

WYROK**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 października 2024 roku przez Odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. (Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu (ul. Prosta 32, 87-100 Toruń)

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. (Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa) i
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. (Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego,
- 3.2. zasądza od Odwołującego Balzola Polska sp. z o.o. (Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa) na rzecz Zamawiającego Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu (ul. Prosta 32, 87-100 Toruń) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sgn. akt: KIO 3659/24**UZASADNIENIE**

Zamawiający Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: "Budowa i rozbudowa budynku Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu wraz z instalacjami, urządzeniami, małą architekturą i podziemnym zbiornikiem retencyjnym na wody opadowe".

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 30 września 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 190/2024 585359-2024.

Odwołujący Balzola Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 134 pkt 6 w zw. z art. 436 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w §3 ust 1 pkt 1 i 2 terminu wykonania zamówienia podstawowego i objętego prawem opcji odpowiednio jako:

- (...) dla zakresu podstawowego - w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 5 grudnia 2025 roku;

- dla zakresu prawa opcji - w terminie 12 miesięcy od dnia zakończenia robót wchodzących w zakres podstawowy, jednak nie później niż do dnia 30 listopada 2027 r.(...)

co stanowi o określeniu planowanego terminu wykonania zamówienia datą kalendarzową (odpowiednio 5.12.2025 i 30.11.2027r.) bez wskazania obiektywnej przyczyny podczas gdy zgodnie ze wskazanym przepisem planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną;

aruszenie art. 433 pkt 3, 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353¹ i 647 KC poprzez określenie w §3 ust. 1 i 3 projektu umowy, że przez zakończenie robót wchodzących w zakres zamówienia podstawowego strony rozumieją podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz, że przedmiot umowy uznaje się za wykonany z dniem podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego robót, potwierdzającego ukończenie wszystkich robót wchodzących w zakres realizacji zamówienia podczas gdy datą wykonania zobowiązań wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest data zakończenia robót i zgłoszenia gotowości do odbioru, potwierdzone protokołem odbioru, który ma charakter pokwitowania spełnienia świadczenia w rozumieniu art. 462 kc, ale nie może stanowić o dacie wykonania zobowiązań umownych przez wykonawcę.

naruszenie art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 w zw. z art. 353(1) kc i 358(1) kc poprzez wprowadzenie w umowie klauzuli waloryzacyjnej nie

awierającej wszystkich elementów wymaganych zgodnie z art. 439 ust 2

stawy Prawo zamówień publicznych oraz wprowadzenie w niej dodatkowych, nie przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych wymagań jak też zastrzeżenie, że ma mieć ona zastosowanie w sytuacji wzrostu kosztów wykonania niemożliwych do przewidzenia na etapie składania oferty, w sytuacji gdy art. 439 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada obowiązek wprowadzenia w umowie o roboty budowlane zawartej na okres dłuższy niż 6 miesięcy postanowień dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów i kosztów związanych z realizacją a ust. 4 precyzuje, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się odpowiednio wzrost cen lub kosztów albo ich obniżenie względem cen lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia, tj.:

(i) nie określenie wskaźnika w oparciu o który ustalany będzie minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, uprawniający Wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia, który zgodnie z projektem umowy wynosi 10 % w stosunku do cen lub kosztów z miesiąca, w którym rozpoczęto realizację prac;

(ii) uzależnienie dokonania waloryzacji zwiększającej wynagrodzenie (ale nie zmniejszającej) od „(...) bezspornego wykazania Zamawiającemu, że wzrost wskaźnika, o którym mowa w pkt 4, ma wpływ na zmianę cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, będących podstawą opracowania przez Wykonawcę złożonej przez niego oferty (...) oraz „(...) przedstawienia środków dowodowych, w szczególności: kosztorysu ofertowego wraz z kalkulacjami szczegółowymi cen jednostkowych, ofert i faktur dostawców lub podwykonawców, na podstawie, których

wykonawca obliczył cenę oferty, informacji, czy wykonawca badał rynek w celu znalezienia innych, tańszych dostawców lub podwykonawców, uzasadnienia, dlaczego wykonawca nie mógł materiałów i urządzeń objętych wnioskiem o zmianę zamówić wcześniej i zagwarantować sobie ich ceny, kupić wcześniej i składować, itp." oraz przedstawienia do wniosku o waloryzację dokumentów „(...) potwierdzających rzeczywiste poniesienie poszczególnych kosztów w ramach realizacji zamówienia"

- naruszenie art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie w §7 ust. 2 i 4 lit e) umowy, że (i) warunkiem zapłaty faktury częściowej za odebrane roboty budowlane będzie przedstawienie przez Wykonawcę Zamawiającemu dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót, oraz, że (ii) W przypadku, gdy prace będą wykonywane z udziałem podwykonawców podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury końcowej będą dodatkowo oryginał oświadczenia podwykonawcy o otrzymaniu od Wykonawcy wynagrodzenia za wskazany na fakturze podwykonawcy zakres prac, podczas gdy:

przedstawienie dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców może warunkować drugiej i następnej części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty; zapłata części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy może być uwarunkowana przedstawieniem dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców

- naruszenie art. 8 w zw. z art. 5 kc, art. 353(1) kc, 647 kc poprzez

wprowadzenie do §7 ust. 10 projektu umowy postanowień, w których Zamawiający zastrzega płatność do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowy, podczas gdy obowiązek zapłaty za wykonane roboty aktualizuje się w związku z wykonaniem robót.

- ewentualnie naruszenie 99 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie płatności do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowy bez wskazania wysokości tych środków.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- w zakresie zarzutu nr I.1 - zmianę w §3 ust. 1 pkt 1 i 2 umowy w ten sposób, że:

- (...) dla zakresu podstawowego - w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy;

- dla zakresu prawa opcji - w terminie 12 miesięcy od dnia zakończenia robót wchodzących w zakres podstawowy,

- w zakresie zarzutu I.2 zmianę w §3 ust 1 zdanie ostatnie i nadanie mu brzmienia „Przez zakończenie robót wchodzących w zakres podstawowy zamówienia strony rozumieją datę zgłoszenia gotowości do odbioru potwierdzonej w przez Zamawiającego w protokole odbioru końcowego robót" oraz §3 ust 3 „Strony uzgadniają, iż przedmiot umowy uznaje się za wykonany z dniem zgłoszenia gotowości do odbioru potwierdzonego w protokole odbioru końcowego"

- w zakresie zarzutu I.3:

zmianę w §6 ust 3 pkt 1) Umowy poprzez dopisanie, że minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związany z realizacją przedmiotu umowy mierzony ma być wskaźnikiem wzrostu cen produkcji budowlano - montażowej jak też odwołujący postuluje obniżenie jego poziomu,

usunięcie §6 ust 3 pkt 7 i 8 umowy

- w zakresie zarzutu I.4 zmianę w §7 ust. 2 i 4 lit e) umowy i nadanie im następującego brzmienia: „warunkiem zapłaty drugiej i kolejnej faktury częściowej za odebrane roboty budowlane będzie przedstawienie przez Wykonawcę Zamawiającemu dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót"

- usunięcie §7 ust 4 lit e)

- w zakresie zarzutu I.5 usunięcie §7 ust. 10 umowy ewentualnie określenie środki w jakiej wysokości w poszczególnych latach zamawiający zamierza przeznaczyć na zapłatę wynagrodzenia wykonawcy.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 134 pkt 6 w związku z art. 436 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w § 3 ust 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy terminu wykonania zamówienia podstawowego i objętego prawem opcji odpowiednio jako

- (...) dla zakresu podstawowego - w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 5 grudnia 2025 roku;

- dla zakresu prawa opcji - w terminie 12 miesięcy od dnia zakończenia robót wchodzących w zakres podstawowy, jednak nie później niż do dnia 30 listopada 2027 r.(...)

co zdaniem Odwołującego stanowi o określeniu planowanego terminu wykonania zamówienia datą kalendarzową (odpowiednio 05.12.2025 r. i 30.11.2027 r.), bez wskazania obiektywnej przyczyny, podczas gdy zgodnie ze wskazanym przepisem planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Powyższy zarzut nie jest zasadny.

Zamawiający we wzorze umowy określił termin realizacji zamówienia: „(...) dla zakresu podstawowego - w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania umowy, jednak nie później niż do dnia 5 grudnia 2025 roku;

- dla zakresu prawa opcji - w terminie 12 miesięcy od dnia zakończenia robót wchodzących w zakres podstawowy, jednak nie później niż do dnia 30 listopada 2027 r.(...)"

Zamawiający wyjaśnił, że: „W przedmiotowym postępowaniu przyczyną określenia przez Zamawiającego terminów realizacji prac w sposób zakwestionowany przez Odwołującą było źródło finansowania inwestycji, którym jest Program Modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Ochrony Państwa w latach 2022-2025 ustanowiony ustawą z dnia 17 grudnia 2021 r. o ustanowieniu "Programu modernizacji Policji, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Ochrony Państwa w latach 2022-2025", o ustanowieniu "Programu modernizacji Służby Więziennej w latach 2022-2025" oraz o zmianie ustawy o Policji i niektórych innych ustaw (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 86). Realizację ww. programu przewidziano na lata 2022-2025 wobec czego Zamawiający winien środki finansowe przeznaczone na realizację przedmiotu zamówienia wydatkować do 31 grudnia 2025 r. Mając na uwadze przewidzianą w projekcie umowy procedurę odbiorczą i możliwość wielokrotnego przystępowania do odbioru prac, które pomimo zgłoszenia ich do odbioru okazały się nieukończone lub wykonane wadliwie Zamawiający ustalił dla gwarantowanej części zamówienia termin realizacji nie dłuższy niż do 5 grudnia 2025 r. Tak określony termin końcowy pozwala Zamawiającemu w trzech ostatnich tygodniach grudnia 2025 r. przeprowadzić czynności odbiorowe oraz uzyskać i zweryfikować dokumenty wymagane do rozliczenia faktury końcowej za roboty wchodzące w zakres podstawowy zamówienia."

Zamawiający określił termin zgodnie z wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych – w miesiącach. Niezależnie przedstawił uzasadnioną potrzebę określenia terminu końcową datą dzienną. Trudno zaprzeczyć, aby sztywne ramy finansowe i terminowe narzucone Zamawiającemu nie stanowiły uzasadnionej potrzeby określenia terminu datą dzienną. Zamawiający nie naruszył zatem art. 134 pkt 6 w związku z art. 436 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych.

bezzasadny został uznany zarzut naruszenia art. 433 pkt 3, 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 353¹ i 647 Kodeksu cywilnego, poprzez określenie w § 3 ust. 1 i 3 wzoru umowy, że przez zakończenie robót wchodzących w zakres zamówienia podstawowego strony rozumieją podpisanie protokołu odbioru końcowego oraz że przedmiot umowy uznaje się za wykonany z dniem podpisania przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego robót, potwierdzającego ukończenie wszystkich robót wchodzących w zakres realizacji zamówienia, podczas gdy datą wykonania zobowiązań wykonawcy z umowy o roboty budowlane jest data zakończenia robót i zgłoszenia gotowości do odbioru, potwierdzone protokołem odbioru, który ma charakter pokwitowania spełnienia świadczenia w rozumieniu art. 462 Kodeksu cywilnego, ale nie może stanowić o dacie wykonania zobowiązań umownych przez wykonawcę.

ak jest naruszenia przepisów prawa w sformułowanych przez Zamawiającego postanowieniach umownych, w tym w odniesieniu do określenia rozumienia zakończenia robót wchodzących w zakres zamówienia podstawowego oraz zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego wykonawca zobowiązuje się do oddania przedmiotu umowy, to okoliczność, czy wykonawca wykonał przedmiot umowy zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, może zostać stwierdzona dopiero po przeprowadzeniu odbioru zakończonego podpisaniem protokołu odbioru. Gdyby uznać argumentację Odwołującego, Zamawiający zostałby narażony na ryzyko tego, że zgłoszono wykonanie robót, pomimo tego, że roboty nie zostały wykonane w całości lub zostały wykonane niezgodnie z projektem.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym: „Rację ma Odwołująca, że pomiędzy momentem zgłoszenia gotowości robót do odbioru a dniem podpisania przez strony (w tym Zamawiającego) protokołu odbioru końcowego może upłynąć pewien czas jednakże nie oznacza to, że zakwestionowany zapis narusza prawo. Zauważyć należy, że o tym kiedy w rzeczywistości doszło do ukończenia robót budowlanych decydować będą zawsze okoliczności faktyczne sprawy i może to być moment różny nie tylko od tego, w którym doszło do podpisania protokołu odbioru końcowego ale również inny niż data zgłoszenia robót do odbioru przez Wykonawcę. Tym samym to treść umowy o roboty budowlane winna określać moment, w którym świadczenie Wykonawcy uznaje się za spełnione.”

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego w zakresie braku wykazania przez Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ Kodeksu cywilnego: „do stwierdzenia takiego naruszenia konieczne jest wykazanie przez Odwołującą, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub właściwością stosunku lub zasadami współzycia społecznego. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do stwierdzenia, że sporne postanowienie przyszłej umowy jest sprzeczne z przepisami. Odwołująca nie wykazała również, na czym polega rzekoma sprzeczność tych postanowień z właściwością stosunku, rozumianą jako istota przyszłego zobowiązania stron i jego swoiste cechy, a w ocenie Zamawiającego określone przez niego umowne zasady odbioru robót w żadnej mierze natury tego stosunku zobowiązaniowego nie zmieniają. Nie wiadomo także, jakie zasady współzycia społecznego miałyby zostać naruszone, gdyż Odwołująca nie wskazała żadnej z tych zasad, która doznawałaby uszczerbku.

Zamawiający podnosi, iż z orzecznictwa KIO wynika, że nie jest uzasadnione powoływanie się na art. 353¹ kc tylko w celu doprowadzenia do nadania SWZ brzmienia korzystniejszego dla Wykonawcy, gdy projektowane postanowienia umowy z różnych względów go nie satysfakcjonują, choć nie są sprzeczne ani z naturą stosunku lub z zasadami współzycia społecznego.”

Odwołujący nie wykazał zatem, aby formułując postanowienia umowy, Zamawiający naruszył jakiegokolwiek przepis prawa.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 439 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 8 w związku z art. 353¹ i 358¹ Kodeksu cywilnego, poprzez wprowadzenie w umowie klauzuli waloryzacyjnej nie zawierającej wszystkich elementów wymaganych zgodnie z art. 439 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wprowadzenie w niej dodatkowych, nie przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych wymagań.

Jak doprecyzował w trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący, w postanowieniach § 6 ust. 3 pkt 1) wzoru umowy brakuje odniesienia do wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej.

Należy zauważyć, że § 6 ust. 3 pkt 4) wzoru umowy zawiera postanowienie, zgodnie z którym: „poziom zmiany wynagrodzenia ustalony zostanie z użyciem wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowej, ustalanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w formie Komunikatu i ogłaszany Dzienniku Urzędowym Głównego Urzędu Statystycznego (zwanego dalej „Wskaźnikiem”) (...)”.

Oznacza to, że w treści wzoru umowy Zamawiający określił poziom zmiany wynagrodzenia (wskaźnik), zatem wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie jest tak, że klauzula waloryzacyjna nie zawiera wszystkich elementów wymaganych zgodnie z art. 439 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro zmiana cen miałaby zostać dokonana z użyciem tego wskaźnika, to wskaźnik ten stanowi podstawę do stwierdzenia, czy klauzula waloryzacyjna może zostać zastosowana.

Odwołujący nie wykazał również, aby wprowadzone do wzoru umowy postanowienia opisane w § 6 ust. 3 pkt 7 i 8 były niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy, przewidując w postanowieniach umownych procedurę określającą, w jaki sposób będzie dokonywana ustalenie, czy powinna nastąpić waloryzacja. Procedura ma na celu wykazanie, czy faktycznie zaszły okoliczności, przesądzające o tym, że wynagrodzenie wykonawcy powinno zostać zwaloryzowane. Powyższe postanowienia umowne stanowią także formę zabezpieczenia Zamawiającego.

Nie jest także zasadny zarzut naruszenia art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie w § 7 ust. 2 i 4 lit. e) wzoru umowy, że (i) warunkiem zapłaty faktury częściowej za odebrane roboty budowlane będzie przedstawienie przez Wykonawcę Zamawiającemu dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom biorącym udział w realizacji odebranych robót, oraz, że (ii) w przypadku, gdy prace będą wykonywane z udziałem podwykonawców podstawą do wystawienia przez Wykonawcę faktury końcowej będą dodatkowo oryginał oświadczenia podwykonawcy o otrzymaniu od Wykonawcy wynagrodzenia za wskazany na fakturze podwykonawcy zakres prac, podczas gdy:

1) przedstawienie dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców może warunkować drugiej i następnej części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty;

2) zapłata części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy może być uwarunkowana przedstawieniem dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Zamawiający nie naruszył art. 447 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten ma zastosowanie do zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, co w niniejszym

postępowaniu nie ma miejsca. Jak wskazano powyżej, Zamawiający przewidział termin realizacji umowy jako 12 miesięcy, nie dłużej niż do 5 grudnia 2025 roku. Zastrzeżenie terminu – nie dłużej niż do 5 grudnia 2025 roku może prowadzić jedynie do skrócenia terminu realizacji umowy względem terminu określonego jako 12 miesięcy. Nie oznacza to natomiast możliwości wydłużenia terminu realizacji na czas dłuższy niż 12 miesięcy. Skoro zatem zastrzeżenia przewidziane we wskazanym artykule dotyczą zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, a w niniejszym postępowaniu przewidziany został termin nie dłuższy niż 12 miesięcy, to zastrzeżenia te nie mają zastosowania dla niniejszego postępowania.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 w związku z art. 5, art. 353¹, art. 647 Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do § 7 ust. 10 wzoru umowy postanowień, w których Zamawiający zastrzega płatność do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowym, podczas gdy obowiązek zapłaty za wykonane roboty aktualizuje się w związku z wykonaniem robót. Ewentualnie naruszenie art. 99 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie płatności do wysokości posiadanych środków finansowych w danym roku budżetowym bez wskazania wysokości tych środków.

Po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego, Odwołujący wyjaśnił na posiedzeniu z udziałem stron i na rozprawie, że wobec wyjaśnień Zamawiającego aktualny pozostaje zarzut ewentualny.

Zarzut określony przez Odwołującego jako ewentualny został uznany za bezzasadny.

Rozpoznając powyższy zarzut należy mieć na uwadze całokształt okoliczności w niniejszej sprawie, w szczególności okoliczność, że realizacja prac w niniejszym postępowaniu, biorąc pod uwagę procedurę udzielenia zamówienia publicznego, będzie miała miejsce przede wszystkim w 2025 roku. Jak wyjaśnił Zamawiający, nie uchyla się od dokonania płatności zgodnie z procedurami przewidzianymi we wzorze umowy. Tym bardziej, że w tej szczególnej sytuacji płatność może nastąpić na przełomie 2024/2025 roku lub w 2025 roku. Biorąc powyższe okoliczności pod uwagę, brak jest konieczności wskazywania wysokości środków w każdym roku budżetowym.

Nie sposób uznać, aby Zamawiający naruszył art. 99 ust 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten ma zastosowanie do niejasnych postanowień SWZ, co w niniejszym postępowaniu nie ma miejsca.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....