Sygn. akt: KIO 4371/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 5 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

na posiedzeniu bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 5 grudnia 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 listopada 2024 r. przez odwołujacego: **STRABAG Sp. z o.o. ul. z/s w Pruszkowie** (Parzniewska 10, 05800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Warmińsko Mazurskie Centrum Chorób Płuc w Olsztynie z/s w Olsztynie** (ul. Jagiellońska 78, 10-357 Olsztyn),

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. ul. z/s w Pruszkowie** (Parzniewska 10, 05800 Pruszków) kwoty **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

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.

……

Sygn. akt: 4371/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2024r. przez wykonawcę: STRABAG Sp. z o.o. ul. z/s w Pruszkowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Warmińsko Mazurskie Centrum Chorób Płuc w Olsztynie z/s w Olsztynie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Wykonanie robót budowlanych na terenie Warmińsko-Mazurskiego Centrum Chorób Płuc w Olsztynie w ramach inwestycji pn. „Wzrost dostępności do pogłębionych badań diagnostycznych oraz leczenia onkologicznego, poprzez przyrost powierzchni użytkowej Centrum i doposażenie"". Nr ref.: SZP.2422.57.2024 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.11.2024 r. pod numerem 688578-2024.

Odwołujący podał: (...) wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego, podjętą w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niezgodna z przepisami czynność polega na ustaleniu Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności Załącznika nr 11 do SWZ – Projekt umowy (projekt umowy), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I.Zarzuty:

I.1.Odwołujący stawia Zamawiającemu następujące zarzuty: TERMINY REALIZACJI OKREŚLONY DATAMI DZIENNYMI

1) naruszenie art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, art. 432 ustawy Pzp, art. 436 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp poprzez wskazanie w SWZ (rozdział VII) i w projekcie umowy (§ 4) terminów realizacji przedmiotu umowy w sposób sprzeczny z wymaganiami ustawy Pzp, tj. poprzez wskazanie dat dziennych na wykonanie poszczególnych Zadań w ramach wykonania przedmiotu Umowy. Zamawiający ogólnie odwołał się do zasad wynikających z umowy o dofinansowanie jednak nie wykazał, jakie to są zasady i w związku z tym nie wykazał obiektywnej przyczyny, że zachodzi konieczność określenia terminu wykonania poprzez wskazanie daty dziennej. Powyższe ocenione powinno zostać jako naruszenie uprawnień Zamawiającego do kształtowania postanowień umowy;

NIEJEDNOZNACZNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE OKREŚLENIA OD KOŃCOWEGO W PRZYPADKU REALIZACJI WIĘCEJ NIŻ JEDNEGO ZADANIA

2)naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2Pzp oraz art. 647 kc, art. 3531, art., 354 § 2 kc oraz art. 5 k.c, gdyż:

(i)z treści SWZ i projektu umowy nie wynika jednoznacznie jak będzie wyglądał odbiór przedmiotu umowy w przypadku, gdy przedmiot Umowy (zamówienia) będzie obejmował realizację trzech zadań. Zamawiający w § 7 ust. 1 projektu umowy założył przeprowadzenie jednego odbioru końcowego i w takim wypadku nie wiadomo jak będzie wyglądało potwierdzenie wykonania (odbiór) poszczególnych zadań, z których każdy ma mieć inny termin realizacji.

(ii)z treści SWZ i projektu umowy nie wiadomo jak kara umowna wskazana w § 9 ust. 1 pkt 1 projektu umowy jest naliczana w przypadku realizacji więcej niż jednego Zadania – czy naliczana jest w przypadku niedotrzymania terminu ostatniego Zadania czy osobno dla każdego Zadania, czy liczona jest od wynagrodzenia dla całości przedmiotu umowy

obejmującego wszystkie Zadania czy też liczona jest od wynagrodzenia dla Zadania, którego termin nie został dotrzymany.

ODBIÓR BEZUSTERKOWY

3) naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez zawarcie w treści wzoru umowy (§ 7 ust. 7, 8, 11 projektu umowy) zapisów, które wskazują na odbiór bezusterkowy oraz uzależnienie wystawienia faktury końcowej od bezusterkowego odbioru robót, gdyż:

(i) zgodnie z § 7 ust. 11 projektu umowy Zamawiający może odmówić odbioru końcowego w przypadku każdej niezgodności z przedmiotem zamówienia nawet jeżeli niezgodność ma charakter nieistotny

(ii) brak jednoznacznego wskazania, że w przypadku stwierdzenia jedynie wad nieistotnych dojdzie do odbioru końcowego (§ 7 ust. 7 pkt 1 projektu umowy) a zgłoszenie usunięcia wad i podpisanie protokołu bezusterkowego (§ 7 ust. 8 projektu umowy) dotyczy tylko potwierdzenia usunięcia wad odbiorowych i nie stanowi odbioru końcowego.

POTRAKTOWANIE WYNAGRODZENIA JAKO ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

4) naruszenie art. 450 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 452 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc poprzez potraktowanie wynagrodzenia wykonawcy jako zabezpieczenia należytego wykonania umowy i tym samym naruszenie prawa wykonawcy do wyboru formy zabezpieczenia oraz naruszenie maksymalnej wysokości zabezpieczenia gdyż

Zgodnie z § 6 ust. 7 projektu umowy Zamawiający uzależnił możliwość wystawienia faktury końcowej od bezusterkowego odbioru końcowego co powoduje, że :

(i)zamawiający pomimo spełnienia przez Wykonawcę świadczenia wzajemnego z umowy o roboty budowlane (wykonanie obiektu) co następuje z chwilą odbioru końcowego nie będzie mógł otrzymać w całości należnego mu wynagrodzenia;

(ii)przesunięcie momentu wystawienia faktury końcowej do chwili usunięcia wszystkich wad odbiorowych oznacza w istocie, że Zamawiający traktuje wynagrodzenie objęte fakturą końcową jako zabezpieczenie prawidłowości usuwania wad odbiorowych;

(iii)powyższe skutkuje naruszeniem prawa wykonawcy do wyboru formy zabezpieczenia jak również skutkuje przekroczeniem limitu wysokości zabezpieczenia jakiego może żądać zamawiający

ZDUBLOWANIE KAR UMOWNYCH

5)naruszenie art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kc, art. 3531 kc w zw. § 9 ust. 1 pkt 4), 5), 8), 9), 11), 12), 13) i 14) projektu umowy poprzez ustalenie dwa razy kary umownej za to samo naruszenie obowiązków gdyż:

(i)kara za każdy stwierdzony przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom przewidziana w pkt 4) dubluje się karą przewidzianą w pkt 11)

(ii)kara za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany przewidziana w pkt 5) dubluje się z karą przewidzianą 12)

(iii)kara za każdy stwierdzony przypadek nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany przewidziana w pkt 8) dubluje się karą przewidzianą w pkt 13)

(iv)kara za każdy stwierdzony przypadek niedokonania zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty przewidziana w pkt 9) dubluje się z karą przewidzianą w pkt 14)

POZORNA WALORYZACJA

6) naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kc i art. 5 kc w zw. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez: sformułowanie § 6 ust. 23 projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia poprzez nieprawidłowe określenie wskaźników gdyż:

(i)Zamawiający przewiduje waloryzację po upływie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy podczas gdy brzmienie art. 439 ust. 1 Pzp zakłada, że umowy zawarte na okres dłuższy niż 6 miesięcy, powinny zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, tym samym wskazuje, że waloryzacja powinna odbyć się po okresie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy.

(ii)Postanowienie umowy zawierają nierealny i wygórowany poziom zmiany cen jako wymagany dla uruchomienia waloryzacji

(iii)Wskazywany w projekcie umowy Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. inflacja) (dalej: Wskaźnik CPI) nie jest miarodajnym dla określania wzrostów cen w budownictwie

(iv)Pomimo tego, że waloryzacja jest aktywowana poprzez odesłanie do wskaźnika zmiany cen, który to potwierdza, że ceny rynkowe uległy zmianie, Zamawiający oczekuje dodatkowego wykazania (udokumentowania) wpływu zmian wskaźnika cen (?) na ceny materiałów lub kosztów w stosunku do cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty, a tym samym na koszty wykonania zamówienia.

II. Wnioski:

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany SWZ, Projektu umowy w sposób określony poniżej. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że:

−zaproponowana przez niego treść zmienionych postanowień SWZ, Projektu umowy stanowią wyłącznie kierunek zmian, które Odwołujący uznaje za adekwatne do podnoszonych zarzutów, bowiem gospodarzem postępowania jest Zamawiający;

−Odwołujący wnosi o dokonanie zmian zgodnych z zarzutami i kierunkiem określonym we wnioskach niniejszego odwołania we wszystkich dokumentach zamówienia, tj. SWZ, i Projekcie umowy

TERMINY REALIZACJI OKREŚLONY DATAMI DZIENNYMI

1) w zakresie zarzutu dotyczącego wskazania daty dziennej na wykonanie przedmiotu Umowy (poszczególnych zadań):

a) zmianę terminów realizacji Zadań ze wskazania dat kalendarzowych na czas realizacji w miesiącach liczonych od dnia następującego po podpisaniu Umowy,

Proponowane brzmienie § 2 Projektu umowy

Wykonawca jest zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy w terminie:

dla Zadania nr 1 – nie później niż do 31.05.2026 roku 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

dla Zadania nr 2 – nie później niż do 30.04.2026 roku,14 miesięcy od dnia zawarcia Umowy

dla Zadania nr 3 – nie później niż do 31.03.2026 roku. 13 miesięcy od dnia zawarcia Umowy

Proponowane brzmienie pkt VII SWZ Termin realizacji zamówienia:

1) dla Zadania nr 1 – nie później niż do 31.05.2026 roku,15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, 2) dla Zadania nr 2 – nie później niż do 30.04.2026 roku, 14 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

3) dla Zadania nr 3 – nie później niż do 31.03.2026 roku. 13 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,

NIEJEDNOZNACZNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE OKREŚLENIA ODBIORU KOŃCOW PRZYPADKU REALIZACJI WIĘCEJ NIŻ JEDNEGO ZADANIA

2)zmodyfikowanie projektu umowy tak aby:

a)odbiór końcowy odbywał się po wykonaniu ostatniego z Zadań tj. Zadania 1

b)dochodziło do odbioru częściowego przedmiotu zamówienia lub potwierdzenia w innej formie, że doszło do wykonania wcześniejszych zadań tj. Zadania 2 i 3

Proponowane brzmienie § 7 ust. 1 Projektu umowy

1. Zamawiający przewiduje jeden odbiór końcowy po wykonaniu Zadania 1. Zamawiający osobnymi odbiorami częściowymi potwierdzi wykonanie Zadania 2 i Zadania 3.

Powiązane z powyższym zmodyfikowanie § 9 ust. 1 pkt 1 projektu umowy tak aby było wiadomo jak kara jest naliczana względem poszczególnych Zadań oraz aby liczona była nie od całości wynagrodzenia ale od wynagrodzenia dla danego Zadania. Proponowane brzmienie § 9 ust. 1 pkt 1 Projektu umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1) za zwłokę w wykonaniu robót Zadania 1 wskazanych wskazanego w § 1 ust. 2 w terminie określonym w § 2 ust. 1 w wysokości 0,03 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy dla Zadania 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki oraz karę umową w wykonaniu Zadania 2 i Zadania 3 wskazanych w § 1 ust. 2 w terminach określonych w § 2 w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 odpowiednio dla Zadania 2 i Zadania 3;

Powiązane z powyższym zmodyfikowanie § 6 ust. 1 projektu umowy poprzez wskazanie wynagrodzenia dla każdego z Zadań

Proponowane brzemiennie § 6 ust. 1 Projektu umowy

Z tytułu wykonania przedmiotu umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto: …….. …… zł (słownie: ……..……..) podatek VAT %: ……. zł (stawka podatku 23 %) brutto: ……..…. zł (słownie: ……..……....) przy czym wynagrodzenie za wykonanie poszczególnych Zadań wynosi:

Zadanie 1

wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto: ……..…… zł (słownie: ……..……..) podatek VAT %: ……. zł (stawka podatku 23 %) brutto: ……..…. zł (słownie: …….. ……....)

Zadanie 2

wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto: ……..…… zł (słownie: ……..……..) podatek VAT %: ……. zł (stawka podatku 23 %) brutto: ……..…. zł (słownie: …….. ……....)

Zadanie 3

wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto: ……..…… zł (słownie: ……..……..) podatek VAT %: ……. zł (stawka podatku 23 %) brutto: ……..…. zł (słownie: …….. ……...)

ODBIÓR BEZUSTERKOWY

3) Zmodyfikowanie Projektu umowy w sposób, który wyeliminuje niezgodne z prawem zasady dokonywania odbiorów jako bezusterkowych i nadanie umowie w tym zakresie jednoznacznego brzmienia. Proponowane brzemiennie § 7 ust. 7 Projektu umowy

7. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1)W przypadku wystąpienia jedynie wad nieistotnych Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu wykonawcy odpowiedni termin z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu Zamawiający może nie przyjąć naprawy,

2)jeżeli wady nie dadzą się usunąć albo gdy z okoliczności wynika, że Wykonawca nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim to:

a)jeżeli wady są istotne (uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem), zamawiający wg swojego wyboru może od umowy odstąpić lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi

b)jeżeli wady nie są istotne, zamawiający dokona odbioru końcowego oraz może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku.

To samo dotyczy przypadku, gdy Wykonawca nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Proponowane brzemiennie § 7 ust. 8 Projektu umowy

8. W sytuacji wskazanej w ust. 7 pkt 1, Wykonawca jest zobowiązany zgłosić Zamawiającemu pisemnie lub mailowo usunięcie wad. Zamawiający jest zobowiązany w terminie do 5 dni roboczych od zgłoszenia, przystąpić do sprawdzenia usunięcia wad i usterek. Jeśli wady zostały usunięte w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, strony podpisują protokół stwierdzający bezusterkowe wykonanie robót usunięcie wad wskazanych w protokole odbioru końcowego, a kara za zwłokę nie jest naliczana. W przypadku nieusunięcia wad w wyznaczonym terminie, odbiór robót sprawdzenie usunięcia wad i usterek zostanie rozpisany przeprowadzone po raz drugi, z konsekwencją naliczenia kary za zwłokę w wykonaniu robót usunięciu wad, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 umowy. Proponowane brzemiennie § 7 ust. 8 Projektu umowy

11. Zamawiający zastrzega, iż w przypadku stwierdzenia w wyniku odbioru końcowego, iż przedmiot odbioru został wykonany istotnie niezgodnie z przedmiotem zamówienia lub występujące w nim wady są istotne i uniemożliwiają jego użytkowanie zgodnie z założonym przeznaczeniem, odmówi odbioru końcowego. Z prawa odstąpienia od umowy w całości lub części zamawiający może skorzystać w terminie do 2 miesięcy od dnia, w którym powziął wiadomość, że nastąpiło zdarzenie dające podstawę do odstąpienia.

POTRAKTOWANIE WYNAGRODZENIA JAKO ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

4) Zmodyfikowanie projektu umowy w taki sposób aby wykonawca był uprawniony do wystawiania faktury końcowej po dokonaniu odbioru końcowego bez wad istotnych. Proponowane brzemiennie § 6 ust. 7 Projektu umowy

7. W sytuacji, o której mowa w §7 ust. 7 pkt 1), podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie potwierdzenie przez Zamawiającego w protokole odbioru usunięcia wad stwierdzonych w trakcie czynności odbiorowych protokół odbioru końcowego bez wad istotnych podpisany przez Zamawiającego.

ZDUBLOWANIE KAR UMOWNYCH

5)Zmodyfikowanie projektu umowy w taki sposób aby wyeliminować dublujące się kary. To jest wykreślenie w § 9 ust. 1 pkt 4), 5), 8) i 9) projektu umowy Proponowane brzemiennie § 9 ust. 1 pkt 11), 12), 13) i 14) Projektu umowy

4)w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom celowo usunięty,

5)w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy celowo usunięty,

8)w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy celowo usunięty,

9)w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek niedokonania zmiany umowy celowo usunięty

POZORNA WALORYZACJA

6) Zmodyfikowanie projektu umowy poprzez zastąpienie dotychczasowej klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 6 ust. 23 Projektu umowy na wzorcową klauzulę waloryzacyjną rekomendowaną przez Urząd Zamówień Publicznych. Odwołujący wskazuje, że w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-

dlasektora-budownictwa pojawiły się nowe przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów tego typu stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji i organizacji pozarządowych. W przypadku nieuwzględnienia powyższego Odwołujący wnioskuje o zmianę wskaźnika CPI na Wskaźnika cen produkcji budowlanomontażowej (dalej Wskaźnik bud- mont) publikowany przez GUS, umożliwienie waloryzacji po 6 miesiącach od zawarcia umowy, przeprowadzenie waloryzacji wskaźnikowej bez konieczności dokumentowania jak zmiana wskaźnika wpływa na ceny materiałów lub kosztów, dopuszczenie możliwości waloryzowania umowy nie częściej niż raz na 3 miesiące. Proponowane brzemiennie § 6 ust. 23 Projektu umowy

Skreśla się dotychczasową treść § 6 ust. 23 i zastępuje poniższą

Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z poniższymi zapisami:

i.Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja OGÓŁEM publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziedzinowej Bazie Wiedzy pod linkiem

http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RA P_DBD_CEN_30.aspx, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc poprzedni = 100, dotyczący kolejnych miesięcy kalendarzowych począwszy od miesiąca otwarcia oferty, do miesiąca za który została wystawiona faktura VAT. W przypadku, gdyby w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.

ii.Wskaźnik waloryzacji Ww (n) przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlanomontażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca w którym nastąpiło otwarcie oferty (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (miesiąc n-ty) wg poniższego wzoru:

gdzie:

„Ww (n)" –wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;

„a" - stały współczynnik o wartości 0,1 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).

„W0" – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100

„W1" – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„W2”, „W3",… – wskaźniki „2”, „3”, … z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

Wn-1– wskaźnik „n-1” z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlanomontażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„Wn" – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

W praktyce wskaźnik „Ww (n)" powstaje poprzez przemnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca n-1 przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego n

)

gdzie:

„Ww (n)" – wskaźnik waloryzacji dla n-tego miesiąca;

„Ww (n-1)" – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury

„Wn" – wskaźnik „n” z miesiąca za który nastąpiło wystawienie faktury

(wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez

GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

□□□□(□)

Ilorazy wskaźników cen (np.) należy obliczać z dokładnością do 100 trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji Ww (n) należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku.

iii.Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od siódmego miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 10% wynagrodzenia umownego netto. Z powodu braku aktualnego wskaźnika (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona ostatecznie, gdy GUS opublikuje wskaźnik dla danego miesiąca objętego rozliczeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Występując o rozliczenie wynagrodzenia za dany miesiąc realizacji świadczeń, Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot dla świadczeń zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatnich z wyliczonych wskaźników waloryzacji. Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźnika waloryzacji właściwego dla miesiąca, którego dotyczyło dane rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy, niezwłocznie po ich publikacji.

iv.W sytuacji gdy rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy będzie dotyczyło okresu rozliczeniowego w skład

którego będą wchodziły dwa lub więcej miesięcy, jako właściwy wskaźnik waloryzacji należy przyjmować średnią arytmetyczną ze wskaźników waloryzacji wyliczonych dla kolejnych miesięcy objętych okresem rozliczeniowym.
III.Interes we wniesieniu odwołania i szkoda Odwołującego.
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 dokumentacji niniejszego Postępowania, w szczególności w SWZ i projekcie umowy są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia nadużywające jego pozycji, przerzucające na wykonawców nadmierne ryzyka i odpowiedzialność. Dotyczy to w szczególności „bezusterkowych" odbiorów, pozornej waloryzacji, dublowania się kar umownych czy ustanowienia terminu realizacji jako daty dziennej. W pozostałym zakresie proponowane przez Zamawiającego zapisy Projektu umowy są nieprecyzyjne. Z uwagi na powyższe, skoro treść dokumentów Postępowania, w tym SWZ, Projektu umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany tych postanowień. Odwołujący 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 oraz jej realizacji w sposób nie budzący sporów z Zamawiającym, w tym wynikających z interpretacji określonych w odwołaniu postanowień wzoru umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29/11/2024) podał: (...)
1)uwzględniam w całości zarzuty nr 1-5 odwołania,
2)uwzględniam częściowo zarzut nr 6 (dotyczący waloryzacji na podstawie art. 439 Pzp),
3)wnoszę o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.
Ponadto wnoszę o przeprowadzenie następujących dowodów:
1)wezwanie na rozprawę i przesłuchanie w charakterze świadka pracownika Zamawiającego zatrudnionego na stanowisku zastępcy dyrektora ds. ekonomicznych gł. księgowego Pana A.J. - wezwanie na adres Zamawiającego - na okoliczność realności klauzuli waloryzacyjnej zawartej w §6 ust. 23 projektu umowy oraz sposobu dokonywania waloryzacji na podstawie art. 439 Pzp
2)dowodu z dokumentów - tabel zawierających wyliczenie wskaźnika waloryzacji za okres lipiec 2023-październik 2024r (w 2 wariantach) na okoliczność realności klauzuli waloryzacyjnej zawartej w §6 ust. 23 projektu umowy – w załączeniu.
3)dowodu z dokumentu – artykułów w mediach branżowych z 04.10.2024r. i 19.11.2024r. na okoliczność prognoz w budownictwie na 2025r, ze szczególnym uwzględnieniem przewidywanego wzrostu cen surowców i materiałów oraz realności przyjętej klauzuli waloryzacyjnej. (...)

Oświadczył, że w uwzględnieniu zarzutów odwołania, Zamawiający dokona modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projektu umowy, stanowiącego Załącznik nr 11 do SWZ. W uzasadnieniu stanowiska podał: (...) Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym w odwołaniu, że treść SWZ naruszyła przepisy Prawa zamówień publicznych i uważa, że uwagi Odwołującego mogły zostać uwzględnione w trybie art. 135 Pzp. Odnosząc się do proponowanych przez odwołującego zmian Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projektu umowy, Zamawiający uwzględnia je w sposób poniżej opisany.
Ad. 1) TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA
Zamawiający dokonuje zmiany opisu terminów realizacji poszczególnych zadań określonych w Rozdziale VII SWZ, który po zmianie otrzymuje następujące brzmienie:
„VII. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA.
Termin realizacji zamówienia:
1)dla Zadania nr 1 – 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy,
2)dla Zadania nr 2 – 14 miesięcy od dnia zawarcia umowy,
3)dla Zadania nr 3 – 13 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.
W/w terminy są ostateczne i nieprzekraczalne ze względu na zasady określone w umowie o dofinansowanie, chyba że w toku realizacji umowy, warunki dofinansowania zostaną zmienione przez Instytucję Finansującą, a zaistnieją przesłanki do zmiany terminu realizacji umowy."
oraz w Projekcie umowy stanowiącym Załącznik Nr 11 do SWZ, § 2.TERMIN WYKONANIA, który otrzymuje brzmienie:
„§ 2.
TERMIN WYKONANIA
„Wykonawca jest zobowiązany do wykonania przedmiotu umowy w terminie:
dla Zadania nr 1 – 15 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, dla Zadania nr 2 – 14 miesięcy od dnia zawarcia umowy, dla Zadania nr 3 – 13 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.
W/w terminy są ostateczne i nieprzekraczalne ze względu na zasady określone w umowie o dofinansowanie, chyba że w

toku realizacji umowy, warunki dofinansowania zostaną zmienione przez Instytucję Finansującą, a zaistnieją przesłanki do zmiany terminu realizacji umowy."

Ad. 2) NIEJEDNOZNACZNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W ZAKRESIE OKREŚLENIA ODBIORU KOŃC
W PRZYPADKU REALIZACJI WIĘCEJ NIŻ JEDNEGO ZADANIA

W odniesieniu do zarzutu niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie określenia odbioru końcowego czy naliczania kar w przypadku realizacji więcej niż jednego zadania przez tego samego Wykonawcę, Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, iż naruszył art. 16 Pzp. Zamawiający informuje, iż na realizację każdego z zadań zostanie zawarta odrębna umowa, także w sytuacji gdy oferta tego samego Wykonawcy zostanie uznana za najkorzystniejszą w zakresie więcej niż jednego zadania. W związku z powyższym ewentualne kary będą naliczane, a odbiory będą ustalane w odniesieniu do każdego z zadań osobno, na podstawie odrębnej umowy. Współpracę pomiędzy Wykonawcami i koordynację realizacji wszystkich zadań będzie nadzorował Zamawiający. W celu ostatecznego usunięcia wątpliwości Odwołującego w rozdziale XXIV SWZ punkt 2 otrzymuje następujące brzmienie:

„2. Zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. W przypadku gdy oferta tego samego Wykonawcy zostanie wybrana na różne zadania, na każde z zadań zostanie zawarta odrębna umowa."

Ad. 3) ODBIÓR BEZUSTERKOWY

Mając na względzie uwagi Odwołującego, Zamawiający wyraża zgodę na zmianę postanowień § 7 ust. 7, 8 i 11 projektu umowy w sposób następujący:

„7. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1)W przypadku wystąpienia jedynie wad nieistotnych Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz może żądać ich usunięcia, wyznaczając w tym celu wykonawcy odpowiedni termin z zastrzeżeniem, że po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu Zamawiający może nie przyjąć naprawy,

2)jeżeli wady nie dadzą się usunąć albo gdy z okoliczności wynika, że Wykonawca nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim to:

a)jeżeli wady są istotne (uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem), Zamawiający wg swojego wyboru może od umowy odstąpić lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi

b)jeżeli wady nie są istotne, Zamawiający dokona odbioru końcowego oraz może żądać obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku.

Analogiczne uprawnienia przysługują Zamawiającemu w przypadku, gdy Wykonawca nie usunął wad w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego."

„8. W sytuacji wskazanej w ust. 7 pkt 1, Wykonawca jest zobowiązany zgłosić Zamawiającemu pisemnie lub mailowo usunięcie wad. Zamawiający jest zobowiązany w terminie do 5 dni roboczych od zgłoszenia przystąpić do sprawdzenia usunięcia wad i usterek. Jeśli wady zostały usunięte w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, strony podpisują protokół stwierdzający usunięcie wad wskazanych w protokole odbioru końcowego, a kara za zwłokę nie jest naliczana. W przypadku nieusunięcia wad w wyznaczonym terminie, sprawdzenie usunięcia wad i usterek zostanie przeprowadzone po raz drugi, z konsekwencją naliczenia kary za zwłokę w wykonaniu robót usunięciu wad, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 umowy."

„11. Zamawiający zastrzega, iż w przypadku stwierdzenia w wyniku odbioru końcowego, iż przedmiot odbioru został wykonany istotnie niezgodnie z przedmiotem zamówienia lub występujące w nim wady są istotne i uniemożliwiają jego użytkowanie zgodnie z założonym przeznaczeniem, odmówi odbioru końcowego. Z prawa odstąpienia od umowy w całości lub części Zamawiający może skorzystać w terminie do 2 miesięcy od dnia, w którym powziął wiadomość, że nastąpiło zdarzenie dające podstawę do odstąpienia."

Ad. 4) POTRAKTOWANIE WYNAGRODZENIA JAKO ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, iż naruszył art. 450 ust. 1 ustawy w zw. z art. 452 ust. 2 Pzp, ponieważ zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało opisane wprost w Rozdziale XXIII SWZ oraz w Projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ. Fakt,iż zapisy wprowadzone przez Zamawiającego nie są akceptowane przez Wykonawcę, nie jest jednoznaczny z tym, że są niezgodne z przepisami prawa. W przypadku niejasności zapisów, Wykonawca może się zwrócić o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający wyraża jednakże zgodę na zmianę zapisów § 6 ust. 7 Projektu umowy w sposób następujący:

„7. W sytuacji, o której mowa w §7 ust. 7 pkt 1), podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru końcowego bez wad istotnych podpisany przez Zamawiającego."

Ad 5) ZDUBLOWANIE KAR UMOWNYCH

Zamawiający potwierdza, iż w § 9 projektu umowy przez omyłkę pisarską zostały zdublowane wskazane przez Odwołującego kary umowne. Po dokonaniu poprawy, treść tego paragrafu otrzymuje następujące brzmienie:

„§ 9.
KARY UMOWNE
1.Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:
1) za zwłokę w wykonaniu robót wskazanych w § 1 w terminie określonym w § 2 w wysokości 0,03 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
2)za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym w terminie wskazanym w §7 ust. 7 pkt 1 w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, z tym zastrzeżeniem, iż kara umowna jest naliczana od dnia podpisania protokołu stwierdzającego wady nie dłużej niż do dnia usunięcia tych wad,
3)za zwłokę w usunięciu wad, które ujawniły się w czasie trwania gwarancji lub rękojmi, w terminie wskazanym zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, z tym zastrzeżeniem, iż kara umowna jest naliczana nie dłużej niż do dnia usunięcia tych wad zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 3 i 4 ,
4)za brak udziału przedstawiciela Wykonawcy w naradzie koordynacyjnej, w wysokości w wysokości 0,002 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 za każdy stwierdzony przypadek,
5)zatrudnianie osób, o których mowa w § 3 ust. 3 na innej podstawie niż umowa o pracę - w wysokości 0,005 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 za każdy stwierdzony przypadek;
6)w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, lub w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę na skutek okoliczności, za które odpowiedzialności nie ponosi Zamawiający, w wysokości 10 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy.
7)w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
8)w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 4,
9)w wysokości 0,005 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 8 lub §5 ust. 11,
10) w wysokości 0,005 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek niedokonania zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty zgodnie z § 5 ust. 12,
2.Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne:
1)z a zwłokę w przekazaniu placu budowy w terminie określonym w § 3 ust. 5 lit. a) w wysokości 0,01 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
2)w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, z wyjątkiem przypadków, do których ma zastosowanie § 10 ust. 1 i 2 umowy, w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy.
3.Podstawą ustalenia wysokości kar, o których mowa w ust. 1 pkt 1-10 oraz ust. 2, będzie wartość wynagrodzenia brutto wg stanu na dzień zawarcia umowy.
4.Strona, w stosunku do której zaistniały podstawy do naliczenia kary umownej, o której mowa w ustępach poprzednich, jest zobowiązana do zapłaty kary w terminie 14 dni od dnia otrzymania noty obciążającej wystawionej z tego tytułu przez drugą Stronę. Za datę zapłaty uważa się datę obciążenia rachunku bankowego Strony zobowiązanej do zapłaty kary kwotą tej kary.
5.Łączna wysokość kar umownych naliczonych na podstawie ust. 1 lub ust. 2, nie może przekroczyć 15% wartości całkowitej umowy brutto wg stanu na dzień zawarcia umowy.
6.Zamawiającemu przysługuje prawo potrącenia kar umownych z wynagrodzeniem przysługującym Wykonawcy.
7.Strony zastrzegają sobie prawo do dochodzenia odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonych kar umownych.”
Ad 6) POZORNA WALORYZACJA
Fakt, iż zapisy wprowadzone przez Zamawiającego w zakresie klauzuli waloryzacyjnej nie są akceptowane przez Wykonawcę, nie jest równoznaczny z tym, że są niezgodne z przepisami prawa. Wbrew twierdzeniom odwołania, nie jest prawdą, że przepisy ustawy wymagają, żeby waloryzacja odbyła się 6 miesięcy po zawarciu umowy. W orzecznictwie i piśmiennictwie podkreśla się, że Zamawiający ma swobodę w kształtowaniu postanowień umownych,

choć nie zdejmuje to z niego ryzyka związanego ze skutkami nieprawidłowego określenia przesłanek i metod waloryzacji. W wyroku z 6 lipca 2022r. KIO 1564/22 KIO orzekła, iż wykonanie obowiązku z art. 439 Pzp powinno odbywać się z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia, ale również możliwości finansowych zamawiającego w sposób nieprowadzący do wypaczenia celu tego przepisu. Przepis art. 439 Pzp, nie zawiera regulacji co do terminu i częstotliwości waloryzacji wynagrodzenia, więc termin inny niż 6 miesięcy jest możliwy (zob. uwagi zawarte w wyroku KIO z dnia 25 maja 2022 r. KIO 1151/22, zachowujące aktualność po uwzględnieniu zmian wynikających z nowelizacji przepisu art. 439 Pzp). Zamawiający zamierza sfinansować inwestycję ze środków z KPO; będzie więc dysponował określoną z góry kwotą środków i nie może dopuścić do sytuacji, w której nie będzie w stanie sfinansować całości inwestycji. Dodatkowo, zgodnie z zasadami obowiązującymi w KPO, podatek Vat jest kosztem niekwalifikowalnym; Zamawiający musi liczyć się z koniecznością samodzielnego zapewnienia sfinansowania przedsięwzięcia w tej części. Zamawiający będzie dysponował środkami, co do których wydatkowania będzie rozliczany z maksymalną skrupulatnością, co obliguje go do rozważnego konstruowania postanowień umowy. Mając na uwadze brzmienie art. 439 ust. 2 pkt 3 Pzp, projekt umowy winien określać sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy Zgodnie z Komentarzem do ustawy zamieszczonym na stronie UZP: „Treść tego wymagania nie pozostawia wątpliwości, że wpływ zmiany ceny materiałów lub kosztów na wynagrodzenie za wykonanie zamówienia jest warunkiem niezbędnym do dokonania waloryzacji, a na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia, w jakich sytuacjach i jakimi metodami należy wykazać, iż zmiana cen materiałów lub kosztów oddziałuje na koszt wykonania zamówienia. Tym samym nie będzie podstawy do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca takiej zmiany nie wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpływa na koszt wykonania zamówienia". Wbrew zarzutowi (IV), wskazanemu na str. 5 odwołania, Zamawiający ma więc prawo żądania wykazania dokumentami, że nastąpiła zmiana materiałów lub kosztów wykonania zamówienia i że ma ona wpływ na realizację zamówienia.

Na Zamawiającym ciąży również obowiązek określenia początkowego terminu ustalenia zmiany wynagrodzenia oraz okresów dokonywania zmiany wynagrodzenia tj. wskazania, kiedy ma nastąpić pierwsza waloryzacja oraz zdecydowania o ewentualnej częstotliwości jej dokonywania. Całkowitą dowolność w tym zakresie ogranicza art. 439 ust. 3 Pzp wprowadzający zasadę, że jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy. Zamawiający wziął pod uwagę ogólną sytuację na rynku usług w zakresie budownictwa, niedawne znaczne podwyżki materiałów budowlanych, okres realizacji poszczególnych zadań (od 13 do 15 miesięcy) i uznał, że w celu ograniczenia ryzyka związanego ze zmianą cen materiałów i kosztów wystarczające będzie dokonanie jednej waloryzacji w okresie trwania umowy. Mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen i materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Z przepisów Pzp w żaden sposób nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację, w szczególności wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy (zob. wyrok KIO z 24 sierpnia 2022r. KIO 2063/22). Zważywszy na charakter zamówienia, dokonywanie comiesięcznych waloryzacji, począwszy od siódmego miesiąca po podpisaniu umowy, jak sugeruje to Odwołujący, byłoby kłopotliwe i czasochłonne. Tymczasem, jak powszechnie wiadomo, w związku z opóźnionym uruchomieniem środków z KPO, inwestycja będzie prowadzona pod presją czasu. Zamawiający wobec ograniczonych zasobów ludzkich nie może poświęcać czasu na uczestnictwo w inwentaryzacji robót, weryfikację robót wykonanych/niewykonanych i kontrolowanie przeliczania ich wartości, co wymaga zaangażowania m.in. także trudnodostępnych branżowych inspektorów nadzoru. Należy pamiętać, że zawarcie każdego aneksu będzie wymagało notyfikacji i uzgodnień z instytucją finansującą, co również będzie wymagać kolejnych czynności. Z tego względu Zamawiający uważa, że dokonanie jednej waloryzacji, po upływie co najmniej 7 miesięcy od zawarcia umowy, a więc mniej więcej po upływie połowy czasu przewidzianego na realizację umowy wystarczająco zabezpieczy równowagę stron umowy w sposób uwzględniający zaistniałe w toku realizacji robót zmiany okoliczności mających wpływ na koszt realizacji zamówienia. Zamawiający zdecydował się uwzględnić zawartą w odwołaniu sugestię Wykonawcy dotyczącą zmiany rodzaju wskaźnika stanowiącego podstawę ustalenia nowego

wynagrodzenia Wykonawcy i zastąpić proponowany pierwotnie wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej. Zamawiający zauważa również, że zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 Pzp jest zobligowany do wskazania w umowie poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. W zmienionym projekcie umowy Zamawiający określił ten próg na 3,5 pkt procentowych (zob.§6 ust. 23 pkt 2 projektu umowy). Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że wg przewidywań Zamawiającego próg ten zapewnia realną zmianę wynagrodzenia. Dokonując symulacji za ostatnie miesiące (okres lipiec 2023 – październik 2024), przy założeniu, że do podpisania umowy doszło w czerwcu 2023r., próg 3,5% zostałby osiągnięty w grudniu 2023r.: jeśli zaś umowę

podpisano by we wrześniu 2023r. – przesłanki do waloryzacji ziściłyby się w maju 2024r.
dowód: 1) tabele „Obliczenie wskaźnika do waloryzacji narastająco” - załączone do
odpowiedzi na odwołanie
2) przesłuchanie świadka A. Jaśkowiaka
Przenosząc te rozważania na grunt niniejszej sprawy, w związku z uruchomieniem środków z KPO należy się spodziewać, że wskaźnik będący podstawą wyliczeń nie będzie przyrastał w 2025 r. wolniej niż w okresie ujętym w tabeli. Potwierdzają to prognozy ukazujące się w fachowych wydawnictwach. Należy więc być niemal pewnym, że próg 3,5% zostanie osiągnięty w 2025 r. szybciej niż w 2024 r. i - patrząc z perspektywy Wykonawcy - nie będzie czynnikiem hamulcowym ziszczenia się przesłanek dokonania waloryzacji.
dowód : artykuły w mediach branżowych z 04.10.2024r. i 19.11.2024r.
W zmienionych postanowieniach umowy Zamawiający uszczegółowił także sposób dokonywania rozliczenia w przypadku złożenia wniosku o waloryzację w trakcie trwania kwartału rozliczeniowego. I tak, jeśli zostaną spełnione przesłanki do waloryzacji i strona złoży wniosek o waloryzację np. 31 lipca, to rozliczenie za III kwartał będzie wyglądać następująco:
-wartość robót zrealizowanych w lll kwartale – 10 mln zł,
-lll kwartał liczy 92 dni
-31 dzień kwartału stanowi 33,70 % całego okresu rozliczeniowego
-3.370.000 zł zostanie wypłacone wykonawcy w kwocie nominalnej, a 6.630.000 zł podlegać będzie waloryzacji zgodnie z wyliczonym wskaźnikiem.
Ostatecznie, z uwzględnieniem omówionych wyżej kwestii, Zamawiający postanawia nadać §6 ust. 23 umowy następujące brzmienie:

„23. Ponadto, strony postanawiają, iż pod rygorem nieważności dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia należnego Wykonawcy na zasadach określonych w art. 439 ustawy Pzp, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Strony ustalają następujące zasady waloryzacji:

1)Podstawę waloryzacji stanowić będzie wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja OGÓŁEM publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej także wskaźnikiem GUS), dostępny w Dziedzinowej Bazie Wiedzy pod linkiem http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.as px, lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie miesiąc zawarcia umowy = 100, do miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym wpłynął wniosek strony o dokonanie waloryzacji,

2)Strona może zażądać zmiany wynagrodzenia, jeżeli wartość wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o waloryzację ulegnie zmianie narastająco lub malejąco o co najmniej 3,5 punktów procentowych w stosunku do wartości tego wskaźnika obowiązującego w miesiącu zawarcia niniejszej umowy.

Waloryzacja będzie dokonywana wg następującego wzoru:

Ww(n) = a+ (1-a) x (Ww(n-1) x Wn)

100 gdzie:

Wskaźnik waloryzacji Ww (n) za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej dla kolejnych miesięcy począwszy od miesiąca w którym nastąpiło zawarcie umowy (miesiąc 0 gdy wskaźnik jest równy 100) do miesiąca po którym wystąpiono o waloryzację.

„Ww (n)" –wskaźnik waloryzacji narastająco dla n-tego miesiąca;

„a" - stały współczynnik o wartości 0,1 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany). „W0" – wskaźnik „0” z miesiąca zawarcia umowy = 100

„Wn" – wskaźnik „n” z miesiąca po którym wystąpiono o waloryzację (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni

= 100)

„Ww (n-1)" – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc po którym wystąpiono o waloryzację

3)Każda ze stron może złożyć wniosek o waloryzację najwcześniej po upływie 7 miesięcy od zawarcia umowy i nie częściej niż jednokrotnie w okresie trwania umowy.

4)Waloryzacja dotyczy niezrealizowanej części przedmiotu umowy, ustalonej na dzień złożenia wniosku o waloryzację, chyba że strony w toku negocjacji ustalą późniejszy termin wejścia w życie zmiany wynagrodzenia.

5)Waloryzacja będzie obliczana na podstawie wyliczeń przedstawionych przez Stronę żądającą waloryzacji opartych na wartości niezrealizowanej części umowy, przeliczonych przez wskaźnik, o którym mowa w pkt 1; przy czym strony wezmą pod uwagę ewentualne zmiany wynagrodzenia dokonane wcześniej z przyczyn określonych w ust. 21 poprzez odliczenie kwoty zwaloryzowanej na podstawie przepisów wskazanych w ust. 21.

6)Wniosek o waloryzację wynagrodzenia musi zawierać uzasadnienie oraz obliczenia i dokumenty jednoznacznie wskazujące, że zmiana wskaźnika GUS, o którym mowa w pkt 1 wpływa na ceny materiałów lub kosztów w stosunku do

cen lub kosztów obowiązujących w terminie składania oferty, a tym samym na koszty wykonania zamówienia.

7)Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia dodatkowych wyliczeń i dokumentów, jeżeli przedstawione przez Wykonawcę uzna za niewystarczające.

8)W przypadku jeśli strona uzyska prawo do waloryzacji wynagrodzenia w trakcie kwartału rozliczeniowego, rozliczenie nastąpi w proporcji, tzn. wartość robót wykonanych na koniec kwartału zostanie podzielona wg proporcji dniowej w stosunku do dnia złożenia wniosku o waloryzację, z zaokrągleniem do drugiego miejsca po przecinku, a wyliczona w ten sposób wartość robót do dnia złożenia wniosku o waloryzację zostanie wynagrodzona wg stawek dotychczasowych, zaś ustalona w ten sposób wartość robót po dniu złożenia wniosku o waloryzację zostanie rozliczona wg stawek po dokonaniu waloryzacji.

9)W przypadku, gdyby wskaźnik o którym mowa w pkt 1 przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.

10)Wykonawca, w terminie miesiąca od dokonania zmiany wynagrodzenia na podstawie niniejszego ustępu, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli przedmiotem umowy z podwykonawcą są roboty budowlane, dostawy lub usługi, a okres obowiązywania tej umowy przekracza 6 miesięcy."

Mając na względzie powyższe, Zamawiający wnosi jak w petitum pisma. W związku z wprowadzeniem w/w zmian, Zamawiający dołącza do niniejszej odpowiedzi ujednolicony Projekt umowy stanowiący Załącznik nr 11 do SWZ.

Odwołujący w piśmie z dnia 4 grudnia 2024 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczył: (...) *w związku ze złożeniem przez Zamawiającego w dniu 27 maja 2024 r. odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 maja 2024 r. (dalej „Odwołanie"), w której to odpowiedzi Zamawiający uwzględnił zarzuty nr I.1 – I.6 przedstawione w Odwołaniu, niniejszym:*

1. na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) – dalej „ustawa PZP" – cofam Odwołanie w zakresie zarzutu w części nieuwzględnionego przez Zamawiającego, to jest w zakresie zarzutu nr 6;

2. z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w Odwołaniu (zarzuty nr 1-5) i cofnięcie pozostałego zarzutu (zarzut nr 6) przez Odwołującego, na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy PZP wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

W związku z powyższym wnoszę o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (...), to jest o wzajemne zniesienie kosztów postępowania odwoławczego i orzeczenie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od Odwołania. Zwrot powinien nastąpić na rachunek bankowy Odwołującego, z którego uiszczony został wpis. (...)

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

W myśl art. 522 ust. 3 Pzp: „*W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów*".

Tak jak wskazano Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 29/11/24) uwzględnił: 1) w całości zarzuty nr 1-5 odwołania, 2) częściowo zarzut nr 6 (dotyczący waloryzacji na podstawie art. 439 Pzp)

Z kolei wnoszący odwołanie wykonawca - STRABAG Sp. z o.o. ul. z/s w Pruszkowie oświadczył w nawiązaniu do powyższej decyzji Zamawiającego, że w zakresie w jakim nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego zarzuty wycofuje odwołanie.

Do postępowania odwoławczego do dnia 5 grudnia 2024 r. przystąpienia, w tym po stronie zamawiającego, nie zgłosił żaden z wykonawców. Zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego w piśmie z dnia 27/11/2024 pkt 4): „*informację o wniesieniu odwołania na zapisy SWZ (które wpłynęło po godz. 17:04 w piątek 22.1 1.2024), zamawiający przekazał w dniu 25.11.2024 roku (poniedziałek) z zamieścił na stronie postępowania oraz 25-27.1 1.2024 przez platformę zakupową do znanych wykonawców (wydruk ze strony j.w., wydrukowane potwierdzenie przesłania maila).*"

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławczauwzględniała § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). W niniejszej sprawie koszty znosi się wzajemnie z uwagi na to, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....