

Sygn. akt: KIO 1183/24

## POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu 23 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Świdnik

### postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, stanowiącej wpis 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.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 1183/24

## UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miejska Świdnik, dalej: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa Multifunkcyjnego Centrum Rozwoju w Świdniku”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 marca 2024 r. pod numerem 188437-2024.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy PZP czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Multifunkcyjnego Centrum Rozwoju w Świdniku”, polegającą na ukształtowaniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym załącznika nr 2 pn. „Projekt umowy”, dalej „Projekt Umowy”, w sposób naruszający przepisy ustawy PZP, a także ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), dalej „KC”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

I.1. naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> i 647 KC poprzez ukształtowanie postanowień Projektu Umowy w taki sposób, że:

1) Zamawiający zastrzegł na swoją rzecz uprawnienie do odmowy odbioru końcowego

w przypadku wystąpienia wad nieistotnych, bowiem zgodnie z § 13 ust. 3 pkt 2) Projektu Umowy:

„W przypadku stwierdzenia w toku czynności odbioru, że przedmiot zamówienia posiada wady, Zamawiający może (...) w przypadku wad nieistotnych – dokonać odbioru, wyznaczając Wykonawcy termin nie krótszy niż 14 dni, na usunięcie wad”,

podczas gdy zgodnie z art. 647 KC, podstawą odmowy dokonania odbioru mogą być wyłącznie wady istotne, tj. uniemożliwiające użytkowanie obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem,

a w przypadku wystąpienia wad nieistotnych obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru końcowego, a decyzja w tej mierze nie powinna zostać pozostawiona do jego swobodnej oceny;

2) Zamawiający jest uprawniony do stwierdzenia braku gotowości do odbioru końcowego

i w konsekwencji uchylić się od przystąpienia do odbioru, gdy wykonawca nie przedłoży zaakceptowanego przez Zamawiającego rozliczenia końcowego całkowitych kosztów realizacji inwestycji (§ 13 ust. 1 pkt 7 Projektu Umowy) co oznacza, że przystąpienie do odbioru końcowego warunkuje przedstawienie przez wykonawcę dokumentów rozliczeniowych, które nie są niezbędne do technicznej oceny robót zrealizowanych przez wykonawcę, a których powstanie (usankcjonowanie w postaci akceptacji) jest uzależnione od decyzji Zamawiającego, podczas gdy zgodnie z art. 647 KC, obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru, a za niedopuszczalne należy uznać warunkowanie przystąpienia do odbioru od przedstawienia dokumentów, których powstanie uzależnione jest od decyzji Zamawiającego, a ponadto które nie są niezbędne do technicznej oceny robót wykonanych przez wykonawcę, a które dotyczą wyłącznie rozliczeń finansowych;

I.2. naruszenie art. 433 pkt 4) ustawy PZP poprzez zastrzeżenie w § 21 ust. 2.3 pkt 2) Projektu Umowy uprawnienia Zamawiającego do podjęcia decyzji o rezygnacji z wykonania części zamówienia bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, które pozostanie

w zakresie wykonawcy, co jest niedopuszczalne w świetle wyżej przywołanego przepisu ustawy PZP;

I.3. naruszenie art. 436 pkt 4) lit. b) tiret drugie, trzecie i czwarte ustawy PZP poprzez zaniechanie wprowadzenia do Projektu Umowy postanowień określających zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia w przypadku zmiany:

1) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

2) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,

3) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

podczas gdy w świetle wyżej przywołanego przepisu ustawy PZP wprowadzenie tych postanowień jest bezwzględnie obowiązkiem Zamawiającego;

I.4. naruszenie art. 16 pkt 1) - 3) oraz 436 pkt 3) ustawy PZP, a także art. 8 ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC poprzez zastrzeżenie w § 11 ust. 7 Projektu Umowy limitu kar umownych

w wysokości 20% wynagrodzenia netto, to jest neodpowiadającej wysokości kary umownej za niewykonanie zamówienia zastrzeżonej w § 11 ust. 1 pkt 3) Projektu Umowy, co nie pozwala na określenie w sposób precyzyjny i wspólny dla wszystkich wykonawców ryzyka kontraktowego i jego uwzględnienia w ofercie, a w końcu może prowadzić do nieporównywalności ofert, bowiem Projekt Umowy przewiduje dwa rozbieżne poziomy odpowiedzialności wykonawcy;

I.5. naruszenie art. 16 pkt 1) i 3) ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art.

5 oraz 353<sup>1</sup> KC poprzez zastrzeżenie w § 18 ust. 1 pkt 5 Projektu Umowy uprawnienia do rozwiązania umowy w przypadku wydania nakazu zajęcia majątku wykonawcy z zrzeczenia się swojego majątku na rzecz wierzycieli, niezależnie od tego, czy wykonawca realizuje zamówienia oraz, czy zajęcie majątku, bądź jego zrzeczenie się przez wykonawcę w ogóle wpływa na realizację zamówienia. Zamawiający nadużywa pozycji dominującej, penalizuje sytuację, które może pozostawać bez wpływu na realizację zamówienia, a także w sposób nieuzasadniony ingeruje w sferę prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę, która pozostaje bez wpływu na realizację zamówienia;

I.6. naruszenie art. 16 pkt 1) i 3), art. 99 ust. 1, art. 103 ust. 1 oraz art. 433 pkt 3 ustawy PZP oraz art. 8 ustawy PZP w zw. z art. 647 KC poprzez wprowadzenie w:

1) § 2 ust. 4 Projektu Umowy oświadczenia, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest do szczegółowej weryfikacji dokumentacji projektowej, w tym opisu przedmiotu zamówienia,

a także oświadczenia, że nie posiada ona wad, oraz przyjmuje ją bez uwag,

2) § 1 ust. 2 pkt 1) lit. e) Projektu Umowy, zobowiązania wykonawcy do realizacji robót nieprzewidzianych w projekcie, a koniecznych do prawidłowego funkcjonowania obiektów,

co oznacza, że Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawcę konsekwencje oraz ryzyka związane z nienależnym opisem przedmiotu zamówienia, podczas gdy zgodnie wyżej przytoczonymi przepisami ustawy PZP, to Zamawiający organizuje postępowanie o udzielenie zamówienia, a obowiązkiem leżącym wyłącznie w jego gestii jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych

i zrozumiałych określeń. Za niedopuszczalne uznać należy próbę przerzucenia na wykonawcę ryzyka związanych z potencjalnie nienależnym opisaniem przedmiotu zamówienia, a więc nienależnym wykonaniem podstawowego obowiązku wynikającego z art. 99 ustawy PZP. Tak ukształtowane postanowienia prowadzą nie tylko do obarczenia wykonawcy odpowiedzialnością za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, lecz także skutkują nieporównywalnością ofert ze względu na konieczność szacowania przez wykonawców ryzyka i uwzględniania ich w ofercie;

I.7. naruszenie art. 437 ust. 1 pkt 3) i 447 ust. 1) ustawy PZP poprzez uzależnienie w § 4 ust. 3 Projektu Umowy dokonania płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od przedstawienia oświadczeń własnych podwykonawców i dalszych podwykonawców. podczas gdy wyżej przytoczone przepisy ustawy PZP nie zawężają pojęcia dowodu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom do oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców, dopuszczając legitymowanie się przez wykonawcę każdym dokumentem, który potwierdza zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom;

I.8. naruszenie art. 447 ust. 2 ustawy PZP poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego uprawnienia do powstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia w przypadku, gdy wykonawca wraz z fakturą nie przedstawi oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców

o uregulowaniu na ich rzecz należności (§ 4 ust. 5 Projektu Umowy), podczas gdy zgodnie z wyżej przytoczonym przepisem ustawy PZP, w takiej sytuacji Zamawiający uprawniony jest wstrzymać zapłatę wynagrodzenia wyłącznie w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty;

I.9. naruszenie art. 439 ust. 2 pkt 2 lit. a) oraz b) ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC i art. 5 KC w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP, art. 16 pkt 2) i 3) ustawy PZP poprzez:

a) odesłanie w § 22 ust. 2, 4 i 7 Projektu Umowy do wskaźnika SEKOCENBUD bez wskazania określonych cen lub kosztów dla wybranych robót z biuletynów SEKOCENBUD co powoduje, że wskaźnik jest nieokreślony dowolny i wybiórczy a wykonawca nie ma wiedzy na podstawie których danych wskaźnika nastąpi waloryzacja wynagrodzenia; i jednocześnie

b) nakazanie w § 22 ust. 6 pkt 6) Projektu Umowy udokumentowania kosztów ponoszonych przez wykonawcę dla każdej z robót oddzielnie (tj. waloryzacja kosztowa) co jest sprzeczne

z waloryzacją wskaźnikową określoną wyżej wskazanym pkt a) i nakazuje zmianę sposobu liczenia na tzw. waloryzację kosztową, przy czym są to dwa odrębne i odmienne sposoby liczenia waloryzacji, a wątpliwości w tym zakresie powodują, że umowa nie określa jasnych zasad i sposobów jej liczenia, oraz uniemożliwia wycenę ryzyka w ofercie;

I.10. naruszenie art. 439 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> KC i art. 5 KC w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie w § 22 ust. 12 Projektu Umowy momentu, kiedy nastąpi zmiana wynagrodzenia to jest dopiero po zrealizowaniu całości kontraktu oraz zgłoszeniu przedmiotu umowy do odbioru końcowego, co wypacza sens stosowania waloryzacji, który zakłada waloryzowanie wynagrodzenia w trakcie realizacji inwestycji tak aby wykonawca nie kredytował inwestycji a wynagrodzenie było regularnie modyfikowane i dostosowywane do zmieniającej się sytuacji rynkowej. Zaproponowana przez Zamawiającego klauzula przenosząca waloryzację na etap końcowych rozliczeń po wykonaniu robót nie spełnia swego celu bowiem nie służy do wyrównania pozycji ekonomicznej stron umowy, a tym samym nie zmniejsza negatywnych skutków zmiany cen w trakcie realizacji robót a stanowi przejaw uprzywilejowania i wykorzystania pozycji dominującej przez zamawiającego;

I.11. naruszenie art. 439 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP w zw. z art. 58 § 1 i 2 KC oraz 353<sup>1</sup> KC i art. 5 KC w zw. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie w § 22 ust. 10 Projektu Umowy zbyt niskiego limitu górnego możliwości zmiany wynagrodzenia, co czyni klauzulę pozorną

i niemożliwą do zastosowania do osiągnięcia zakładanego celu. Klauzula waloryzacyjna

z przewidzianym limitem 5% całości zmiany wynagrodzenia przy wyjściowej zmianie cen

o 10% (aktywacji waloryzacji) nie pozwoli na przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy (ceny muszą wzrosnąć o 10% ale waloryzacja nie może przekroczyć 5%), jest limitem pozornym niewystarczającym w realiach rynkowych.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

II.1. w zakresie zarzutu nr I.1 – Odwołujący wnioskował o modyfikację § 13 ust. 1 pkt 7) Projektu Umowy poprzez usunięcie wymogu przedłożenia zaakceptowanego przez Zamawiającego rozliczenia końcowego całkowitych kosztów realizacji inwestycji z katalogu dokumentów, które wykonawca powinien przedłożyć ze zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego, jak również modyfikację § 13 ust. 3 Projektu Umowy w taki sposób, że w przypadku stwierdzenia w toku czynności odbioru wad nieistotnych, Zamawiający będzie zobowiązany dokonać odbioru końcowego (usunięcie fakultatywności).

W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący wskazał proponowaną treść zmian Projektu Umowy:

§ 13 ust. 1 Projektu Umowy:

„Wykonawca przekaze Zamawiającemu w siedzibie Urzędu Miasta Świdnik, ul. Wyspiańskiego 27 w Biurze Obsługi Klienta pismo, w którym zgłosi przedmiot zamówienia, do odbioru końcowego i załączy:

- 1) kompletną dokumentację powykonawczą budowy (jeden egzemplarz w wersji papierowej oraz jeden w wersji elektronicznej),
- 2) geodezyjne pomiary powykonawcze ze stwierdzeniem Starostwa Powiatowego o przyjęciu do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego (2 egzemplarze),
- 3) dokumenty gwarancyjne, o których mowa w § 15 ust. 3 (Zamawiający dopuszcza złożenie dokumentów gwarancyjnych najpóźniej w dniu podpisania protokołu odbioru końcowego),
- 4) załącznik Nr 2 do Umowy – Gwarancja jakości,
- 5) warunki gwarancji w kartach gwarancyjnych producentów lub dostawców materiałów lub urządzeń (jeżeli występują),
- 6) pismo z nadzoru budowlanego o braku sprzeciwu w zakresie przystąpienia do użytkowania obiektu,
- 7) kompletne, zaakceptowane przez Zamawiającego, rozliczenie końcowe całkowitych kosztów realizacji inwestycji.

§ 13 ust. 3 Projektu Umowy:

„W przypadku stwierdzenia w toku czynności odbioru, że przedmiot zamówienia posiada wady, Zamawiający może:

- 1) w przypadku wad istotnych – uprawniony jest odmówić dokonania odbioru z winy Wykonawcy i wyznaczyć termin, nie krótszy niż 14 dni, na usunięcie wad lub odstąpić od Umowy,
- 2) w przypadku wad nieistotnych – zobowiązany jest dokonać odbioru, wyznaczając Wykonawcy termin nie krótszy niż 14 dni, na usunięcie wad”.

II.2. w zakresie zarzutu nr I.2 – Odwołujący wnioskował o modyfikację § 21 ust. 2.3 pkt 2) Projektu Umowy poprzez wskazanie minimalnej wartości lub wielkości zamówienia, które pozostanie w zakresie wykonawcy. W ocenie Odwołującego maksymalna wartość robót, co do których Zamawiający będzie mógł podjąć decyzję o rezygnacji z ich wykonania nie powinna przekroczyć 5% wynagrodzenia netto. Tak określona wartość pozwoli na spełnienie wymagań określonych w art. 433 pkt 4) ustawy PZP.

W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący wskazał proponowaną treść zmian Projektu Umowy:

§ 21 ust. 2.3 pkt 2) Projektu Umowy:

„stwierdzenia przez Zamawiającego konieczności rezygnacji z wykonania części przedmiotu zamówienia (roboty zaniechane lub zmniejszenie ilości robót), przy czym wartość robót zaniechanych lub zmniejszenia ilości robót łącznie nie może przekroczyć 5% wynagrodzenia netto, określonego w § 3 ust. 1 umowy. Minimalna wartość zamówienia pozostająca każdorazowo w zakresie wykonawcy wynosi 95% wynagrodzenia netto, określonego w § 3 ust. 1 umowy”.

II.3. w zakresie zarzutu nr I.3 – Odwołujący wnioskował o wprowadzenie do Projektu Umowy postanowień określających zasady zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadkach określonych w art. 436 pkt 4) lit. b) tiret drugie, trzecie i czwarte ustawy PZP. Odwołujący proponuje wprowadzenie tych postanowień w § 21 ust. 2.4 Projektu Umowy poprzez dodanie do niego kolejnych punktów, ponieważ w § 21 ust. 2.4 pkt 1) Projektu Umowy przewidziana została jedna z przesłanek zmiany wynagrodzenia wymienionych w art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy PZP.

W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący wskazał proponowaną treść zmian Projektu Umowy:

§ 21 ust. 2.4 Projektu Umowy:

„Zmiana wysokości wynagrodzenia w przypadku: (...)

- 4) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 5) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne;
- 6) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych”.

II.4. w zakresie zarzutu nr I.4 – Odwołujący wnioskował o modyfikację Projektu Umowy poprzez określenie (zmniejszenie) maksymalnej wartości kar umownych, których Zamawiający może dochodzić na poziomie kary umownej za niewykonanie zamówienia, to jest w wysokości 10% wynagrodzenia netto.

W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący wskazał proponowaną treść zmian Projektu Umowy:

§ 11 ust. 7 Projektu Umowy:

„Łączna, maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony wynosi nie więcej niż 20% 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 1”.

II.5. w zakresie zarzutu nr I.5 – Odwołujący wnioskował o modyfikację § 18 ust. 1 pkt 5) Projektu Umowy w taki sposób, że uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy uzależnione będzie od tego, czy wydanie nakazu zajęcia majątku wykonawcy, bądź ogłoszenia przez wykonawcę zrzeczenia się swojego majątku na rzecz wierzycieli będzie uniemożliwiało, bądź znacząco utrudniało wykonanie zamówienia.

W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący wskazał proponowaną treść zmian Projektu Umowy:

§ 18 ust. 1 pkt 5) Projektu Umowy:

„został wydany nakaz zajęcia majątku Wykonawcy lub Wykonawca ogłosił zrzeczenie się swojego majątku na rzecz wierzycieli, w wyniku czego Wykonawca zaprzestał realizacji zamówienia lub co uniemożliwia lub znacząco utrudnia wykonanie przez Wykonawcę zamówienia”.

II.6. w zakresie zarzutu nr I.6 – Odwołujący wnioskował o modyfikację § 2 ust. 4 Projektu Umowy w taki sposób, że wykonawca zobowiązany będzie do zapoznania się z dokumentacją projektową, w tym specyfikacją techniczną

wykonania i odbioru robót budowlanych i opisem przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy robót budowlanych, jak również czasu udzielonego mu na zapoznanie się z tą dokumentacją.

W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący wskazał proponowaną treść zmian Projektu Umowy:

§ 2 ust. 4 Projektu Umowy:

„Wykonawca oświadcza, że dokonał szczegółowego zapoznania się ze Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, Dokumentacją projektową oraz Opisem przedmiotu zamówienia i nie stwierdza występowania w nich wad, ~~przyjmuje je bez uwag~~, które profesjonalny wykonawca robót budowlanych powinien był wykryć przy dochowaniu należytej staranności w trakcie zapoznania się z dokumentacją na potrzeby przygotowania oferty”.

II.7. w zakresie zarzutu nr I.7 – Odwołujący wnioskował o modyfikację § 4 ust. 3 Projektu Umowy w taki sposób, że wykonawca na potwierdzenie zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i dalszych podwykonawców będzie mógł przedstawić nie tylko oświadczenia własne podwykonawców i dalszych podwykonawców, lecz także inne dokumenty potwierdzające zapłatę.

W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący wskazał proponowaną treść zmian Projektu Umowy:

§ 4 ust. 3 Projektu Umowy:

*W przypadku zawarcia umów, o których mowa w § 8, do każdej faktury częściowej Wykonawca zobowiązany jest dołączyć oświadczenie Wykonawcy stanowiące zestawienie zobowiązań (lub oświadczenie o braku takich zobowiązań) za zrealizowane roboty budowlane, dostawy*

*i usługi wynikające z zawartych umów ze wszystkimi Podwykonawcami i dalszymi Podwykonawcami wraz z: (i) ich oświadczeniami o otrzymaniu przysługujących im wymagalnych należności (załącznik Nr 1 do Umowy) lub (ii) dowodami zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do faktury końcowej zestawienie zobowiązań za zrealizowane roboty budowlane, usługi i dostawy, wynikające z zawartych umów ze wszystkimi Podwykonawcami lub dalszymi*

*Podwykonawcami wraz z: (i) ich oświadczeniami o uregulowaniu na ich rzecz całości należnego wynagrodzenia za roboty realizowane w ramach umowy podwykonawstwa (załącznik Nr 3 do Umowy) lub (ii) dowodami zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom. Załącznik nr 1 i 3 do Umowy stanowią wzory oświadczeń podwykonawców i dalszych podwykonawców, przy czym Zamawiający wskazuje, że dowodem zapłaty wynagrodzenia mogą być również inne dowody potwierdzające zapłatę wymagalnego wynagrodzenia (np. potwierdzenie przelewu wraz z protokołem stanu zaawansowania prac podwykonawcy).*

II.8. w zakresie zarzutu nr I.8 – Odwołujący wnioskował o modyfikację § 4 ust. 5 Projektu Umowy w taki sposób, że w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, Zamawiający uprawniony będzie wstrzymać zapłatę wynagrodzenia na rzecz wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

W celu zasygnalizowania kierunku zmiany Projektu Umowy, Odwołujący wskazał proponowaną treść zmian Projektu Umowy:

§ 4 ust. 5 Projektu Umowy:

„Złożenie faktury niezgodnie z wymaganiami określonymi w ust. 1, 2 i 4 nie będzie skutkowało powstaniem obowiązku zapłaty wynagrodzenia, którego termin zapłaty rozpocząłby bieg od momentu przedłożenia stosownie skorygowanej dokumentacji rozliczeniowej. *W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, Zamawiający uprawniony jest wstrzymać zapłatę wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty*”.

II.9. w zakresie zarzutu nr I.9 – I.11 – Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 22 Projektu Umowy poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami

i zasadami prawa tak, aby umożliwić realną waloryzację wynagrodzenia w warunkach rynkowych mając na uwadze zarówno wskaźnik wyjściowy, to jest odwołanie się do odpowiedniego poziomu wskaźnika cen produkcji budowlano – montażowych publikowany przez Prezesa GUS oraz sposób liczenia i czasookresy waloryzacyjne. Aktualnie zaproponowana klauzula jest niejasna (nieprzejrzysta), nieprecyzyjna, budzi poważne wątpliwości co do jej realności i możliwości zastosowania i nie zapewnia możliwości waloryzacji w trakcie realizacji umowy.

Punktami krytycznymi jakie wymagają zmiany w celu urealnienia waloryzacji są:

– § 22 ust. 12 Projektu Umowy – określający, iż Wykonawca z wnioskiem o dokonanie waloryzacji może wystąpić dopiero po zrealizowaniu całości kontraktu oraz zgłoszeniu przedmiotu umowy do odbioru końcowego przy jednoczesnym zobowiązaniu do odpowiedniej zmiany wynagrodzenia podwykonawców;

– § 22 ust. 2, 4 i 7 Projektu Umowy – zakładające, że waloryzacja odbywać się będzie w oparciu o rynkowe stawki cen lub kosztów zawartych w biuletynie SEKOCENBUD, przy czym Zamawiający nie określił, do jakich rodzajów robót jakie rynkowe stawki cen lub kosztów będą miały zastosowanie co powoduje, że nie wiadomo jak waloryzacja będzie przebiegać

w praktyce;

– § 22 ust. 2 i § 22 ust. 6 pkt 6) Projektu Umowy – wskazujące, iż warunkiem dokonania waloryzacji jest nie tylko zmiana cen kalkulowana zgodnie z § 22 ust. 7 na podstawie stawek, cen i kosztów określanych przez SEKOCENBUD (tj. waloryzacja wskaźników), ale również wykazanie, że Wykonawca na każdej z pozycji kosztorysu ponosi rzeczywiście zwiększone koszty realizacji (tj. waloryzacja kosztowa);

Wskazane punkty krytyczne, z uwagi na ich skalę, jak też całokształt klauzuli waloryzacyjnej, uniemożliwiają dostosowanie (modyfikację) treści klauzuli waloryzacyjnej zawartej w § 22 Projektu Umowy do treści przepisów ustawy Pzp.

Odwolujący wskazał, że w dniu 30 listopada 2022 roku na stronie <https://www.gov.pl/web/uzp/przykladowe-klauzule-waloryzacyjne-dla-sektora-budownictwa> pojawiły się nowe przykładowe i rekomendowane wzory waloryzacyjne dla umów tego typu stanowiące zbiór doświadczeń dotychczasowych dużych podmiotów, organów administracji

i organizacji pozarządowych. Mając na uwadze, że Zamawiający jest decydem Postępowania, a zgodnie z art. 554 ust 6 ustawy PZP Izba nie może nakazać wprowadzenia do umowy postanowienia określonej treści Wykonawca wskazuje jedynie propozycję zastąpienia zaproponowanej przez Zamawiającego klauzuli na wzorcową klauzulę waloryzacyjną z jej dostosowaniem do realiów obecnego Postępowania i w ten sposób nadania brzmienia § 22 jak niżej:

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

2. Waloryzacja będzie odbywać się w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja OGÓŁEM, publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej GUS), dostępny w Dziedzicznej Bazie Wiedzy pod linkiem: [http://swaid.stat.gov.pl/Ceny\\_dashboards/Raporty\\_predefiniowane/RAP\\_DBD\\_CEN\\_30.asp](http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.asp), 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 ww wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.

3. Wskaźnik waloryzacji  $W_w(n)$  przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za  $n$ -ty miesiąc powstaje poprzez pomnożenie przez siebie wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej 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:

$$W_w(n) = a + (1-a) \times (x \times x \times \dots \times x)$$

gdzie:

„ $W_w(n)$ ” – wskaźnik waloryzacji dla  $n$ -tego miesiąca;

„ $a$ ” - stały współczynnik o wartości 0,05 obrazujący część wynagrodzenia, które nie podlega waloryzacji (element niewaloryzowany).

„ $W_0$ ” – wskaźnik „0” z miesiąca otwarcia oferty = 100

„ $W_1$ ” – wskaźnik „1” z następnego miesiąca po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ $W_2$ ”, „ $W_3$ ”, ... – wskaźniki „2”, „3”, ... z kolejnych miesięcy po miesiącu otwarcia oferty (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

$W_{n-1}$  – wskaźnik „ $n-1$ ” z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpi wystawienie faktury (wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej publikowany przez GUS, w układzie miesiąc poprzedni = 100)

„ $W_n$ ” – 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 „ $W_w(n)$ ” powstaje poprzez pomnożenie poprzednio obliczonego wskaźnika dla miesiąca  $n-1$  przez wskaźnik dla miesiąca bieżącego  $n$

$$W_w(n) = a + (1-a) \times (W_w(n-1))^x$$

gdzie:

„ $W_w(n)$ ” – wskaźnik waloryzacji dla  $n$ -tego miesiąca;

„ $W_w(n-1)$ ” – wskaźnik waloryzacji z miesiąca poprzedzającego miesiąc za który nastąpiło wystawienie faktury

„ $W_n$ ” – 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 trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji  $W_{w(n)}$  należy obliczać z dokładnością do

4 miejsc po przecinku

4. Kwoty netto płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 7 miesiąca po podpisaniu Umowy do osiągnięcia limitu waloryzacji +/- 20% 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.

5. 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.

6. Jeżeli wynagrodzenie Wykonawcy zostanie zwaloryzowane zgodnie z art. 439 ust. 1-3 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy i odpowiednio Podwykonawca dalszemu Podwykonawcy, z którym zawarł umowę, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki: przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi oraz okres obowiązywania umowy wraz z aneksami przekracza 6 miesięcy. Waloryzacja będzie się odbywać na analogicznych zasadach jak waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy z zastrzeżeniem, że wskaźniki waloryzacji wynagrodzenia będą kalkulowane w odniesieniu do dnia zawarcia umowy pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą, lub Podwykonawcą, a dalszym Podwykonawcą.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie w piśmie z 19 kwietnia 2024 r. Zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie złożone przez Odwołującego w całości.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego

w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, 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. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Stosownie do art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 522 ust. 1 i art. 568 pkt 3 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego oraz nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu

§ 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.

w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa

w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił

w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, -

w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Uwzględniając powyższe, postanowiono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....