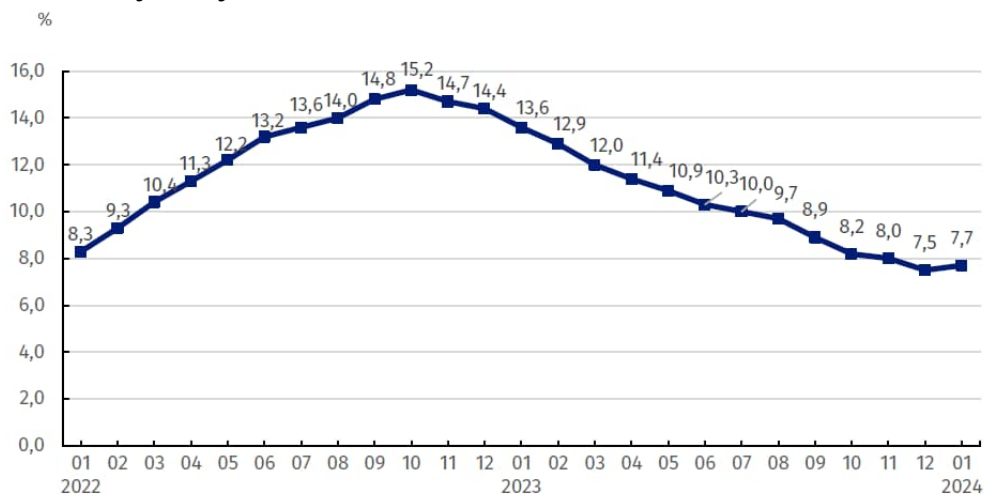
Wykres 1: Zmiany cen produkcji budowlano- montażowej w latach 2018-2019 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (źródło: Wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w grudniu 2019)



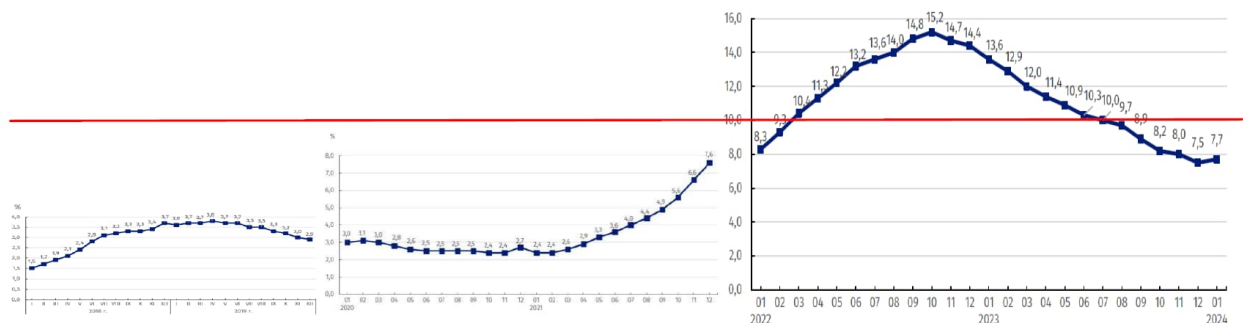
Wykres 2: Zmiany cen produkcji budowlano- montażowej w latach 2020-2021 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (źródło: Wskaźniki cen produkcji budowlano- montażowej w styczniu 2022 r.)



Wykres 3: Zmiany cen produkcji budowlano- montażowej w latach 2022-2024 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego (źródło: Wskaźniki cen produkcji budowlano- montażowej w lutym 2024)



Wykres 4: Zmiany cen produkcji budowlano- montażowej w latach 2018-2024 w porównaniu z analogicznym okresem roku poprzedniego- porównanie; opracowanie własne



Na wykresie 4 ukazano zbiorcze zestawienie wykresów 1,2,3 z lat 2018-2023 gdzie poziomą linią czerwoną zaznaczono poziom zmiany cen równy 10% w skali rok do roku.

Zgodnie z wykresem 1 maksymalna zmiana wskaźnika cen produkcji budowlano- montażowej w latach 2018-2019 wyniosła 3,8% , w latach 2020-2021 wyniosła 7,6% (wykres 2) po to by dopiero w marcu 2022 (a więc po ataku Federacji Rosyjskiej na Ukrainę) przekroczyć 10% w stosunku rocznym.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż od początku prowadzonych przez GUS pomiarów wysokości cen nie odnotowano tak wysokich odczytów, jak na przestrzeni ostatnich dwóch lat co skutkowało gwałtownym wzrostem ryzyka związanego z realizacją umów o roboty budowlane. Poprzedni „boom budowlany” z lat 2006-2009 skutkowało wzrostem cen o maksymalnie 9% w skali rok do roku (na podstawie wskaźnika cen produkcji budowlano montażowej GUS). Następnie przez okres ponad 10 lat, **cenę w budownictwie pozostawały na dość niezmiennych poziomach, notując maksymalne zwwyżki na poziomie 4% rok do roku.** Obecna sytuacja jest o tyle bezprecedensowa, że wzrost cen w sektorze budownictwa notowany przez GUS jest niemal dwukrotnie wyższy niż kiedykolwiek wcześniej zarejestrowany a mimo to Zamawiający wprowadza próg uruchamiający waloryzację określony na 10% przerzucając na Wykonawcę w istotnej części ryzyko zmiany cen.

Dość wspomnieć w tym miejscu, iż zgodnie z bieżącą projekcją inflacji według Narodowego Banku Polskiego (marzec 2024) ta ma w skali roku wynosić:

	2024	2025	2026
Inflacja CPI r/r (%)	3,0	3,4	2,9

Źródło: <https://nbp.pl/projekcja-inflacji-i-pkb-marzec-2024/>

Co oznacza, iż według ekspertów Narodowego Banku Polskiego inflacja w 2024 r w skali rok do roku będzie wynosiła 1/3 wzrostów cen wymaganych przez Zamawiającego Umową dla uruchomienia waloryzacji, podobnie w latach kolejnych. Co oznacza, iż w przypadku gdyby ceny w budownictwie utrzymywały poziom zmian zbliżony do inflacji, w ciągu najbliższych 3 lat

Wykonawca nie osiągnąłby wymaganego umową limitu 10% dla uruchomienia mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia.

Nie powinno zachodzić z pola widzenia, że wg prognoz analityków, sytuacja z biegiem czasu zacznie się stabilizować, a nie zaostrzać, co oznacza, że rejestrowana jeszcze w ubiegłym roku obecna górnica cenowa powinna opadać niż osiągać wyższe, szczytowe poziomy. Zamawiający obarcza Wykonawcę nadmiernym ryzykiem na wypadek zmiany cen (utrzymania wysokiej inflacji).

Przy obecnych trendach rynkowych, uwzględnieniu aktualnych prognoz inflacji mając na uwadze zaproponowane zapisy umowne, możliwość waloryzacji nie wystąpi w okresie najbliższych dwóch lat. Oznacza to, że od momentu podpisania umowy przez kolejne miesiące realizacji umowy Wykonawca będzie realizował przedmiot umowy po cenach z etapu oferty, o których waloryzacje będzie mógł wystąpić dopiero gdy te zmienią się o 10%, co jak dowodzi wykres 1 i 2 nie występuje przy normalnej zrównoważonej koniunkturze. Art. 439 pzp został wprowadzony przez ustawodawcę właśnie po to, aby wykonawca przy zamówieniach realizowanych w dłuższym okresie czasu nie musiał spekulować ceną i przyjmować w ofertach nadmiernych ryzyk inflacyjnych. W ostatnim czasie ustawodawca uznał, że dotychczasowe przepisy nie odpowiadały rzeczywistości i zmienionej sytuacji rynkowej i ograniczył ryzyko inflacyjne do 6 miesięcy. Zamawiający ustalając zbyt niski poziom możliwej waloryzacji działa zatem wbrew dyspozycji art. 439 pzp.

Powyższe prowadzi do wniosku, że wprowadzona klauzula waloryzacyjna jest oderwana od warunków rynkowych i tylko z pozoru przewiduje, że pozwoli wykonawcy przywrócić równowagę ekonomiczną zachwianą wzrostem cen.

Odwołać należy się również do opinii Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa, z której da się wywieść, jaką rolę pełnią klauzule waloryzacyjne mają na celu utrzymanie ekwiwalentności świadczeń stron. Tym samym klauzula waloryzacyjna tworzona w oparciu o przepis art. 439 ustawy Pzp musi być klauzulą realną i znajdującą zastosowanie w toku normalnych zdarzeń.

Mając na uwadze powyższe, przyjęty przez Zamawiającego we wzorze umowy sposób waloryzacji wynagrodzenia nie prowadzi do przywrócenia równowagi ekonomicznej stron, ma charakter w znacznej części pozorny i przerzuca na wykonawcę ryzyko zmiany cen, które obecnie jest nieprzewidywalne.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Załączniki:

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