



Pruszków, dnia 27 października 2022 r.

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

Zamawiający:

Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie
ul. Ułanów 9a
31-450 Kraków
E-mail: zampubl@mcoo.krakow.pl lub
zampubl2@mcoo.krakow.pl
Osoba do kontaktów: Aleksandra Kostrzewa
Tel.: +48 12 650 39 25

Odwołujący:

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 z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest: „Rozbudowa i przebudowa budynku Szkoły Podstawowej nr 54 (wraz z pomieszczeniami dla przedszkola) w Krakowie przy ul. Tynieckiej 122 w systemie „zaprojektuj i wybuduj””

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: MCOO/ZP/R/25/22
Znak sprawy u Zamawiającego: ZP.261.34.2022

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie nr 567732-2022-PL (Dz.U./S S200) opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2022 r.

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 Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

KRYTERIUM OCENY OFERT

1. **naruszenie art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 58 kc** poprzez określenie kryterium oceny ofert – kryterium jakości – doświadczenie osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób nadmiarowy i niemożliwy do spełnienia, uniemożliwiający nawet bardzo doświadczonemu na rynku Wykonawcy otrzymanie maksymalnej liczby punktów, a w konsekwencji naruszający zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez **zawężenie czasu w którym Wykonawca może wykazać się doświadczeniem swojego personelu do niecałych 5 lat**, które to naruszenie objawia się żądaniem w treści rozdziału XVI SWZ (Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert):

- a. **w zakresie doświadczenia projektanta:**

pkt. 4, ppkt. 2) lit. c) – że „*doświadczenie projektanta będzie polegać na **ocenie liczby wykonanych przez projektanta od 2018 r. (włącznie) projektów** w zakresie architektury spełniających poniższe wymogi (każdy projekt):*

- *projekt dotyczył budowy/przebudowy budynku/kompleksu budynków i obejmował w swoim zakresie roboty żelbetowe/murowe, montaż ślusarki/stolarki okiennej/drzwiowej, wykonanie izolacji przeciwwilgociowej/przeciwwodnej, wykonanie termoizolacji, wykonanie posadzek, tynków i wypraw podłogowych;*

- *Kubatura zaprojektowanego budynku/kompleksu budynków lub kubatura zaprojektowanej części budynku/kompleksu budynków objętej budową/przebudową: co najmniej 10.000 m³;*

(zwanych dalej w rozdz. XVI.4 SWZ „projektami”).”

pkt. 4, ppkt. 2) lit. d) – że „*punkty w przedmiotowym podkryterium zostaną przyznane zgodnie z poniższymi zasadami:*

- 0 pkt, gdy projektant **od 2018 r. (włącznie)** nie wykonał lub wykonał nie więcej niż 1 projekt;
 - 1 pkt, gdy projektant **od 2018 r. (włącznie)** wykonał 2 projekty;
 - 2 pkt, gdy projektant **od 2018 r. (włącznie)** wykonał 3 projekty;
 - 3 pkt, gdy projektant **od 2018 r. (włącznie)** wykonał 4 projekty;
 - 4 pkt, gdy projektant **od 2018 r. (włącznie)** wykonał 5 projektów;
 - 5 pkt, gdy projektant **od 2018 r. (włącznie)** wykonał 6 lub więcej projektów.
- (...)"

b. **w zakresie doświadczenia kierownika budowy:**

pkt. 4, ppkt. 3) lit. c) – że: „doświadczenie kierownika budowy będzie podlegać ocenie **w zakresie liczby robót budowlanych wykonanych od 2018 r. (włącznie)** przez dowolny podmiot, spełniających poniższe wymogi (każda robota budowlana):

- robota budowlana polegała na wykonaniu budowy/przebudowy/remontu budynku/kompleksu budynków;
 - robota budowlana obejmowała roboty żelbetowe/murowe, montaż ślusarki/stolarki okiennej/drzwiowej, wykonanie izolacji przeciwwilgociowej/przeciwwodnej, wykonanie termoizolacji, wykonanie posadzek, tynków i wypraw podłogowych;
 - kubatura wybudowanego budynku/kompleksu budynków lub kubatura części budynku/kompleksu budynków objętej budową/przebudową/remontem: co najmniej 10.000 m³;
- (zwanych dalej w rozdz. XVI.4 SWZ „robotami budowlanymi”),
- (...)"

pkt. 4 ppkt. 3) lit. d) – że: „punkty w przedmiotowym kryterium zostaną przyznane zgodnie z poniższymi zasadami:

- 0 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2018 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi nie więcej niż 1;
- 1 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2018 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi 2;
- 2 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2018 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi 3;
- 3 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2018 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy

przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi 4;

- 4 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2018 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi 5;
- 5 pkt, **gdy liczba wykonanych od 2018 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) **wynosi 6 lub więcej**;
(...)”

PRZERZUCENIE NA WYKONAWCĘ RYZYK, KTÓRE SĄ PO STRONIE ZAMAWIAJĄCEGO:

2. naruszenie art. 16 pkt. 1) ustawy Pzp, art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust 1 ustawy Pzp, art. 5 kc, art. 58 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 647 kc i art. 651 kc poprzez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności i ryzyk, które leżą po stronie Zamawiającego, a tym samym nadużywanie swojego prawa do tworzenia warunków umowy o zamówienie publiczne, w szczególności poprzez:

- a) wymaganie w postanowieniu § 1 ust. 12 wzoru umowy by Wykonawca oświadczył: „*że przed zawarciem Umowy **uzyskał od Zamawiającego wszystkie informacje**, które mogłyby mieć wpływ na określenie ryzyk związanych z realizacją Inwestycji oraz na prawidłowe ustalenie zakresu prac i wysokość wynagrodzenia umownego*”, podczas gdy Wykonawca bazuje wyłącznie na dokumentach i informacjach od Zamawiającego przekazanych podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i może wyłącznie potwierdzić, że otrzymał dokumenty i informacje przekazane wszystkim wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu, umożliwiające złożenie oferty. Gwarantem prawidłowości tych dokumentów i ich wystarczalności dla zrealizowania Inwestycji powinien być Zamawiający;
- b) wymaganie by Wykonawca złożył w § 1 ust. 13 wzoru umowy oświadczenie, iż „*zapoznał się szczegółowo **ze wszystkimi założeniami Inwestycji i dokumentami posiadanymi przez Zamawiającego** i potwierdza, że ww. informacje i dokumenty określają przedmiot niniejszej umowy w sposób wystarczający i gwarantujący jej wykonanie w całości bez konieczności uzupełnień i ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów*”, podczas gdy Wykonawca bazować może – jak wyżej - wyłącznie na dokumentach przekazanych wszystkim wykonawcom przez Zamawiającego w postępowaniu, pozostając w zaufaniu do ich kompletności i wystarczalności, których gwarantem powinien być Zamawiający. Wykonawca może wyłącznie oświadczać, że zapoznał się z założeniami co do realizacji Inwestycji, o których Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców, a także że zapoznał się z dokumentami, które Zamawiający w postępowaniu udostępnił;

- c) przerzucenie w treści § 2 ust. 10 wzoru umowy na Wykonawcę zobowiązania do „uzyskania wszelkich uzgodnień i dokonania wszelkich czynności prawnych koniecznych dla realizacji przedmiotu umowy”. Tak szerokie postanowienie w zasadzie zwalnia Zamawiającego z działania na rzecz realizacji Inwestycji, jednocześnie pozostawiając Wykonawcę w niepewności jaki jest rzeczywisty zakres jego zobowiązania. O ile bowiem doświadczony projektant czy doświadczony generalny wykonawca może przewidywać jakie decyzje czy uzgodnienia są konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy, o tyle nie może antycypować wykonanie jakich czynności prawnych będzie konieczne dla zrealizowania inwestycji i jakie znajdować się będą w jego zakresie prac. W szczególności mając na uwadze, że dla wykonania poszczególnych czynności prawnych w imieniu i na rzecz Zamawiającego konieczne będzie udzielenie przez niego pełnomocnictw;
- d) **drastyczne ograniczenie w § 23 ust. 2 wzoru umowy roszczeń Wykonawcy** i przerzucenie na Wykonawcę odpowiedzialności za jakiegokolwiek zdarzenia (również takie, które leżą wyłącznie po stronie Zamawiającego bądź są niezależne od Stron), które mogą wystąpić w trakcie realizacji Umowy, co wyraża się w następującym sformułowaniu ww. postanowienia wzoru umowy: „Wykonawca zobowiązuje się informować o wszelkich zmianach, które mogą wystąpić w związku z realizacją Umowy w trybie natychmiastowym Zamawiającego, tj. **najdłużej w ciągu 5 dni od daty zaistnienia jakiegokolwiek istotnego zdarzenia, które może wpłynąć na realizację i wynik Umowy w formie pisemnej - listem poleconym oraz także w formie mailowej i telefonicznie, a w przypadku niedopełnienia powyższego obowiązku wszelkie wynikające z tego tytułu konsekwencje obciążają Wykonawcę, który zobowiązany jest do poniesienia pełnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego.**”

PRZEKAZANIE PLACU BUDOWY:

3. **naruszenie art. 353¹ kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp i art. 436 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp** poprzez przyjęcie w § 4 ust. 1 wzoru umowy niemożliwych do osiągnięcia, tj. zbyt późnych terminów na przekazanie placu budowy, które są niespójne z pozostałymi dokumentami przekazanymi w postępowaniu (treść Załącznika nr 1 do Umowy) i mogą uniemożliwić wykonawcy wywiązanie się z terminów realizacji poszczególnych etapów, określonych w Załączniku nr 1 do Umowy (etapów IV i IX lit. b)), tj. w § 4 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający przyjął, że „1) teren budowy na potrzeby realizacji segmentu „A” zostanie przekazany w rozmiarach i stanie umożliwiającym rozpoczęcie robót w terminie **do 15 miesięcy od dnia zawarcia niniejszej umowy**”. Tymczasem w Załączniku nr 1 do Umowy czas dla wykonania Etapu IV przewidziano na **15 miesięcy od zawarcia umowy**. Jeśli zatem Zamawiający przekaże plac budowy w najpóźniejszym możliwym momencie, Wykonawca nie będzie w stanie terminowo zrealizować Etapu IV, czym narazi się na odpowiedzialność w stosunku do Zamawiającego z tytułu m.in. kar umownych. Podobna kwestia dotyczy przekazania terenu budowy na potrzeby realizacji pozostałego zakresu prac objętego zamówieniem podstawowym, określonego w § 4 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy, tj. **do 41 miesięcy od dnia zawarcia umowy**. Przekazanie placu budowy w najpóźniejszym możliwym terminie uniemożliwi wykonawcy wywiązanie się z Etapu IX lit. b) Załącznika nr 1 do Umowy w zakresie wykonania rozbiórek istniejących budynków przedszkola i szkoły wraz z elementami infrastruktury technicznej i zagospodarowania terenu kolidujących z realizacją segmentu „B” nie będzie możliwe w terminie **do 42 miesięcy od dnia zawarcia umowy**.

BRAK TERMINÓW NA NAPRAWĘ NARUSZEŃ – WYKONAWSTWO ZASTĘPCZE:

4. **naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. 353¹ kc w zw. z art. 636 § 1 kc, art. 647 kc i art. 491 § 1 kc oraz art. 480 kc** poprzez nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu możliwości zlecenia zastępczego wykonania umowy (usunięcia wad) bez uprzedniego wyznaczenia terminu na usunięcie uchybień, przy jednoczesnym zastrzeżeniu wysokich kar umownych za brak usunięcia usterek (o czym niżej). Naruszenie to Odwołujący zarzuca sformułowaniu postanowień § 6 ust. 12 pkt. 1) wzoru umowy w zakresie jakim przewidują, że *„W przypadku, gdy Wykonawca odmówi usunięcia wad lub nie usunie ich w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, Zamawiający ma prawo zlecić usunięcie wad osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy, obciążając kosztami Wykonawcę (...)”*.

PODWYKONAWCY:

5. **naruszenie art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i art. 465 ust. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i w zw. z art. 647¹ § 3 kc** poprzez nadużycie uprawnień do kształtowania warunków umowy w zakresie wymagań dla zawierania przez wykonawcę umów z podwykonawcami i wprowadzenie do warunków umowy postanowień § 11 ust. 9 i § 11 ust. 10 które **wprowadzają limit maksymalny wartości umów z podwykonawcami, powyżej którego nie będzie możliwe zlecanie robót podwykonawcom**, co może prowadzić do paraliżu realizacji umowy. Przedmiotowe postanowienia warunków umowy są nadmiarowe, a kształtując je Zamawiający nie uwzględnił, że przepisy kodeksu cywilnego (art. 647¹ § 3 kc) limitują jego solidarną odpowiedzialność do wartości ustalonego z wykonawcą wynagrodzenia, a przez to dodatkowe ograniczenia w tym względzie nie są potrzebne, mogą natomiast znacząco utrudnić wykonawcy realizację jego umownych zobowiązań. Naruszające postanowienia umowy brzmią:
§ 11 ust. 9 wzoru umowy: *„Suma wartości wynagrodzeń w umowach zawartych z Podwykonawcami oraz dalszymi Podwykonawcami robót budowlanych a dotyczących danego Etapu wymienionego w Umowie, nie może przekraczać wartości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu wykonania danego Etapu. Suma wartości wynagrodzeń we wszystkich umowach o roboty budowlane zawartych z Podwykonawcami oraz dalszymi Podwykonawcami nie może przekroczyć wartości wynagrodzenia Wykonawcy tytułu wykonania Umowy”*.
§ 11 ust. 10 wzoru umowy: *„Wartość kolejnej umowy z dalszym podwykonawcą, której przedmiotem są roboty budowlane nie może spowodować przekroczenia kwoty stanowiącej 100% wartości tej części przedmiotu niniejszej Umowy, w skład której wchodzi zakres umowy o podwykonawstwo”*.

KARY UMOWNE:

6. **naruszenie art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z

realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, a to w szczególności poprzez:

- a. zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy kar umownych za naruszenie terminów pośrednich wskazanych w Załączniku nr 1 i 2 do Umowy oraz za naruszenie terminu końcowego realizacji Umowy **na takim samym poziomie, tj. 0,05% wynagrodzenia umownego brutto, podczas gdy wystarczającym zabezpieczeniem interesów Zamawiającego byłoby ustalenie jednej kary umownej, za nie dochowanie terminu określonego w § 5 ust. 1 wzoru umowy**, bądź za ściśle określone terminy o charakterze kluczowym, a nie za wszystkie terminy, również o charakterze wyłącznym porządkującym;
- b. zastrzeżenie w § 12 ust. 1 pkt. 8) i 9) wzoru umowy kar umownych za zwłokę w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub w okresie gwarancji i rękojmi **na wygórowanym poziomie 0,08% wynagrodzenia umownego brutto, co przekracza karę za nie dochowanie terminów realizacji zobowiązań umownych** (§ 12 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy) i nie jest w żaden sposób uzasadnione interesem Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wysokość tych kar nie ma już funkcji prewencyjnych, a stanowi represję niosące niewspółmierne ryzyko kontraktowe;
- c. zastrzeżenie w postanowieniach § 12 ust. 1 pkt. 2), 3), 8), 9) i § 12 ust. 5 wzoru umowy **różnych limitów kar umownych** – raz 20% wynagrodzenia umownego brutto, raz 50% wynagrodzenia umownego brutto – w sposób ze sobą niespójny, a ponadto poprzez **zastrzeżenie limitu kar umownych na poziomie rażąco wygórowanym i znacząco odstającym od realiów rynkowych, tj. na poziomie 50% wynagrodzenia umownego brutto, gdy tymczasem górny limit kar umownych nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy** (§ 12 ust. 1 pkt. 1) Umowy) tj. 10% wartości wynagrodzenia. Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia jest nieproporcjonalne, prowadzi do naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców. Ponadto żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego;
- d. przewidzenie w postanowieniach wzoru umowy również poza § 12 wzoru umowy innych kar (tj. w § 15 ust. 7 i § 18 ust. 5 wzoru umowy), co do których **nie jest jasno sprecyzowane, że mieszczą się one w limicie kar** określonym w § 12 ust. 5 wzoru umowy, co wprost narusza wymagania przepisu art. 436 pkt. 3) ustawy Pzp.

ODSTĄPIENIE – DOWOLNE WARUNKI I BRAK WEZWANIA

7. **naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp i art. 431 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kc i art. 354 § 2 kc** poprzez zastrzeżenie w § 13 ust. 1 pkt. 3), 4), 5) i 7) wzoru umowy możliwości odstąpienia od umowy przez Zamawiającego bez uprzedniego wezwania Wykonawcy do usunięcia uchybień, co może prowadzić do zaskoczenia

wykonawcy odstąpieniem od Umowy, brakiem możliwości usunięcia nieprawidłowości i brakiem zapewnienia dalszej realizacji umowy i tym samym narusza obowiązek lojalności kontraktowej ze strony Zamawiającego i obowiązek współdziałania ze strony Zamawiającego jako wierzyciela w celu wykonania umowy. Bez dodatkowego wezwania i umożliwienia Wykonawcy naprawienia naruszeń bądź wyjaśnienia sytuacji przedmiotowe postanowienia wzoru umowy należy traktować jako nadużycie przez Zamawiającego uprawnień wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy, uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego i naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

WALORYZACJA:

8. **art. 353¹ kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 432 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie pozornej klauzuli dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy (klauzuli waloryzacyjnej), określającej w zasadzie niemożliwe do osiągnięcia warunki, oderwane zarówno co do sposobu jak i wysokości ich liczenia od realiów rynkowych i warunków, a szczególnie planowanego okresu realizacji przedmiotu umowy, w szczególności poprzez:
- a. ustalenie w § 19 ust. 10 pkt. 3) i 4) wzoru umowy, że waloryzacja będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze wskaźników kwartalnych zmiany cen produkcji budowlano – montażowej ustalonych przez Prezesa GUS (...) a w przypadku pierwszej waloryzacji - średnią arytmetyczną, o której mowa powyżej, oblicza się począwszy od wskaźnika za kwartał następujący po kwartale, **w którym upłynął termin rozpoczęcia realizacji robót**, w wyniku którego zawarta została niniejsza umowa (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia) podczas gdy przedmiotowa umowa jest umową w systemie „zaprojektuj i wybuduj” o przesuniętym w czasie rozpoczęciu realizacji „robót”, a jednocześnie o łącznym czasie obowiązywania 55 miesięcy co uzasadniać powinno, że jako początek waloryzacji (na potrzeby § 19 ust. 10 pkt. 3 wzoru umowy) ustalony powinien być początek realizacji „umowy”, nie „robót” – przeciwnie rozumienie prowadziłoby do zwiększenia ryzyka po stronie wykonawcy i wydłużenia okresu bez waloryzacji;
 - b. ustalenie w § 19 ust. 10 pkt. 5) wzoru umowy, że mechanizm waloryzacji zadziała dopiero wówczas, gdy średnia arytmetyczna wskaźników kwartalnych opublikowanych przez Prezesa GUS w okresie, o którym mowa powyżej **wyniesie co najmniej 0,8%, co jest poziomem wygórowanym, praktycznie nie możliwym do osiągnięcia w normalnych warunkach** i którego utrzymanie w warunkach umownych może spowodować, że wynagrodzenie nie będzie mogło nigdy podlegać waloryzacji, mimo rzeczywistych wzrostów cen na rynku. Stanowi to jednocześnie przerzucenie na Wykonawcę wszelkich ryzyk związanych ze wzrostami cen na rynku, co jest sprzeczne z celem ustawodawcy, jaki przyświecał wymaganiu wprowadzenia w umowie o zamówienie publiczne klauzuli waloryzacyjnej;
 - c. ustalenie w § 19 ust. 10 pkt. 6) wzoru umowy że zmiana wysokości wynagrodzenia (...) nastąpi w taki sposób, że wynagrodzenie ulegnie podwyższeniu lub obniżeniu o kwotę stanowiącą iloczyn tego wynagrodzenia (...) oraz **połowy średniej arytmetycznej wskaźników**, obliczonej zgodnie z pkt. 5) powyżej – co de facto prowadzi do dodatkowego, nieuprawnionego limitowania waloryzacji i przerzucenia na wykonawcę ryzyk wzrostów cen. Dodatkowo tak przedstawiony sposób wyliczenia waloryzacji nie jest rynkowy – nie jest stosowany w klauzulach waloryzacyjnych, które

- ze swej natury mają prowadzić do ograniczenia ryzyk wzrostów cen, leżących po stronie Wykonawcy;
- d. ustalenie w § 19 ust. 10 pkt. 7) wzoru umowy maksymalnej wysokości zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w całym (55 miesięcznym!) okresie realizacji przedmiotu zamówienia na poziomie nie przekraczającym 7% wynagrodzenia umownego Wykonawcy, podczas gdy jest to limit oderwany od realiów rynkowych i warunków realizacji przedmiotu umowy, a przez to uniemożliwia on dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji nadmiernej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia – ryzyko ekonomiczne realizacji umowy przerzucone zostało w ten sposób na wykonawcę;
 - e. ustalenie w § 19 ust. 10 pkt. 9) wzoru umowy postanowienia przerzucającego na Wykonawcę ryzyka ekonomiczne realizacji umowy w stopniu sprzecznym z założeniami przepisów wymagających wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne klauzuli waloryzacyjnej. Kwestionowanym przez Odwołującego postanowieniem umownym Zamawiający „zastrzega sobie możliwość zawarcia aneksu do umowy w przypadku zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy, po zabezpieczeniu środków finansowych. (...)”, co oznacza że Wykonawca pozostawać będzie w niepewności czy i kiedy otrzyma należne mu wynagrodzenie;
 - f. ustalenie w § 19 ust. 10 pkt. 10) wzoru umowy postanowień sprzecznych z art. 432 ustawy Pzp oraz z innymi postanowieniami wzoru umowy (np. § 23 ust. 5 wzoru umowy), które to postanowienie umożliwia Zamawiającemu wprowadzenie jednostronnej zmiany w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy dla stanowiących lustrzane odbicie zmian polegających na wzroście wynagrodzenia wykonawcy konieczne jest zawarcie aneksu. Wprowadzenie przedmiotowego postanowienia do wzoru umowy stanowi nadużycie uprawnień Zamawiającego do kształtowania warunków umownych. Kwestionowane postanowienie brzmi: „w przypadku zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy, odmowa podpisania aneksu nie wpływa na skuteczność zmiany wysokości wynagrodzenia, która wchodzi w życie od dnia, w którym zostały spełnione warunki do zmniejszenia wynagrodzenia”

II. Wnioski

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści SWZ i załącznika do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, poprzez:

1. **W zakresie zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert – doświadczenie osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia:** Odwołujący wnosi co najmniej o wydłużenie czasu w jakim Wykonawca może wykazywać się doświadczeniem swojego personelu dla uzyskania punktacji w przedmiotowym kryterium – zarówno dla projektanta jak i kierownika budowy o 5 lat. W związku z powyższym Odwołujący proponuje następującą zmianę SWZ, r. XVI pkt. 4:
 - g. **w zakresie doświadczenia projektanta:**
pkt. 4, ppkt. 2) lit. c) – proponujemy zmienić postanowienia w następujący sposób, że „doświadczenie projektanta będzie polegać na **ocenie liczby wykonanych przez projektanta od 2013 r. (włącznie) projektów** w zakresie architektury spełniających poniższe wymogi (każdy projekt):

- projekt dotyczył budowy/przebudowy budynku/kompleksu budynków i obejmował w swoim zakresie roboty żelbetowe/murowe, montaż ślusarki/stolarki okiennej/drzwiowej, wykonanie izolacji przeciwwilgociowej/przeciwwodnej, wykonanie termoizolacji, wykonanie posadzek, tynków i wypraw podłogowych;
- Kubatura zaprojektowanego budynku/kompleksu budynków lub kubatura zaprojektowanej części budynku/kompleksu budynków objętej budową/przebudową: co najmniej 10.000 m³;
(zwanych dalej w rozdz. XVI.4 SWZ „projektami”).

pkt. 4, ppkt. 2) lit. d) – proponujemy zmienić postanowienia w następujący sposób, że „punkty w przedmiotowym podkryterium zostaną przyznane zgodnie z poniższymi zasadami:

- 0 pkt, gdy projektant **od 2013 r. (włącznie)** nie wykonał lub wykonał nie więcej niż 1 projekt;
- 1 pkt, gdy projektant **od 2013 r. (włącznie)** wykonał 2 projekty;
- 2 pkt, gdy projektant **od 2013 r. (włącznie)** wykonał 3 projekty;
- 3 pkt, gdy projektant **od 2013 r. (włącznie)** wykonał 4 projekty;
- 4 pkt, gdy projektant **od 2013 r. (włącznie)** wykonał 5 projektów;
- 5 pkt, gdy projektant **od 2013 r. (włącznie)** wykonał 6 lub więcej projektów.
(...)”

h. **w zakresie doświadczenia kierownika budowy:**

pkt. 4, ppkt. 3) lit. c) – proponujemy zmienić postanowienia w następujący sposób, że: „doświadczenie kierownika budowy będzie podlegać ocenie **w zakresie liczby robót budowlanych wykonanych od 2013 r. (włącznie)** przez dowolny podmiot, spełniających poniższe wymogi (każda robota budowlana):

- robota budowlana polegała na wykonaniu budowy/przebudowy/remontu budynku/kompleksu budynków;
- robota budowlana obejmowała roboty żelbetowe/murowe, montaż ślusarki/stolarki okiennej/drzwiowej, wykonanie izolacji przeciwwilgociowej/przeciwwodnej, wykonanie termoizolacji, wykonanie posadzek, tynków i wypraw podłogowych;
- kubatura wybudowanego budynku/kompleksu budynków lub kubatura części budynku/kompleksu budynków objętej budową/przebudową/remontem: co najmniej 10.000 m³;
(zwanych dalej w rozdz. XVI.4 SWZ „robotami budowlanymi”),
(...)”

pkt. 4 ppkt. 3) lit. d) – proponujemy zmienić postanowienia w następujący sposób, że: „punkty w przedmiotowym kryterium zostaną przyznane zgodnie z poniższymi zasadami:

- 0 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2013 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi nie więcej niż 1;
- 1 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2013 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót

konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi 2;

- 2 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2013 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi 3;
- 3 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2013 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi 4;
- 4 pkt, gdy **liczba wykonanych od 2013 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) wynosi 5;
- 5 pkt, **gdy liczba wykonanych od 2013 r. (włącznie) robót budowlanych**, w których kierownik budowy brał udział w charakterze kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (- gdy przepisy nie nakładały obowiązku prowadzenia robót przez kierownika budowy) lub kierownika budowy (- gdy przepisy nakładały obowiązek prowadzenia robót przez kierownika budowy) **wynosi 6 lub więcej;**
(...)”

2. **W zakresie zarzutu dotyczącego przerzucania na Wykonawcę ryzyk, które są po stronie Zamawiającego** wnosimy o dokonanie następujących zmian kwestionowanych postanowień wzoru umowy:

- a. § 1 ust. 12 wzoru umowy powinien otrzymać taką treść, która korespondować będzie z rzeczywistą sytuacją wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – propozycja Odwołującego: „Wykonawca oświadcza, że **na podstawie informacji przekazanych mu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego** przed zawarciem Umowy ~~uzyskał od Zamawiającego wszystkie informacje, które mogłyby mieć wpływ na~~ **dokonał** określenia ryzyk związanych z realizacją Inwestycji oraz ~~na prawidłowe ustalenie~~ **ustalił** zakresu prac i wysokość wynagrodzenia umownego;
- b. § 1 ust. 13 wzoru umowy również powinien otrzymać taką treść, która korespondować będzie z rzeczywistą sytuacją wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – propozycja Odwołującego: „Wykonawca oświadcza, że **zapoznał się szczegółowo ze wszystkimi założeniami Inwestycji o których poinformował Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i z dokumentami**

posiadanymi **przekazanymi w ww. postępowaniu** przez Zamawiającego i potwierdza, że ww. informacje i dokumenty określają przedmiot niniejszej umowy w sposób wystarczający i gwarantujący jej wykonanie w całości ~~bez konieczności uzupełnień i ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów.~~ **Ewentualne zmiany w stosunku do dokumentów przekazanych w postępowaniu wprowadzane będą zgodnie z postanowieniami Umowy.**

- c. § 2 ust. 10 wzoru umowy powinien odnosić się do zakresu przedmiotu umowy jaki został przedstawiony w dokumentach stanowiących opis przedmiotu umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – propozycja Odwołującego: *Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania wszelkich uzgodnień i dokonania wszelkich czynności prawnych koniecznych dla realizacji przedmiotu umowy, **które wynikają z dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia przekazany w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bądź które działający z należytą starannością wykonawca mógł na podstawie tych dokumentów przewidywać.***
- d. w odniesieniu do postanowienia § 23 ust. 2 wzoru umowy – Odwołujący wnosi o jego wykreślenie z wzoru umowy w całości uznając, że wystarczające dla uregulowania przedmiotowych kwestii powinny być postanowienia art. 651 kc, ewentualnie wnosi o nadanie mu następującego brzmienia: *Wykonawca zobowiązuje się informować o wszelkich zmianach, które mogą wystąpić w związku z realizacją Umowy w trybie natychmiastowym Zamawiającego, tj. najdłużej w ciągu **514** dni od daty zaistnienia jakiegokolwiek istotnego zdarzenia, które może wpłynąć na realizację i wynik Umowy w formie pisemnej – listem poleconym oraz także w formie mailowej i telefonicznie., a w przypadku niedopełnienia powyższego obowiązku wszelkie wynikające z tego tytułu konsekwencje obciążają Wykonawcę, który zobowiązany jest do poniesienia pełnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego.*

3. **W zakresie zarzutu dotyczącego przyjęcia zbyt późnych terminów na przekazanie placu budowy w kontekście terminów z jakich wywiązać ma się Wykonawca wg Załącznika nr 1 do Umowy** – wnosimy o odpowiednie dostosowanie postanowień § 4 ust. 1 wzoru umowy, by korelowały z terminami przyjętymi w Załączniku nr 1 do umowy, tj. nadanie im na przykład następującego brzmienia:

Przekazanie terenu budowy odbywać się będzie etapami:

- 1) *teren budowy na potrzeby realizacji segmentu „A” zostanie przekazany w rozmiarach i stanie umożliwiającym rozpoczęcie robót w terminie do **1513** miesięcy od dnia zawarcia niniejszej umowy.*
- 2) *teren budowy przeznaczony na potrzeby realizacji pozostałego zakresu prac objętego zamówieniem podstawowym zostanie przekazany w rozmiarach i stanie umożliwiającym rozpoczęcie robót do **4140** miesięcy od dnia zawarcia niniejszej umowy.*

ewentualnie wnosimy w tym zakresie o wydłużenie terminów realizacji zobowiązań wynikających z Załącznika nr 1 do Umowy w taki sposób, by pozwalały na wykonanie etapów IV i IX lit. b) i następujących przez Wykonawcę.

4. **W odniesieniu do zarzutu braku wprowadzenia obowiązku dodatkowych wezwań na naprawę naruszeń przed wprowadzeniem wykonawstwa zastępczego** wnosimy o zmianę klauzuli § 6 ust. 12 pkt. 1) wzoru umowy w taki sposób, by wprowadzanie wykonawstwa

zastępczego było poprzedzone dodatkowym wezwaniem, tj. na przykład w następujący sposób:

§ 6 ust. 12 wzoru umowy: *Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego przedmiotu umowy zostaną stwierdzone wady:*

1) nadające się do usunięcia, to Wykonawca zobowiązany jest do ich usunięcia w ustalonym przez Strony umowy terminie. Fakt usunięcia wad zostanie stwierdzony protokolarnie. W przypadku, gdy Wykonawca odmówi usunięcia wad lub nie usunie ich w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, Zamawiający – po wystosowaniu dodatkowego, pisemnego wezwania do Wykonawcy i udzieleniu mu dodatkowego, odpowiedniego, nie krótszego niż 14 dni terminu na usunięcie wad, w przypadku bezskutecznego upływu ww. terminu – ma prawo zlecić usunięcie wad osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy, obciążając kosztami Wykonawcę bez konieczności uzyskiwania upoważnienia sądowego, o którym mowa w art. 480 k.c., a koszty z tym związane pokryje z kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy (- jeśli zostało ono ustanowione), a gdy kwota ta okaże się niewystarczająca, Zamawiający będzie dochodził od Wykonawcy na zasadach ogólnych to jest w myśl przepisów Kodeksu cywilnego,

5. **W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia przez Zamawiającego maksymalnego limitu wartości umów z podwykonawcami, powyżej którego nie będzie możliwe zlecenie robót podwykonawcom** – wnosimy o wykreślenie kwestionowanych postanowień § 11 ust. 9 i § 11 ust. 10 wzoru umowy i wszystkich odniesień do tych postanowień we wzorze umowy.
6. **W zakresie zarzutu dotyczącego wygórowanych kar umownych oraz wygórowanego maksymalnego limitu kar umownych** – wnosimy o dokonanie w § 12 wzoru umowy następujących zmian, zbieżnych z argumentacją podnoszoną przez Odwołującego w zarzutach odwołania, w szczególności mających doprowadzić do ustalenia jednego limitu dla wszystkich kar umownych w postępowaniu oraz obniżenia kar umownych za naruszenia związane z usuwaniem wad i usterek:

§ 12 ust. 1: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:

- 1) za odstąpienie od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, z zastrzeżeniem ust. 5 niniejszego paragrafu;
- 2) za niedotrzymanie ~~jakiegokolwiek terminu~~ wskazanego w § 5 ~~ust. 1~~ **ust. 1** niniejszej umowy ~~oraz w załączniku nr 1 i nr 2 do Umowy~~, w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 7 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki, z wyłączeniem zmiany terminu zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy, w szczególności określonymi w § 5 ust. 4; ~~kara umowna przewidziana niniejszym postanowieniem nie może przekroczyć wartości 50% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 7 ust. 1 Umowy~~, z zastrzeżeniem ust. 5 niniejszego paragrafu;
- 3) za niedotrzymanie ~~któregokolwiek z terminów~~ wskazanych w § 17 ust. 4 i ust 5 niniejszej umowy, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego brutto wskazanego § 7 ust. 1 Umowy, za każdy dzień zwłoki, ~~kara umowna przewidziana niniejszym postanowieniem nie może przekroczyć wartości 50% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 7 ust. 1 Umowy~~;
- 4) (...);
- 5) (...);
- 6) (...);

7) (...);;

8) za zwłokę w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze końcowym w wysokości 0,081% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, ~~kara umowna przewidziana niniejszym postanowieniem nie może przekroczyć wartości 20% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 7 ust. 1 Umowy~~, z zastrzeżeniem ust. 5 niniejszego paragrafu;

9) za zwłokę w usunięciu wad i usterek ujawnionych w okresie gwarancji lub rękojmi albo stwierdzonych w trakcie odbioru ostatecznego, czyli przed upłynięciem okresu gwarancji lub rękojmi - w wysokości 0,081% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy dzień zwłoki, liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, ~~nie więcej niż 20 % wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej umowy~~, z zastrzeżeniem ust. 5 niniejszego paragrafu;

(...)

§ 12 ust. 5 wzoru umowy: Maksymalna wysokość kar umownych **które może naliczyć Zamawiający na podstawie jakichkolwiek postanowień niniejszej Umowy** nie powinna przekroczyć wartości 1050% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, a w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, nie powinna przekroczyć wartości 1050% łącznego wynagrodzenia umownego brutto wskazanego w § 7 ust. 1 i ust. 2 niniejszej Umowy. W przypadku przekroczenia maksymalnej wysokości kar umownych Zamawiający może odstąpić od umowy, w terminie do 2 miesięcy od momentu przekroczenia maksymalnej wysokości kary umownej.

EWENTUALNIE Odwołujący wskazuje, że w zakresie § 12 ust. 1 wzoru umowy zgodna z argumentacją Odwołania mogłaby być również zmiana polegająca na:

- w § 12 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy: polegająca na przyjęciu kar umownych za terminy o charakterze kluczowym, jednak ściśle wskazane, odnoszące się np. od opracowania ostatecznej dokumentacji projektowej, zakończenia danej fazy realizacji, etc. LUB polegająca na wskazaniu, że nawet jeśli Wykonawca nie dochowa terminów pośrednich wskazanych w Załączniku nr 1 do Umowy, ale dochowa terminu końcowego realizacji inwestycji, określonego w § 5 ust. 1 Umowy – wówczas kary umowne za terminy pośrednie nie zostaną naliczone lub – jeśli już je naliczono – zostaną anulowane.

- w § 12 ust. 1 pkt. 8) i 9) wzoru umowy: polegająca na odniesieniu sposobu liczenia kar umownych do wartości danej części przedmiotu umowy, która ma wady (np. 0,08% wynagrodzenia umownego za dany element przedmiotu umowy, obarczony wadami lub usterkami).

7. **W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia dowolnych warunków odstąpienia od umowy bez dodatkowego wezwania wykonawcy do naprawy naruszeń poprzedzającego odstąpienie** wnosimy o dokonanie zmian postanowień umowy poprzez przewidzenie, że odstąpienie powinno być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do naprawienia naruszeń, na przykład w następujący sposób:

§ 13 ust. 1 wzoru umowy: *Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy w następujących okolicznościach:*

(...)

3) Wykonawca przerwał realizację robót i przerwa ta trwa dłużej niż 7 dni i **pomimo otrzymania dodatkowego, pisemnego wezwania od Zamawiającego do naprawy naruszeń w odpowiednim terminie, nie krótszym niż 14 dni, nie podejmuje robót;**

4) Wykonawca wykonuje roboty wadliwie, niezgodnie z warunkami przetargu, stosuje materiały niezgodne z wymaganiami oraz nie reaguje na polecenia Zamawiającego i **pomimo otrzymania dodatkowego, pisemnego wezwania od Zamawiającego do naprawy naruszeń w odpowiednim terminie, nie krótszym niż 14 dni, nie naprawia naruszeń;**

5) Wykonawca uchybił terminom ujętym w § 5 ust. 1 - 3 oraz w załączniku nr 1 i nr 2 do Umowy, powyżej 10 dni i **pomimo otrzymania dodatkowego, pisemnego wezwania od Zamawiającego do naprawy naruszeń w odpowiednim terminie, nie krótszym niż 14 dni, nie naprawia naruszeń;**

(...)

7) Wykonawca nie przedstawił w terminach wskazanych w § 17 ust. 4 i ust. 5 niniejszej umowy dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony w zakresie określonym w § 17 ust. 1 umowy i **Wykonawca pomimo otrzymania dodatkowego, pisemnego wezwania od Zamawiającego do naprawy naruszeń w odpowiednim terminie, nie krótszym niż 14 dni, nie naprawia naruszeń;**

(...)

8. **W zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowego sformułowania klauzuli waloryzacyjnej** wnosimy o jej dostosowanie do zgodności z prawem oraz z realiami rynku w szczególności poprzez obniżenie progu, który uruchamiać będzie działanie klauzuli, zwiększenie maksymalnego limitu waloryzacji i usunięcie postanowień sprzecznych z prawem, wskazanych szczegółowo w zarzutach odwołania powyżej. Klauzula waloryzacyjna spełniająca wymagania, na które zwraca uwagę odwołujący, mogłaby przyjąć następujące brzmienie:

§ 19 ust. 10 wzoru umowy: *W przypadku gdy w trakcie obowiązywania umowy ulegną zmianie ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, wynagrodzenie zostanie zmienione w następujący sposób:*

1) wynagrodzenie ulegnie waloryzacji jedynie w odniesieniu do wynagrodzenia za niezrealizowaną część zamówienia (tj. ze skutkiem na przyszłość);

2) pierwsza waloryzacja może nastąpić po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy, zaś każda kolejna waloryzacja może być dokonywana po upływie 12 miesięcy od poprzedniej waloryzacji;

3) waloryzacja będzie wyliczana jako średnia arytmetyczna ze wskaźników kwartalnych zmiany cen produkcji budowlano – montażowej ustalonych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (komunikat 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. poz. 545, z późn. zm.), za okres, który upłynął od poprzedniej waloryzacji; w przypadku pierwszej waloryzacji średnią arytmetyczną, o której mowa powyżej, oblicza się począwszy od wskaźnika za kwartał następujący po kwartale, w którym upłynął termin rozpoczęcia realizacji **umowy robót**, ~~w wyniku którego zawarta została niniejsza umowa~~ (początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia);

- 4) jeżeli umowa zostanie zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert, a nie dzień rozpoczęcia realizacji ~~robót~~ umowy;
- 5) wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji, gdy średnia arytmetyczna wskaźników kwartalnych opublikowanych przez Prezesa GUS w okresie, o którym mowa powyżej, wyniesie co najmniej 0,82%;
- 6) zmiana wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w pkt 1 poprzedzających (wynagrodzenia za niezrealizowaną część zamówienia), nastąpi w taki sposób, że wynagrodzenie ulegnie podwyższeniu albo obniżeniu o kwotę stanowiącą iloczyn tego wynagrodzenia (wynagrodzenia za niezrealizowaną część zamówienia) oraz ~~połowy~~ średniej arytmetycznej wskaźników obliczonej zgodnie z pkt 5) powyżej;
- 7) maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia będąca wynikiem waloryzacji nie może przekroczyć 157 % wynagrodzenia umownego Wykonawcy określonego w § 7 ust. 1 lub § 7 ust. 1 i ust. 2 umowy – w przypadku skorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego;
- 8) postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w pkt 7) powyżej;
- 9) zmiana wynagrodzenia na zasadach opisanych w pkt 1)-8) powyżej wymaga zawarcia aneksu do umowy. ~~Zamawiający zastrzega sobie możliwość zawarcia aneksu do umowy w przypadku zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy, po zabezpieczeniu środków finansowych. W takim przypadku postanowienia aneksu obowiązywać będą od początku miesiąca, od którego wynagrodzenie będzie podlegać waloryzacji, a Wykonawcy zostanie wypłacone wyrównanie. Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę odsetek w przypadku wypłaty wyrównania, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym;~~
- 10) ~~w przypadku zmniejszenia wynagrodzenia Wykonawcy, odmowa podpisania aneksu nie wpływa na skuteczność zmiany wysokości wynagrodzenia, która wchodzi w życie od dnia, w którym zostały spełnione warunki do zmniejszenia wynagrodzenia;~~
- 11) zmiana wynagrodzenia związana z waloryzacją, o której mowa w niniejszym ustępie nie wymaga zmiany wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

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 kryteriów oceny ofert, a także postanowienia zawarte we wzorze umowy, będącym załącznikiem do SWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający narusza w szczególności równowagę Stron umowy. Konstruuje niektóre jej postanowienia w sposób nieuzasadniony uprzywilejowując Zamawiającego – co w przypadkach wskazanych w odwołaniu nie powinno podlegać ochronie, bowiem działać może wręcz na szkodę inwestycji (na przykład w przypadku postanowień dotyczących limitów dla zawierania umów podwykonawczych). Niektóre z postanowień naruszają podstawowe obowiązki inwestora (zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc). Dodatkowo część postanowień Umowy została sformułowana w sposób niejasny i nieprecyzyjny oraz nadużywający prawa Zamawiającego do opracowania warunków umowy o zamówienie publiczne, jak również przerzucający na Wykonawcę ekonomiczne ryzyka realizacji inwestycji.

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, zrealizować przedmiot zamówienia, który zostanie odebrany przez Zamawiającego, a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

IV. Termin i wymogi formalne

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE w dniu 17 października 2022 r. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 27 października 2022 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

UWAGI OGÓLNE

W pierwszej kolejności, pragniemy podkreślić, iż celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, a także warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest by Postępowanie zostało przeprowadzone a Zamówienie zostało udzielone z poszanowaniem przepisów prawa, zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia, co daje gwarancje jego należytego wykonania i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego zainteresowanego otrzymaniem przedmiotu umowy o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy zainteresowanego należyтым wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

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

Nierównym rozkładem ryzyka kontraktowego jest przede wszystkim obarczanie wykonawcy odpowiedzialnością za działania i zaniechania podmiotów, za które, zgodnie z prawem odpowiedzialności nie ponosi. Takie postanowienia naruszają też wprost obowiązujący w nowej ustawie Pzp art. 433 pkt 3, zgodnie z którym ustawodawca zakazał Zamawiającemu takiego kształtowania postanowień umownych, które nakładałyby na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności stanowiące wyłączną odpowiedzialność zamawiającego.

Z powyższego wynika jasno, że to Zamawiający ma odpowiadać za to, co zgodnie z zasadami kontraktowania powinno leżeć po stronie jego odpowiedzialności, bez obarczania za to Wykonawcy. Bezsprzecznie zapewnia to równowagę stron umowy i zapobiega nadużyciom w zakresie, z jakimi w poprzednim stanie prawnym zmagali się wykonawcy.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów, podniesionych w pierwszej części pisma, Odwołujący najpierw odniesie się do zagadnienia dotyczącego ukształtowania kryteriów oceny ofert, następnie zaś uzasadni zarzuty odnoszące się do kwestionowanych postanowień wzoru umowy.

KRYTERIA UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Zamawiający zdecydował się na zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu kryterium jakościowego – doświadczenie osób odpowiedzialnych za należyte wykonanie przedmiotu zamówienia (pisane w rozdziale XVI pkt. 4 SWZ). Zamawiający postawił 2 podkryteria:

- 1) doświadczenie projektanta wyznaczonego do wykonania projektu w zakresie architektury
- 2) doświadczenie kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych (pełniącego funkcję kierownika budowy).

Dla przyznania punktacji w przedmiotowym kryterium Zamawiający zamierza oceniać konkretne doświadczenie ww. osób (projekty o konkretnych parametrach) zrealizowane w okresie od 2018 r. (włącznie). Oznacza to, że składając ofertę w dniu 17.11. 2022 r. (aktualny termin składania ofert) i by uzyskać maksymalną liczbę punktów Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem zarówno projektanta jak i kierownika budowy w niespełna 5 letnim okresie. Jednocześnie każda z tych osób powinna wykonać (dla maksymalnej punktacji) – po 6 projektów/realizacji opisanych w rozdziale XVI pkt. 4 SWZ.

W ocenie Odwołującego takie postanowienie kryterium oceny ofert jest nadmiarowe i niemożliwe do spełnienia, a Zamawiający w nieuzasadniony sposób zawęża czas, w jakim osoby pełniące funkcje projektanta czy kierownika budowy mogły uzyskać doświadczenie. Funkcją tego rodzaju kryteriów nie powinien być wyścig polegający na ocenieniu kto zrobił więcej projektów/realizacji w danym czasie, ale raczej kto wykonał je dobrze, na odpowiednim poziomie jakości.

Poza tym ustalając tak krótki okres na wykazanie się doświadczeniem w ramach przedmiotowego kryterium Zamawiający pomija, że osoby mogą zdobywać doświadczenie przez cały okres swojej zawodowej działalności, a doświadczenie nabyte w trakcie wykonywania projektu (w przypadku projektanta) czy w trakcie realizacji jakiegoś zakresu robót (w przypadku kierownika budowy) nie dezaktualizuje się poprzez to, że realizacja zakończyła się np. 10 lat temu.

W przypadku kierownika budowy mamy jeszcze często dodatkowe obostrzenia dla jego zaangażowania w realizację danego zakresu prac, które np. mogą wynikać z umowy z danym inwestorem. Niektórzy inwestorzy wymagają – dla zachowania odpowiedniej jakości swojej inwestycji, by kierownik budowy nie był zaangażowany jednocześnie w więcej niż 1 projekt. Wówczas – mimo że taka osoba rzetelnie realizuje swoje zobowiązania – nie jest w stanie wykazać się dużą liczbą projektów zrealizowanych w krótkim czasie.

Mając zatem na uwadze zasady udzielania zamówień publicznych, jak również by umożliwić wykonawcom złożenie porównywalnych ofert w postępowaniu i konkurowanie rzeczywiście nabytym doświadczeniem – w ocenie Odwołującego uzasadnione jest wydłużenie okresu referencyjnego, w którym wykonawca może wykazywać się doświadczeniem swojego personelu – o co najmniej 5 lat (tj. od 2013 r. włącznie). W ten sposób kryterium stanie się bardziej realne i pozwoli wykonawcom na rzeczywiste konkurowanie w jego obrębie.

Jednocześnie Odwołujący zauważa, że przy konstruowaniu kryteriów oceny ofert inaczej rozumie się zagadnienie równości wykonawców czy uczciwej konkurencji. Efektem ich zastosowania ma być wybór oferty najkorzystniejszej. Jednak postawione w niniejszym postępowaniu kryterium poprzez zawężenie czasu powoduje w zasadzie niemożliwość uzyskania maksymalnej liczby punktów nawet przez faktycznie doświadczoną wykonawcę (i jego personel), który realizuje na co dzień projekty większe, bardziej złożone a przez to również bardziej rozciągnięte w czasie. Zaproponowana przez Odwołującego zmiana (wydłużenie czasu wykazania się doświadczeniem) urealnia konkurencję, jednocześnie zaś nie powoduje pełnego otwarcia tego kryterium. Takie podejście jest zgodne rozważaniami KIO wyrażonymi w wyroku z dnia 25 marca 2022 r., KIO 610/22, LEX nr 3404965: *Kryteria oceny oferty nie mają gwarantować "równej pozycji wykonawców", ale **urealniać konkurencję pomiędzy tymi wykonawcami**. Gdyby pozycja wykonawców miała być równa, to iluzoryczne i w zasadzie bezprzedmiotowe byłby kryteria pozacenowe. Ważne jest natomiast, **aby kryteria pozacenowe były obiektywne i stanowiły gwarancję możliwości konkurowania wykonawców**. Konkurencyjność wykonawców w ramach kryteriów pozacenowych należy odnosić do obiektywizmu tych kryteriów, tak aby ich znaczenie i ocena była jednoznaczna, a to w efekcie pozwala na jednoznaczną ocenę danego wykonawcy. Dokonanie doboru kryteriów pozacenowych jest uprawnieniem Zamawiającego, który w tych kryteriach może również urealniać cel prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uzyskać przedmiot zamówienia o najwyższej jakości.*

PRZERZUCENIE NA WYKONAWCĘ RYZYK, KTÓRE SĄ PO STRONIE ZAMAWIAJĄCEGO:

Formułując zarzut nr 2 odwołania Odwołujący wskazał na kilka postanowień umowy, które w jego ocenie pozostają w sprzeczności z przepisami ustawy pzp i kodeksu cywilnego, przerzucając jednocześnie na wykonawcę ryzyka, które leżą po stronie zamawiającego publicznego.

Dwa pierwsze postanowienia kwestionowane przy tym zarzucie przez Wykonawcę to:

§ 1 ust. 12 wzoru umowy, gdzie Wykonawca ma oświadczyć: „*że przed zawarciem Umowy uzyskał od Zamawiającego wszystkie informacje, które mogłyby mieć wpływ na określenie ryzyk związanych z realizacją Inwestycji oraz na prawidłowe ustalenie zakresu prac i wysokość wynagrodzenia umownego*”; oraz

§ 1 ust. 13 wzoru umowy, tj. oświadczenie wykonawcy, iż „*zapoznał się szczegółowo ze wszystkimi założeniami Inwestycji i dokumentami posiadanymi przez Zamawiającego i potwierdza, że ww. informacje i dokumenty określają przedmiot niniejszej umowy w sposób wystarczający i gwarantujący jej wykonanie w całości bez konieczności uzupełnień i ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów*”,

Odwołujący zwraca w tym miejscu uwagę, że składanie takich oświadczeń mogłoby mijać się z prawdą, albowiem Wykonawca bazuje **na dokumentach i informacjach od Zamawiającego**

przekazanych podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i może wyłącznie potwierdzić, że otrzymał dokumenty i informacje przekazane wszystkim wykonawcom w przedmiotowym postępowaniu, umożliwiające złożenie oferty. Gwarantem prawidłowości i kompletności tych dokumentów i informacji oraz ich wystarczalności dla zrealizowania Inwestycji powinien być Zamawiający.

Tego typu oświadczenia, składane przez wykonawcę, są często wykorzystywane w trakcie realizacji by odrzucać lub ograniczać roszczenia wykonawców, zatem na etapie negocjowania warunków umowy powinny być zawsze weryfikowane i odnoszone do rzeczywistego stanu rzeczy. Ponieważ w przypadku umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacje nie są dopuszczalne – odwołujący postanowił zakwestionować te oświadczenia w drodze odwołania, na co pozwalają mu przepisy ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotowa ustawa w grupie klauzul abuzywnych, określonych w art. 433 wymienia właśnie postanowienia, które przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Nie ulega wątpliwości, że ww. postanowieniami Zamawiający próbuje ograniczyć ryzyko występowania przez Wykonawców z roszczeniami na etapie realizacji, które miałyby swe źródło w niepełnych informacjach przekazanych przed zawarciem umowy. Jednak w przedmiotowym stanie faktycznym wykonawcy mają ograniczone środki do żądania od zamawiającego przekazania informacji. Tym samym musi pozostawać w zaufaniu do kompletności, rzetelności i spójności informacji przekazanych mu przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z oczywistych względów również wykonawca nie może składać oświadczeń, w których potwierdza, że zapoznał się ze wszystkimi założeniami i dokumentami **posiadanymi** przez Zamawiającego – to Zamawiający jest zobowiązany do jasnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wie co jeszcze – poza dokumentami ujawnionymi w postępowaniu – znajduje się w posiadaniu Zamawiającego.

Normalną zaś rzeczą jest, że realizacja 55 miesięcznej umowy rodzić może konieczność doprecyzowania pewnych informacji, współpracy stron, dokonywania zmian i korekt które mogą skutkować również zmianami wynagrodzenia, w ramach postanowień zawartej umowy. Obowiązek współdziałania dla dobra inwestycji wynika dla Stron umowy z przepisu art. 431 ustawy Pzp oraz z postanowień kodeksu cywilnego. Tylko dochowanie tych zobowiązań również przez Zamawiającego gwarantuje prawidłowe zrealizowanie inwestycji.

Między innymi z powyższych względów Odwołujący zakwestionował również klauzulę określoną w § 2 ust. 10 wzoru umowy, zgodnie z której treścią na Wykonawcę przerzucono zobowiązania do „uzyskania wszelkich uzgodnień i dokonania wszelkich czynności prawnych koniecznych dla realizacji przedmiotu umowy”. Tak szerokie postanowienie w zasadzie zwalnia Zamawiającego z działania na rzecz realizacji Inwestycji, jednocześnie pozostawiając Wykonawcę w niepewności jaki jest rzeczywisty zakres jego zobowiązania. Stoi również w oczywistej sprzeczności z postanowieniami ustawy Pzp, które wymagają jasnego i precyzyjnego opisu zakresu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stoi na stanowisku, że doświadczony projektant czy doświadczony generalny wykonawca może przewidywać jakie decyzje czy uzgodnienia są konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu umowy – stricte w oparciu o dokumenty i zakres zamówienia, jaki przedstawiony został przez Zamawiającego. Nie może jednak przewidywać dodatkowo jakie inne decyzje mogą okazać się niezbędne, w zależności od przebiegu realizacji i wykonanie jakich czynności prawnych będzie konieczne dla zrealizowania inwestycji. Przedmiotowe postanowienie ponownie przerzuca na wykonawcę ryzyka, które leżeć mogą po stronie Zamawiającego. Również może być nadużywane w trakcie realizacji dla potrzeb ograniczania roszczeń wykonawcy – stąd Odwołujący zaproponował w niniejszym odwołaniu, by klauzulę tę ograniczyć.

W końcu Zamawiający w zarzucie tym zakwestionował zawarte w § 23 ust. 2 wzoru umowy uregulowanie, które prowadzi do drastycznego ograniczenia roszczeń Wykonawcy i przerzucenia na Wykonawcę odpowiedzialności za wszelkie zdarzenia (**również takie, które leżą wyłącznie po stronie Zamawiającego bądź są niezależne od Stron**), które mogą wystąpić w trakcie realizacji Umowy. Kwestionowane postanowienie wzoru umowy brzmi: *„Wykonawca zobowiązuje się informować o wszelkich zmianach, które mogą wystąpić w związku z realizacją Umowy w trybie natychmiastowym Zamawiającego, tj. najdłużej w ciągu 5 dni od daty zaistnienia jakiegokolwiek istotnego zdarzenia, które może wpłynąć na realizację i wynik Umowy w formie pisemnej - listem poleconym oraz także w formie mailowej i telefonicznie, a w przypadku niedopełnienia powyższego obowiązku wszelkie wynikające z tego tytułu konsekwencje obciążają Wykonawcę, który zobowiązany jest do poniesienia pełnej odpowiedzialności wobec Zamawiającego.”*

Przywołana wyżej klauzula stanowi nadużycie Zamawiającego z kilku powodów. W pierwszej kolejności zawiera ona bardzo krótki czas, niezależny w zasadzie od sytuacji, jakiej dotyczy, na poinformowanie Zamawiającego o zdarzeniach, które mogą wpłynąć na realizację i wynik Umowy. Termin ten to **5 dni kalendarzowych**, który w normalnym biegu czynności w trakcie realizacji umowy może być nie do dochowania. Zapewne wykonawca nie będzie w stanie w takim okresie przeanalizować faktycznych możliwych skutków poszczególnych zdarzeń. Zauważyć przy tym należy, że art. 651 kc również odnosi się do obowiązku „niezwłocznego” powiadomienia inwestora o okolicznościach, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu umowy, jednak termin ten może być różnie rozumiany przy różnych sytuacjach, w jakich znaleźć się mogą strony. Doktryna wyjaśnia, że: *pojęcie „niezwłocznie”, występujące w wielu przepisach Kodeksu (i odróżniane od „natychmiast”), oznacza działanie bez nieuzasadnionej zwłoki przy zachowaniu normalnej, przyjętej w danych stosunkach staranności*¹. Odwołujący podnosi, że w przedmiotowym przypadku uzasadnionym byłoby pozostanie przy określonych przepisem art. 651 kc regulacjach przedmiotowej kwestii, względnie uzasadnione byłoby przyjęcie dłuższego, możliwego do dochowania terminu powiadomienia.

Dodatkowym obostrzeniem, które może również utrudniać prawidłową komunikację i dotrzymanie ww. terminu jest wymaganie, by o istotnych zdarzeniach powiadamiać inwestora w drodze pisemnej – **listem poleconym**, przy jednoczesnym powiadamianiu mailowym i telefonicznym. Wymaganie wystosowywania każdorazowo, w zwykłych sprawach związanych z realizacją kontraktu – przesyłki poleconej wydaje się nadmiarowe w dzisiejszym świecie, który coraz bardziej opiera się na formie elektronicznej wymiany dokumentów.

Powyższe formalne kwestie (nie dochowanie terminu czy formy powiadomienia) mogą nieść za sobą bardzo poważne konsekwencje. Zamawiający przewidział bowiem w § 23 ust. 2 wzoru umowy skutek w postaci konieczności poniesienia pełnej odpowiedzialności przez wykonawcę – niezależnie od charakteru okoliczności, o których zbyt późno powiadomiono Zamawiającego. W ocenie Wykonawcy zderzenie wszystkich powyższych elementów kwestionowanej klauzuli musi prowadzić do wniosku, że Zamawiający przewidując ją w takiej treści nadużywa swojego uprawnienia do kształtowania warunków umowy i w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego próbuje przerzucić na wykonawcę odpowiedzialność za zdarzenia, które mogą leżeć po stronie Zamawiającego lub po żadnej ze Stron.

Z tych względów Odwołujący wnosi o wykreślenie przedmiotowego postanowienia § 23 ust. 2 wzoru umowy lub o jego istotną modyfikację w sposób, który umożliwi równomierne rozłożenie ryzyk związanych z realizacją kontraktu.

¹ Bieniek Gerard (red.), Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom I-II, wyd. X, Opublikowano: LexisNexis 2011

PRZEKAZANIE PLACU BUDOWY:

Wykonawca formułując zarzut dotyczący terminów przekazania placu budowy ma na względzie konieczność zapewnienia spójności pomiędzy terminami przyjętymi przez Zamawiającego w warunkach umowy a tymi określonymi w innych dokumentach – w tym przypadku w Załączniku nr 1 do Umowy.

Zamawiający w § 4 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy wskazuje, iż: terenu budowy na potrzeby realizacji segmentu „A” zostanie przekazany w rozmiarach i stanie umożliwiającym rozpoczęcie robót w terminie do 15 miesięcy od dnia zawarcia niniejszej Umowy, a w załączniku nr 1 do Umowy w pkt 1.4) wskazuje jednocześnie, że zakończenie prac dla ETAP IV na który składa się wygrodzenie terenu, organizacja placu budowy zakończenie rozbiórek istniejących boisk sportowych wraz z elementami infrastruktury technicznej i zagospodarowania terenu kolidującymi z realizacją segmentu A, nastąpić ma również w terminie do 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Wynika z powyższego, iż Zamawiający nie zagwarantował w Umowie Wykonawcy wystarczającego czasu na wykonanie prac dla ETAPU IV. W tym zakresie oczywistym pozostaje, że jeśli Zamawiający skorzysta ze swojego uprawnienia i przekaże plac budowy w najpóźniejszym możliwym terminie, wówczas wykonawca nie będzie miał w ogóle czasu na zrealizowanie swoich zobowiązań wynikających z umowy. Tymczasem na obecną chwilę brak realizacji zobowiązań wykonawcy – również w zakresie etapów określonych w Załączniku nr 1 do Umowy – obwarowany jest karami umownymi.

Nie ma zatem wątpliwości, że konieczne jest zmodyfikowanie postanowienia umownego, polegające na skróceniu terminu przekazania terenu budowy przez Zamawiającego, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt. 1) wzoru umowy dla segmentu A do 13 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

Analogiczna sytuacja dotyczy postanowień § 4 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy z których wynika, iż przekazanie pozostałego terenu budowy nastąpi w terminie do 41 miesięcy od dnia zawarcia niniejszej Umowy, a zakończenie Etapu IX lit. b) nastąpić ma w terminie do 42 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Może się okazać, że jeśli Zamawiający skorzysta ze swojego uprawnienia i przekaże plac budowy w najpóźniejszym możliwym terminie – na zakres robót polegający na wyburzeniu przedszkola i szkoły wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu Wykonawca będzie miał zaledwie miesiąc czasu, co będzie zbyt krótkim okresem na wykonania całego zakresu prac, uwzględniając konieczność przygotowania placu budowy i mobilizacji wykonawcy.

W związku z powyższym konieczne jest zmodyfikowanie postanowień wzoru umowy i dostosowanie ich do realiów realizacji przedmiotu umowy poprzez skrócenie terminu przekazania pozostałego terenu budowy, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy do 40 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

BRAK TERMINÓW NA NAPRAWĘ NARUSZEŃ – WYKONAWSTWO ZASTĘPCZE:

Odwołujący wystąpił również z zarzutem dotyczącym postanowień wskazanych w § 6 ust. 12 pkt. 1) wzoru umowy umowy w zakresie, w jakim przewidują one możliwość zlecenia zastępczego usunięcia wad bez konieczności dodatkowego wezwania do naprawy naruszeń.

Nie ulega wątpliwości że oba ww. postanowienia odnoszą się do zobowiązań wykonawcy, które ma on zrealizować w określonym terminie. W § 6 ust. 12 pkt. 1) wzoru umowy przewiduje się, że „W przypadku, gdy Wykonawca odmówi usunięcia wad lub nie usunie ich w wyznaczonym przez

Zamawiającego terminie, Zamawiający ma prawo zlecić usunięcie wad osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy, obciążając kosztami Wykonawcę (...). Sytuacja wygląda zatem tak, że przy odbiorze to Zamawiający wyznacza termin – nie jest wskazane przy tym, że ma być on „odpowiedni” do charakteru wad czy np. „nie krótszy niż...”. Nie dochowanie ww. terminu otwiera zaś Zamawiającemu od razu uprawnienie do zastępczego usunięcia wad. Przedmiotowe postanowienie narusza równowagę Stron umowy i daje dowolność działań Zamawiającemu. Postanowienia umowy nie uwzględniają, że czasami może okazać się, że ze względów technologicznych lub technicznych zastosowanie się przez Wykonawcę do terminu wyznaczonego przez Zamawiającego pierwotnie może nie być możliwe.

Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 636 § 1 kc *Jeżeli przyjmujący zamówienie wykonywa dzieło w sposób wadliwy albo sprzeczny z umową, zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonania i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu zamawiający może od umowy odstąpić albo powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo przyjmującego zamówienie.*

Na podstawie zaś art. 656 kc:

§ 1. Do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.

Zasadniczo zatem korzystając z roszczeń odszkodowawczych Zamawiający powinien uprzednio wezwać wykonawcę do zmiany sposobu wykonania zamówienia. W przypadku wad i usterek nie wystarczy, że wykonawca nie naprawi lub nie usunie ich w terminie umownym (tu: wyznaczonym przez Zamawiającego) ale Zamawiający aby skorzystać z dalszych roszczeń poza wynikającymi z umowy jak np. kary umownej za zwłokę powinien wystosować dodatkowy termin i wyznaczyć konkretny sposób zachowania się wykonawcy. Zastępcze wykonanie umowy jest sankcją za niezrealizowanie zadania zgodnie z umową po wyczerpaniu w całości jej ścieżki. Należy zauważyć, że w pierwszej kolejności w razie zwłoki uruchamiane są sankcje umowne, jak naliczenie kar umownych. Sankcja zastępczego wykonania umowy przybiera postać odszkodowawczą za niezrealizowanie zadań z umowy po jej wyczerpaniu a więc jest sankcjami dalej idącymi, wykraczającymi poza stosunek umowny.

Zachowując równowagę stron, a także ustalając ryzyko wykonawcy na przewidywalnym i akceptowalnym poziomie, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę dodatkowym wezwaniem wskazującym realny i obiektywny termin na usunięcie naruszeń (wykonawca w celu uniknięcia wątpliwości wskazał że terminem obiektywnym jest termin 14 dni). Dopiero po bezskutecznym upływie terminu powinien mieć prawo skorzystać z dalszych uprawnień zastępczego wykonania umowy lub odstąpienia od umowy.

Odwołujący wnosi zatem o zmianę postanowień § 6 ust. 12 pkt. 1) wzoru umowy w opisany we wnioskach odwołania sposób, tj. przez wprowadzenie dodatkowego terminu na naprawę naruszeń przez Wykonawcę.

PODWYKONAWCY

Kolejnym zarzutem odwołania jest sformułowanie nadmiarowych wymagań dotyczących zawierania umów z podwykonawcami, które znacznie utrudniać mogą realizację przez wykonawcę jego umownych zobowiązań. Zamawiający przewidział w § 11 ust. 9 i 10 następujące wymagania:

§ 11 ust. 9: Suma wartości wynagrodzeń w umowach zawartych z Podwykonawcami oraz dalszymi Podwykonawcami robót budowlanych a dotyczących danego Etapu wymienionego w Umowie, nie może przekraczać wartości wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu wykonania

danego Etapu. Suma wartości wynagrodzeń we wszystkich umowach o roboty budowlane zawartych z Podwykonawcami oraz dalszymi Podwykonawcami nie może przekroczyć wartości wynagrodzenia Wykonawcy tytułu wykonania Umowy.

§ 11 ust. 10 wzoru umowy powtarza niejako to obostrzenie w stosunku do dalszych podwykonawców: *Wartość kolejnej umowy z dalszym podwykonawcą, której przedmiotem są roboty budowlane nie może spowodować przekroczenia kwoty stanowiącej 100% wartości tej części przedmiotu niniejszej Umowy, w skład której wchodzi zakres umowy o podwykonawstwo.*

W ocenie Odwołującego o ile formułowanie takich postanowień może być uzasadnione w poprzednim stanie prawnym, o tyle aktualnie § 647¹ § 3 kc przewiduje: Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2. Powyższe ustawowe ograniczenie odpowiedzialności sam Zamawiający powtórzył wprost w postanowieniu § 11 ust. 11 wzoru umowy.

Podkreślić należy, że formułowanie takich postanowień przez zamawiającego prowadzić może do paraliżu realizacji umowy w sytuacji np. kolejnej zmiany cen rynkowych. Zwrócić należy uwagę, że przedmiotowa umowa realizowana ma być przez 55 miesięcy i trudno przewidzieć jaka będzie sytuacja na rynku, w tym sytuacja podwykonawców. Wykonawca nie jest w stanie zakontraktować już na tym etapie (składania oferty) robót z podwykonawcami i zagwarantować sobie cen, szczególnie mając na względzie charakter umowy: projektuj + buduj. Pierwszy okres realizacji umowy to projektowanie, roboty budowlane do których zatrudniani będą podwykonawcy nastąpią odpowiednio później.

Z powyższych względów stawianie takich ograniczeń w realizacji umowy, mając na względzie jednocześnie brak konsekwencji dla zamawiającego w przypadku jeśli faktycznie wykonawca przekroczy limity wskazane przez zamawiającego uznać należy za nadmiarowe. Stąd Odwołujący wnosi o ich usunięcie.

KARY UMOWNE

W przypadku zarzutu dotyczącego kar umownych Odwołujący zwrócił uwagę na kilka kwestii odnoszących się do postanowień wzoru umowy w niniejszym Postępowaniu:

- a) zastrzeżenia kar umownych za terminy pośrednie określone w Załączniku nr 1 do Umowy oraz za termin z samej umowy;
- b) zastrzeżenie kar umownych za brak usuwania wad na bardzo wysokim poziomie;
- c) zastrzeżenie limitu kar umownych w sposób nieprecyzyjny, a jednocześnie zastrzeżenie go na bardzo wysokim, nierynkowym poziomie, przekraczającym karę za odstąpienie od umowy;
- d) i wreszcie na nie uwzględnieniu niektórych kar w limicie.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreśla, że przygotowując ofertę wykonawca powinien mieć możliwość oszacowania ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy. Jednym z takich ryzyk jest ryzyko terminowe i powiązane z tym ryzyko naliczenia kar umownych na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania.

W odniesieniu do części zarzutu z lit. a) powyżej Odwołujący wskazuje, że w kontekście realizacji przedmiotowej umowy nie jest uzasadnione stosowanie kar umownych za „terminy pośrednie”,

czy też – jak wskazuje Zamawiający – w § 12 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy „za niedotrzymanie **jakiegokolwiek terminu wskazanego w § 5 niniejszej umowy oraz w załączniku nr 1 i nr 2 do Umowy**”. § 5 precyzuje w zasadzie wyłącznie termin końcowy (w ust. 1), zaś w pozostałym zakresie odwołuje się również do ww. załączników do umowy (załącznik nr 1 i nr 2). Tymczasem załącznik nr 1 przewiduje **aż XIII etapów realizacji umowy, zaś pomiędzy etapami wplecione są również inne terminy na wykonanie zobowiązań wykonawcy**. Tak sformułowane postanowienie umowne powoduje możliwość zastosowania bardzo wysokich kar nawet za niewielkie uchybienia terminom, które mogą w żaden sposób nie wpływać na przesunięcie końcowego terminu realizacji. Takie ukształtowanie postanowień umowy prowadzi – po raz kolejny – do przerzucenia na wykonawcę ryzyka związanych z realizacją umowy i de facto prowadzić może do wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy mimo, że wykonawca w dalszym toku realizacji mógłby nadrobić opóźnienia.

Z tych względów Wykonawca zaproponował, by kara umowna za zwłokę w realizacji dotyczyła wyłącznie terminu końcowego realizacji inwestycji. Jednocześnie Wykonawca wskazał na ewentualne kierunki możliwej zmiany przedmiotowej klauzuli dotyczącej kar umownych za terminy kluczowe – rzeczywiście istotne w realizacji zamówienia, a nie tylko mające charakter porządkowy. Ewentualnym ograniczeniem ryzyka wykonawców mogłoby być również zastrzeżenie w umowie, że w przypadku jeśli wykonawca dochowa terminu końcowego realizacji inwestycji, wówczas zamawiający anuluje kary umowne za nie dochowanie innych terminów określonych umową.

Kolejną kwestią, na którą zwrócił uwagę wykonawca w zarzutach (część z lit. b powyżej) jest rażąco wygórowana kara za zwłokę w usuwaniu wad i usterek (zastrzeżona w § 12 ust. 1 pkt. 8) i 9) wzoru umowy). **Kara ta – zastrzeżona na poziomie 0,08% wynagrodzenia przekracza nawet wysokość kar za zwłokę w realizacji zobowiązań umownych.** Do jej naliczenia zaś uprawniony będzie Zamawiający nawet w przypadku występowania i nie usunięcia niewielkich wad i usterek.

Dla zobrazowania ww. sytuacji liczbami – przy założeniu, że wynagrodzenie wykonawcy ustalono by na poziomie 50.000.000 zł (kwota wynika mniej więcej z przeliczenia wartości podanych przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do Umowy), **kara umowna za jeden dzień zwłoki w usunięciu wad lub usterek (niezależnie od ich charakteru) – wyniosłaby 40.000 zł.**

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

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

W ocenie Wykonawcy zastrzeżenie kar umownych z tytułu nieterminowego usuwania wad w wyższej wysokości co z tytułu nieterminowego wykonania całego przedmiotu umowy świadczy o tym, że kary dotyczące nieterminowego usuwania wad są nadmiernie wygórowane. Wykonanie przedmiotu umowy jest podstawowym obowiązkiem wykonawcy. Usuwanie wad czy to odbiorowych czy to wad w okresie gwarancji i rękojmi jest akcesoryjnym zobowiązaniem umownym względem obowiązku wykonania przedmiotu umowy. Skutkować powinno to tym, że kary z tytułu nieterminowego usuwania wad powinny być zastrzeżone na niższym poziomie niż kary dotyczące wykonania całego przedmiotu umowy. Stąd Odwołujący zaproponował obniżenie tych kar. Obniżenie kar mogłoby polegać albo na obniżeniu procentowej wartości kar bądź zmianie wartości, do której dany procent należy odnosić – np. do wartości danej części przedmiotu umowy, która obarczona jest wadami.

W zakresie limitu kar umownych Odwołujący zwraca uwagę na trzy aspekty. W pierwszej kolejności **w sposób niejasny sformułowano postanowienia dotyczące limitów, przywołując niejako odrębny limit dla każdej z kar** (np. w przypadku § 12 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy – 50% wynagrodzenia, a następnie w § 12 ust. 5 wzoru umowy wskazano ponownie jeden, 50% limit kar umownych. Taki dwustopniowy limit może wprowadzać w błąd i znacznie utrudniać wyliczenie rzeczywistych ryzyk leżących po stronie wykonawcy realizującego umowę. W związku z powyższym – skoro i tak Zamawiający przewiduje jeden globalny limit kar w § 12 ust. 5 wzoru umowy Wykonawca proponuje, by pozostać wyłącznie przy jednym limicie (w obniżonej wysokości – o czym niżej) i wykreślić odwołania do pozostałych limitów w pozostałych postanowieniach wzoru umowy.

Po drugie nawet przewidziany w § 12 ust. 5 wzoru umowy limit powinien podlegać obniżeniu. Ustalenie limitu na poziomie 50% wynagrodzenia wykonawcy jest ustaleniem go na rażąco wysokim poziomie, któremu można również zarzucić pozorność. Ustalenie limitu na tak wysokim poziomie może być traktowane również jako ominięcie klauzuli abuzywnej ustawy Pzp. Jest niewątpliwie poziomem ustalonym na rażąco wysokim poziomie, nieadekwatnym do ryzyka i celu ustanawiania kar umownych, a także ich limitu. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to nie więcej niż 20% wynagrodzenia wykonawcy, przy czym jednocześnie podkreśla się że limit ten powinien pozostawać na poziomie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Jest to uzasadnione o tyle, że funkcje kar umownych mają mieć charakter prewencyjny a nie represyjny i odstraszający. **W sytuacji kiedy kara za odstąpienie staje się korzystniejsza niż dalsza realizacja kontraktu i ryzyko naliczenia kar na znacznie wyższym poziomie to dochodzi do utraty sensu i charakteru ustanawiania kar umownych zgodnie z prawem.** Limit kar na poziomie wyższym niż kara za odstąpienie zachęca wręcz do terminowania umów co jest sprzeczne z celem każdego zamówienia i jest działaniem niezwykle niebezpiecznym dla obu stron. Ponieważ w niniejszej sprawie umowa ustala limit kary za odstąpienie na poziomie 10% tym samym zasadnym jest żądanie obniżenia limitu ogólnego również do 10% wynagrodzenia.

Powyższe jest zgodne i wpisuje się w dotychczasową linię orzeczniczą KIO i tak w wyroku:

- z dnia 18 września 2020 r. Sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20:

1.4 Modyfikację § 29 ust. 4 Wzoru Umowy i nadanie mu brzmienia: "Łączna suma naliczonych kar umownych nie przekroczy 20% ceny brutto przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem, że jeżeli została naliczona kara umowna za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to łączna suma kar nie przekroczy 30% ceny brutto Umowy".

W ocenie Izby określenie limitu kar umownych na poziomie 100% wartości przedmiotu zamówienia w praktyce oznacza brak jakiegokolwiek limitu kar - z przyczyn określonych w § 29 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zadania. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z § 29 ust. 1 pkt 12 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie

odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto. Trudno w tej sytuacji uznać, że wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10% ceny brutto, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż Zamawiający w oparciu o § 29 ust. 4 Wzoru Umowy całkowicie pozbawi go wynagrodzenia. W efekcie uznać należy, że faktyczny limit kar umownych nie został określony.

- **z dnia 4 września 2018 r. Sygn. akt: KIO 1601/18**

wprowadzenie w § 5 IPU postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający określi górny **limit kar umownych** związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia, które są określone w § 5 ust. 2 - 10 IPU, w wysokości odpowiadającej wysokości kary **umownej** zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia; Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie **kar umownych**. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące **kar umownych** nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie **limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia**, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyk i należyłą wycenę oferty.

Odwołujący stoi na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia narusza dyspozycję art. 436 pkt 3 pzp. Potwierdzeniem tego jest poniższy pogląd doktryny:

*W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Dostrzec również należy, że przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, **których mogą dochodzić strony**, tym samym nakłada również obowiązek określania kar umownych, do których zapłaty zobowiązany jest również zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, komentarz do art. 436)*

W zakresie niedopuszczalności możliwości naliczenia kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od umowy i łączenia tych kar z karą z tytułu odstąpienia od umowy odwołać należy się do Uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie III CZP 39/12, gdzie wskazano, że **Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy**.

Konsekwencją przyjęcia takiego stanowiska jest że w razie odstąpienia od umowy wchodzić będzie w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy. Tym samym Zamawiający powinien naliczyć tylko karę za odstąpienie a nie dodatkowo kary jednostkowe za przewinienia leżące u jego podstaw. Oznacza to, że ustalenie limitu kar umownych na poziomie wyższym niż kara za odstąpienie nie ma racji bytu. Może też prowadzić do kuriozalnego stwierdzenia, że bardziej się opłaca nie zrealizować świadczenia (czyli odstąpić) niż je realizować z ryzykiem znacznie przekraczającym karę za odstąpienie.

Odwołujący wnosi zatem o określenie górnego limitu kar umownych na poziomie zbieżnym z karą za odstąpienie.

I wreszcie trzecią kwestią związaną z limitem kar umownych jest wnioskowana zmiana w § 12 ust. 5 wzoru umowy, która pozwoli na usunięcie niepewności, że wszystkie kary umowne przewidziane w umowie są limitowane. Zamawiający przewidział bowiem również w innych postanowieniach umowy, poza § 12 kary umowne. Stąd zasadne jest doprecyzowanie § 12 ust. 5 w sposób który potwierdzi, że limit obejmuje wszystkie kary umowne przewidziane w jakichkolwiek postanowieniach umowy. Brak tego doprecyzowania może prowadzić do wniosku, że Zamawiający naruszył wymagania art. 436 pkt. 3 ustawy Pzp.

ODSTĄPIENIE – DOWOLNE WARUNKI I BRAK WEZWANIA

Odwołujący wskazuje, że w treści wzoru umowy Zamawiający przewidział dość szerokie przesłanki odstąpienia przez siebie od umowy, w wielu przypadkach, jednak bez konieczności uprzedniego wezwania wykonawcy do naprawienia naruszeń bądź złożenia wyjaśnień i przedstawienia przez wykonawcę jego stanowiska w sprawie.

Wykonawca wskazuje, że tego typu uprzednie wezwanie powinno być przewidziane co najmniej dla przesłanek przewidzianych w § 13 ust. 1 pkt. 3), 4), 5) i 7) wzoru umowy. Przykładowo – przesłanka z pkt. 3) stanowi o możliwości odstąpienia przez zamawiającego od umowy gdy *Wykonawca przerwał realizację robót i przerwa ta trwa dłużej niż 7 dni; zaś z pkt. 4) gdy Wykonawca wykonuje roboty wadliwie, niezgodnie z warunkami przetargu, stosuje materiały niezgodne z wymaganiami oraz nie reaguje na polecenia Zamawiającego.*

Odwołujący wskazuje, że możliwość odstąpienia od umowy przez Zamawiającego bez uprzedniego wezwania Wykonawcy do usunięcia uchybień, które mogą być uzasadnione bądź de facto nie mieć istotnego znaczenia dla realizacji całego kontraktu jest byłaby nadmiarowa i niewspółmierna. Złożenie oświadczenia o odstąpieniu w takich przypadkach, bez dodatkowego wezwania może prowadzić do zaskoczenia wykonawcy odstąpieniem od Umowy. Pozbawia go jednocześnie możliwości usunięcia nieprawidłowości i zapewnienia dalszej realizacji umowy.

Zgodnie z art. 431 ustawy Pzp Zamawiający powinien współdziałać z wykonawcą przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. Regulacja ta koresponduje z obowiązkiem wierzyciela do współdziałania w wykonaniu zobowiązania wynikającym z art. 354 § 2 kc.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego możliwości odstąpienia od Umowy bez wcześniejszego wezwania wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości w realizacji umowy nie jest działaniem „w celu należytej realizacji umowy”. Zamawiający działając w celu należytej realizacji umowy zamiast odstępować od umowy w pierwszej kolejności powinien wskazać wykonawcy na uchybienia, które zaistniały w toku realizacji umowy i wezwać wykonawcę do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Dopiero w przypadku, gdy uchybienia te nie zostaną usunięte w odpowiednim terminie Zamawiający powinien uzyskać uprawnienie do odstąpienia od umowy. Z takim rozumieniem pojęcia działania „w celu należytej realizacji umowy” przemawia treść art. 491 kc, który zakłada, że wierzyciel zanim skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy powinien wezwać dłużnika do usunięcia nieprawidłowości, gdyż nadrzędnym celem stron umowy powinno być zrealizowanie umowy a nie szukanie pretekstu do jej rozwiązania poprzez odstąpienie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi, by co najmniej dla przesłanek z § 13 ust. 1 pkt. 3), 4), 5) i 7) wzoru umowy przewidziany został obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do naprawy naruszeń, poprzedzający oświadczenie o odstąpieniu.

WALORYZACJA

W zakresie zarzutów dotyczących klauzuli waloryzacyjnej Odwołujący odniesie się po kolei (zgodnie z porządkiem przyjętym dla budowy zarzutu odwołania) do poszczególnych, podnoszonych tam kwestii.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwracał uwagę, że (być może omyłkowo) w § 19 ust. 10 pkt. 3) i 4) wzoru umowy Zamawiający przyjął dla obliczania początku waloryzacji termin odnoszący się do rozpoczęcia realizacji „robót”, podczas gdy przedmiotowa umowa jest umową w systemie „zaprojektuj i wybuduj” o przesuniętym w czasie rozpoczęciu realizacji „robót”, a jednocześnie o łącznym czasie obowiązywania 55 miesięcy co uzasadniać powinno, że jako początek waloryzacji (na potrzeby § 19 ust. 10 pkt. 3 wzoru umowy) ustalony powinien być początek realizacji „umowy”, nie „robót”. Konieczność doprecyzowania przedmiotowej klauzuli wydaje się bezdyskusyjna, bowiem przeciwne rozumienie i wprowadzenie mechanizmu waloryzacji dopiero po 12 miesiącach od rozpoczęcia robót prowadziłoby do kolejnego zwiększenia ryzyka po stronie wykonawcy i wydłużenia okresu ponoszenia przez niego samodzielnie ryzyka wzrostu cen.

W drugiej kolejności Odwołujący podnosi, że przyjęty przez zamawiającego próg, od którego możliwa byłaby waloryzacja kontraktu, ustalony został na rażąco wygórowanym poziomie, co świadczyć może o jego pozorności – niewielkie są bowiem szanse, że przy tak ustalonym poziomie waloryzacja określona w § 19 ust. 10 wzoru umowy w ogóle zadziała.

Wskazać należy, że trwający ponad 55 miesięcy proces realizacji niniejszego 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 zminimalizować negatywne dla stron umowy oddziaływania, co jest w interesie obu stron umowy.

Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiennie 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.

Biorąc pod uwagę przybliżone powyżej kwestie, należy w szczególności wskazać, że prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna:

1. jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
2. jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;
3. sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;
4. winna być adekwatna do sytuacji rynkowej;

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że klauzula waloryzacyjna określona przez zamawiającego w § 19 ust. 10 pkt. 5) wzoru umowy nie spełnia wskazanych wyżej funkcji, albowiem **wskaźnik zmiany cen, który uprawnia wykonawcę do waloryzacji jest**

określony w sposób, który uniemożliwia jej przeprowadzenie w rzeczywistych warunkach rynkowych.

Zmiana wysokości wynagrodzenia według § 19 ust. 10 pkt. 5) i 6) wzoru umowy nastąpić może w taki sposób, że wynagrodzenie za niezrealizowaną część umowy ulega podwyższeniu, albo obniżeniu o kwotę stanowiącą iloczyn tego wynagrodzenia oraz połowy średniej arytmetycznej wskaźników obliczonych zgodnie § 19 ust. 10 pkt. 5). Tym samym podstawą zmiany wynagrodzenia umownego jest odniesienie do wskaźnika kwartalnego, który został określony na poziomie trudnym do spełnienia tj. 0,8 %, a który stanowi punkt odniesienia do określenia kwoty waloryzacji Wykonawcy i Zamawiającego. Dla zobrazowania powyższego Wykonawca przedstawia symulacje wyliczeń na podstawie komunikatów GUS zmian cen produkcji budowlano-montażowej w okresach kwartalnych od 2017 do 2021 roku:

2017				2018				2019				2020				2021			
I	II	III	IV	I	II	III	IV	I	II	III	IV	I	II	III	IV	I	II	III	IV
0,00	0,10	0,30	0,90	0,50	0,80	1,00	1,10	0,7	0,9	0,7	0,7	0,7	0,5	0,6	0,6	0,7	1,3	1,7	2,6

I tak średnia arytmetyczna dla:

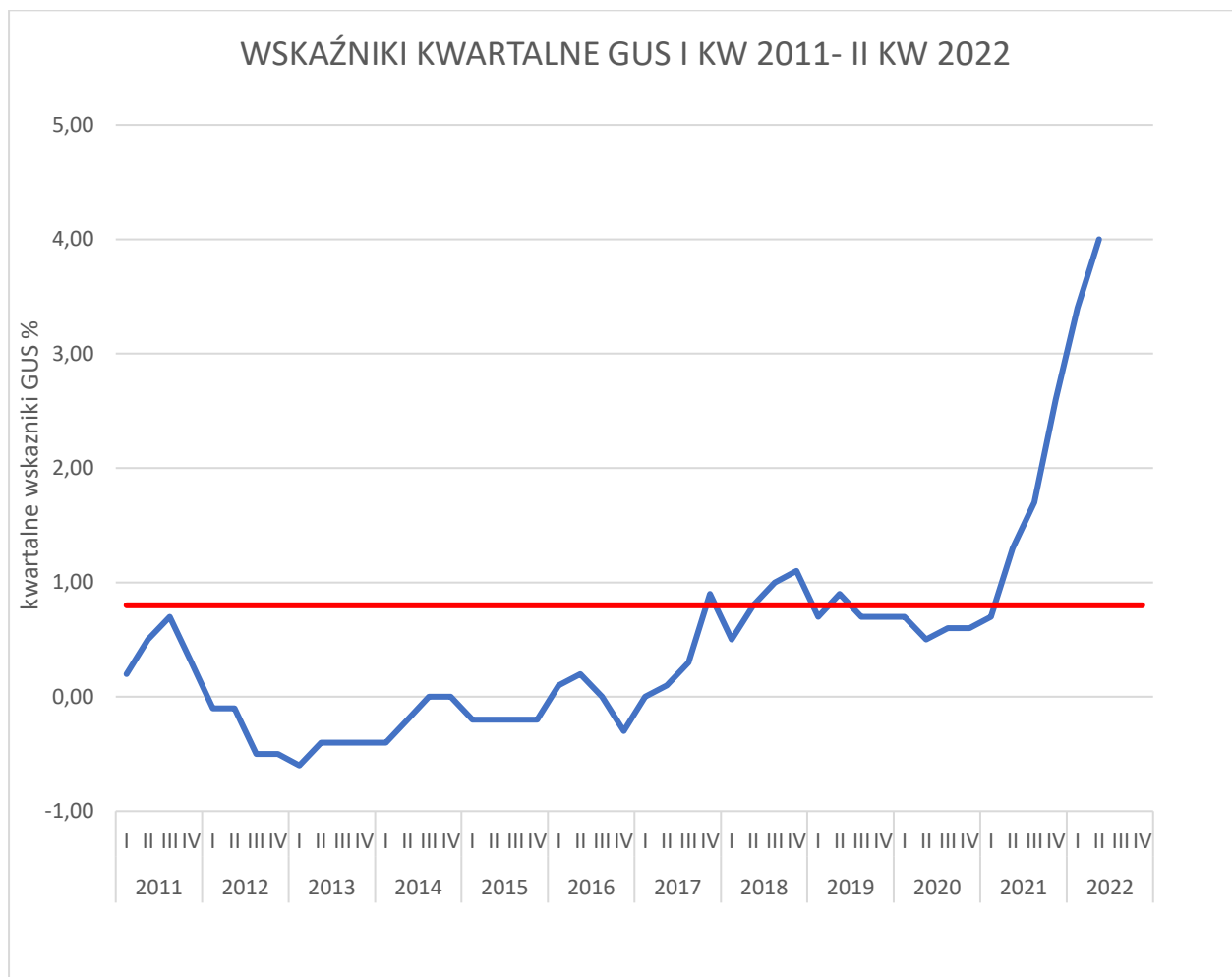
- roku 2017 to – 0,32% - wynagrodzenie nie podlegałoby waloryzacji
- roku 2018 to – 0,85% - wynagrodzenie podlegałoby waloryzacji
- roku 2019 to – 0,8% - wynagrodzenie nie podlegałoby waloryzacji
- roku 2020 to – 0,6% - wynagrodzenie nie podlegałoby waloryzacji
- roku 2021 to – 1,58% - wynagrodzenie podlegałoby waloryzacji

W odniesieniu do roku 2018 oraz roku 2021, którego średnia arytmetyczna przekracza 0,8% (wynagrodzenie zgodnie z § 19 pkt 10 ust. 5 Umowy podlegałoby waloryzacji gdy średnia arytmetyczna przekroczy 0,8%) wynagrodzenie objęte waloryzacją ulegnie podwyższeniu o kwotę stanowiącą iloczyn wynagrodzenia oraz połowę średniej arytmetycznej wskaźników, czyli o wartości:

- Rok 2018: $0,85\% / 2 = 0,42\%$,
- Rok 2021: $1,58\% / 2 = 0,79\%$

zatem niecałe pół procenta oraz niecały procent wartości wynagrodzenia objętego waloryzacją, gdy rzeczywisty wzrost kosztów wynagrodzenia ze względu na czynniki zewnętrzne znacząco przekroczy tą wartość.

W celu zobrazowania przebiegu średnich arytmetycznych wskaźników kwartalnych niżej przedstawiamy wykres, który przedstawia przebieg wzrostu/spadku wskaźników kwartalnych GUS. I tak linia niebieska - określa przebieg publikowanych przez GUS średnich wskaźników arytmetycznych w odniesieniu kwartalnym w stosunku do wskazanego przez zamawiającego wskaźnika 0,8% - linia czerwona. Waloryzacja dotycząca wzrostu wynagrodzenia w okresie ostatnich dziesięciu lat mogłaby być przeprowadzona w myśl zapisów umownych tylko i wyłącznie w roku 2018 oraz 2021 ale wyłącznie 0,42% - dla 2018r. oraz analogicznie o 0,79% - dla roku 2021r.



Powyższe dowodzi, iż mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z § 19 ust. 10 wzoru umowy ma charakter pozorny. W praktyce jest mało prawdopodobne że nastąpi sytuacja uprawniająca strony do zmiany wynagrodzenia z wykorzystaniem opisanego mechanizmu, bądź zmiana ta nastąpi ale nie uwzględni ponoszonego przez wykonawcę rzeczywistego finansowego ryzyka wzrostu cen rynkowych.

Podkreślić przy tym należy, że powyższe ryzyko (wzrostu cen o 0,8% w ujęciu kwartalnym) racjonalnie działający wykonawca uwzględnić będzie musiał w ofercie, **wiedząc że realizacja potrwa 55 miesięcy**.

Stąd mając na uwadze powyższe rozważania – przy założeniu zachowania zasadniczego mechanizmu waloryzacji przewidzianego przez Zamawiającego Odwołujący wnosi co najmniej o obniżenie progu, od którego zadziałać mogłaby waloryzacja – do progu realnego, prawdopodobnego i racjonalnie rozdzielającego ryzyka między stronami umowy, tj. 0,2%. Podkreślenia bowiem wymaga, że jeśli nawet w ostatnich latach przedmiotowy wskaźnik osiągał 0,8% lub więcej, to następowało to w wyjątkowych czasach pandemii i wojny, które wpłynęły w sposób wyjątkowy na poziom cen na rynku. W ocenie Odwołującego nie można zakładać, że taki poziom wzrostu będzie występował przez cały czas, nie ma zatem uzasadnienia dla wprowadzania do umowy poziomu wskaźnika z wyjątkowych czasów pandemii lub wojny.

Odnosząc się do dalszej części zarzutu dot. klauzuli waloryzacyjnej Odwołujący wskazuje również, że nieracjonalny i powodujący dodatkowy limit i przerzucenie ryzyk na wykonawcę stanowi przewidziany w § 19 ust. 10 pkt. 6) wzoru umowy sposób obliczania waloryzacji, tj. oraz wymaganie przemnożenia go przez połowę średniej arytmetycznej wskaźników obliczonej

zgodnie z pkt 5) powyżej. Wydaje się, że Zamawiający chciał wprowadzić w ten sposób rozdzielenie na połowę ryzyk finansowych wzrostów cen. Byłoby to może racjonalne przy założeniu, że nie stosujemy żadnego początkowego limitu działania waloryzacji. Jednak przyjmując, że i tak po stronie wykonawcy jest wzrost wskaźnika o 0,8% (aktualnie), to dodatkowe jeszcze umniejszanie wzrostu wynagrodzenia jest nieadekwatne i ponownie – stanowi tylko i wyłącznie o pozorności zastosowania tej klauzuli.

Odwołujący kwestionuje również zastosowaną przez Zamawiającego w § 19 ust. 10 pkt. 7) wzoru umowy maksymalną wartość zmian wynagrodzenia będącą wynikiem waloryzacji na poziomie 7% wynagrodzenia brutto. Taki limit ponownie – stanowi ograniczenie możliwości rekompensaty przez Wykonawcę wzrostów cen w prawie 5 letnim okresie realizacji Umowy.

Należy zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, że „mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia”.

Z kolei Prokuratoria Generalna Rzeczypospolitej Polskiej w wydanym opracowaniu dotyczącym Zmiany umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) wskazuje, że „Przesłanki związane ze zmianą cen, nieprzewidywalnością tej zmiany, a także rentownością kontraktów mogą bowiem mieć charakter uniwersalny dla pewnego rodzaju kontraktów (a także sytuacji stron tych kontraktów). Przesłanki te opierają się bowiem na obserwacjach procesów rynkowych, które mogą być uogólniane. W szczególności dotyczyć to może określenia rozmiaru zachodzących zmian, ich gwałtowności, relacji zmian do występujących na rynku trendów, marż występujących w umowach danego rodzaju, zakresu strat wykonawcy oraz konsekwencji tych ustaleń dla klasyfikacji zmian jako nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych. Skala okoliczności uzasadniających zmianę umowy i typowość ich wpływu na kontrakty danego rodzaju (np. łańcuch dostaw, ceny surowców) może powodować, że nie zaistnieje konieczność szczegółowego badania, czy wnioski prawdziwe dla wielu przypadków (kontraktów) będą prawdziwe dla rozpatrywanego przypadku, o takich samych cechach”.

Biorąc pod uwagę powyższe zauważyć należy, że Ministerstwo Infrastruktury mając na uwadze świadomość rosnących cen, na podstawie przeprowadzonych w Ministerstwie analiz i w wyniku ustaleń z branżą wykonawczą, podwyższyło obecnie limit waloryzacji dla kontraktów zawartych z GDDKiA do 10% wartości kontraktu (wcześniej było to maksymalnie 5%). Zdaniem Ministerstwa „wyższy limit waloryzacji pozwoli na ustabilizowanie rynku budowlanego i pozytywnie wpłynie na tempo realizacji kontraktów, a także zniweluje zagrożenie dla ciągłości prac budowlanych” (źródło: <https://www.gov.pl/web/gddkia/waloryzacja-a-zmiany-cen-na-ryнку---nowe-dane17>) – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad – 22.09.2022r.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 06 lipca 2022r. Sygn. Akt: KIO 1564/22, KIO 1583/22 uwzględniła odwołanie wykonawcy w zakresie zarzutu dotyczącego maksymalnej łącznej wartości zmian wynagrodzenia z tytułu waloryzacji i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia przez zmianę projektu umowy przez podwyższenie limitu w nim określonego do 10%. Izba oceniła, że propozycję Odwołującego (podwyższenia limitu do 10%) należy uznać za racjonalną i wyważoną zwłaszcza w kontekście aktualnej sytuacji gospodarczej w kraju i na świecie.

Prace stanowiące m.in. przedmiot niniejszej umowy opierają się na podobnych jak w przypadku GDDKiA elementach cenotwórczych, wpływających na ostateczny bilans kosztowy kontraktu, takich jak: paliwa, cement, stal, kruszywa. W obecnych realiach rynkowych określony przez Zamawiającego limit zmian wynagrodzenia może być niewystarczający dla zminimalizowania skutków rynkowych czynników niezależnych dla obu stron Umowy. Odwołujący rozważał –

również w oparciu o powyższe dane – jaki mógłby być racjonalny poziom limitu waloryzacji dla przedmiotowego kontraktu. **Ustalenie go bowiem nawet na poziomie 10% może nie być wystarczające, mając na względzie rzeczywistą sytuację rynkową.** Odwołujący wskazuje, że w sytuacji, w której ostatnie dane o wskaźnikach zmian cen produkcji budowlano-montażowej w porównaniu z analogicznym miesiącem poprzedniego roku określają wzrosty cen rok do roku wynoszące **14,7%** (wrzesień 2021r. do września 2022r.), zastosowanie maksymalnego progu wynoszącego 7%, a nawet 10% wynagrodzenia może się okazać niewystarczające i tworzyć będzie po stronie Odwołującego dodatkowe ryzyko w przypadku, gdy nastąpi jeszcze większa dynamika wzrostu cen, prowadząc do osiągnięcia limitu zmiany wynagrodzenia. Wówczas całe ryzyko, związane z ponadnormatywną zmianą cen na rynku, która jest niezależna od Odwołującego czy Zamawiającego, przypadać będzie wyłącznie Odwołującemu.

Zważywszy powyższe, uwzględniając warunki realizacji przedmiotowego kontraktu i czas jego trwania Wykonawca proponuje zwiększenie limitu waloryzacji wynagrodzenia do 15% wynagrodzenia umownego brutto i propozycja ta wydaje się być racjonalną i odpowiadającą warunkom rynkowym.

Zbliżając się do końca Odwołujący zwraca uwagę jeszcze na dwie kwestie w klauzuli waloryzacyjnej, które powinny zostać zmienione. Po pierwsze - w § 19 ust. 10 pkt. 9) wzoru umowy Zamawiający wprowadził postanowienia przerzucające na Wykonawcę jeszcze dalsze ryzyka ekonomiczne realizacji umowy, w stopniu sprzecznym z założeniami przepisów wymagających wprowadzenie do umowy o zamówienie publiczne klauzuli waloryzacyjnej. Kwestionowanym przez Odwołującego postanowieniem umownym Zamawiający „*zastrzega sobie możliwość zawarcia aneksu do umowy w przypadku zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy, po zabezpieczeniu środków finansowych. (...)*”, co oznacza że Wykonawca pozostawać będzie w niepewności czy i kiedy otrzyma należne mu wynagrodzenie. Mając na uwadze wszelkie powyższe rozważania dotyczące klauzuli waloryzacyjnej i jej sensu i celu, nieracjonalne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego jest przerzucanie na wykonawcę ryzyka związanego z nie zabezpieczeniem środków przez zamawiającego w budżecie na pokrycie wynagrodzenia wykonawcy. Stąd Wykonawca stoi na stanowisku o konieczności usunięcia tego naruszającego postanowienia z warunków umowy.

Ponadto tworząc klauzulę waloryzacyjną Zamawiający w § 19 ust. 10 pkt. 10) wzoru umowy przewidział postanowienia stanowiące dodatkowy przywilej, sprzeczny z art. 432 ustawy Pzp oraz z innymi postanowieniami wzoru umowy (np. § 23 ust. 5 wzoru umowy). Postanowienie to umożliwia Zamawiającemu wprowadzenie jednostronnej zmiany w zakresie wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy dla zmian polegających na wzroście wynagrodzenia wykonawcy konieczne jest zawarcie aneksu pod rygorem nieważności. Wprowadzenie przedmiotowego postanowienia do wzoru umowy stanowi nadużycie uprawnień Zamawiającego do kształtowania warunków umownych i rodzi obawy o jego nadużywanie. Takie sformułowanie nie powinno zasługiwać na ochronę i Odwołujący wnosi również o jego usunięcie z postanowień wzoru umowy, by zachować równość stron i zgodność z przepisami prawa.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Podpisany certyfikatem wystawionym dla Magdalena Marciniak (Certyfikat kwalifikowany). Utworzony w dniu: 2022-10-27 14:12:13 +0200

Magdalena Marciniak
radca prawny

Załączniki:

1. pełnomocnictwo

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