Sygn. akt: KIO 8/25

WYROK

Warszawa, dnia 4 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2025 r. przez **wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 3 oraz 5 odwołania wycofanych przez odwołującego.**
2. **Uwzględnia odwołanie w części w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu przez określenie planowanego terminu zakończenia robót budowlanych w jednostkach czasu na minimum 26 miesięcy od dnia podpisania umowy.**
3. **W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
4. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie w części 1/3 oraz wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w części 2/3 i**
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 517 zł 50 gr (pięćset siedemnaście złotych pięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu zamawiającego na posiedzenie i rozprawę,
   4.2. zasądza od zamawiającego Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie na rzecz wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 5 122 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sto dwadzieścia dwa złote zero groszy) stanowiącą uzasadnioną część kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 8/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp"), pn. *„Budowa i wyposażenie nowego budynku Centrum Leczenia Wad Twarzoczaszki, Mózgoczaszki i Chorób Rzadkich w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym w Olsztynie", (dot. „Zadanie I – BUDOWA BUDYNKU D3") nr postępowania: DZPZ-332-90PNU-2024.* Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 788087-2024, numer wydania: 249/2024.

W dniu 2 stycznia 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności Załącznika nr 4 do SWZ – Projekt umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy pzp, art. 99 ust. 1 ustawy pzp, art. 433 pkt. 3) ustawy pzp i art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 651 k.c. przez niezasadne i bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę ryzyka i odpowiedzialności (m.in. w § 6 wzoru umowy) poprzez złożenie oświadczeń w momencie zawierania umowy, które uniemożliwiają zgłoszenie roszczeń o zmianę wynagrodzenia w przypadku zaistnienia okoliczności, których nie dało się przewidzieć w momencie zawierania umowy. Umowa próbuje przerzucić na wykonawcę ryzyko wyceny wszelkich niezbędnych prac i zakresu, nawet takiego jaki nie jest w stanie przewidzieć profesjonalny wykonawca robót. Takie

ukształtowanie warunków umowy uniemożliwia zmianę wynagrodzenia w przypadku zdarzeń nieprzewidzianych, które zgodnie z ustawą pzp uprawniałyby wykonawcę do żądania zmiany (np. art. 455 ust 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp) i stanowią wyraz nieuprawnionego przerzucenia na wykonawcę odpowiedzialności za błędy i niedoszacowania projektowe po stronie Zamawiającego, co stanowi o wprowadzeniu klauzuli abuzywnej. Jednocześnie Zamawiający niejasno i nieprecyzyjnie określa przedmiot zamówienia wskazując w wybranych postanowieniach SWZ i umowy konieczność zaprojektowania przedmiotu umowy.

2. art. 353(1) k.c., art. 58 k.c. 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 przez wskazanie w SWZ (pkt. IV) i we wzorze umowy (§ 3 ust 1 pkt 1.2) terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami ustawy pzp, tj. przez wskazanie daty dziennej wykonania przedmiotu umowy. Zamawiający nie wskazuje wprawdzie uzasadnienia do wyznaczenia terminu realizacji datą dzienną, niemniej jednak w ocenie wykonawcy za zastosowaniem daty dziennej przemawia zapewne zawarta przez Zamawiającego umowa o dofinansowanie. Odwołujący stoi na stanowisku, iż umowa o dofinansowanie nie może stanowić podstawy do przerzucenia na wykonawcę ryzyka związanego z terminem realizacji umowy, w szczególności, że termin realizacji nie uwzględnia poniższych okoliczności:

a) brak wskazania terminów dyscyplinujących zamawiającego w podejmowaniu decyzji i działań w kluczowych kwestiach związanych z realizacją (np. zatwierdzanie kart materiałowych) – co stanowi o nierówności Stron i naruszeniu zasady współdziałania przy realizacji umowy;

b) nieprawidłowe określenie procedur odbiorowych jako „bezusterkowych", które mogą przedłużyć nadmiernie terminy odbiorowe i wstrzymywać odbiór do czasu usunięcia wszelkich nieznaczących wad;

c) okoliczności związanych z przedłużeniem się procedury zamówieniowej związanej z trwającym obecnie postępowaniem. Zamawiający nie przewiduje w projekcie umowy możliwości zmiany terminu z powodu przedłużającej się procedury a doświadczenie życiowe wskazuje, że przy tego typu zamówieniach o takiej wartości procedura wydłuża się od kliku do kilkunastu miesięcy i nie da się przewidzieć, nawet potencjalnie, daty zawarcia umowy.

Powyższe ocenione powinno zostać jako naruszenie uprawnień Zamawiającego do kształtowania postanowień umowy i niezgodne z prawem zastosowanie klauzuli abuzywnej przerzucającej na wykonawcę odpowiedzialności za termin realizacji zamówienia.

3. art. 436 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt. 1)-3) ustawy pzp i art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 k.c. ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy w § 8 ust 1 pkt. a, b, g wygórowanych kar umownych na poziomie odstającym od realiów rynkowych;

4. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 647 k.c. przez zawarcie w treści SWZ (np. rozdz. III pkt 9) oraz projekcie umowy zapisów sprowadzających się do odbioru przedmiotu zamówienia w sytuacji usunięcia wszystkich wad lub zgłoszenia przedmiotu umowy bez jakichkolwiek wad co świadczy o tzw. procedurze odbiorowej „bezusterkowej" podczas gdy zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego i orzecznictwa sadów powszechnych w tym Sądu Najwyższego Zamawiający ma obowiązek odbioru przedmiotu umowy niezależnie od wystąpienia nieistotnych wad lub usterek.

5. art. 99 ust. 1, art. 16 pkt. 1)-3) ustawy pzp i art. 8 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) k.c., art. 387 § 1 k.c. i art. 647 k.c. przez ukształtowanie postanowień umowy w sposób nieproporcjonalny i nadmierny, nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego, nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, a jednocześnie uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy w tym zobowiązania się do świadczenia niemożliwego do wyceny i wykonania w zakresie udzielenia gwarancji na wady prawne, wady fizyczne zrealizowanego przedmiotu umowy na okres minimum 25 lat na roboty konstrukcyjne. Jednocześnie opis przedmiotu zamówienia jest niejasny i wewnętrznie sprzeczny, w zakresie w jakim projektowane postanowienia umowy w § 7 ust przewidują jeden okres gwarancji tj. 5 lat, w tym na roboty konstrukcyjne.

6. art. 99 ust 1, art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 353(1) k.c. i art. 5 k.c. w zw. 8 ust. 1 ustawy pzp, art. 16 pkt 2 i 3 ustawy pzp przez sformułowanie § 10 ust 14-16 projektu umowy w sposób uniemożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia przez nieprawidłowe określenie wskaźników i warunków waloryzacji wynagrodzenia, gdyż:

(i) Zamawiający przewiduje waloryzację po upływie 12 miesięcy od „daty 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) Postanowienia umowy zawierają nieosiągalny w normalnych warunkach rynkowych i wygórowany poziom zmiany cen jako wymagany dla uruchomienia waloryzacji tj. 8% roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych podczas gdy wskaźnik ten jest też niemiarodajny dla robót budowlanych.

(iii) postanowienia umowy są niejasne i nieprecyzyjne w zakresie określenia limitu maksymalnego waloryzacji bowiem nie wiadomo o jaki wskaźnik w jakiej wysokości i w jakim roku chodzi, oraz jak ma być liczona waloryzacja (od jakiego wskaźnika w jakim roku).

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ. Odwołujący we wnioskach sprecyzował następujący kierunek zmian:

1) Ad. Zarzut I.1 pkt 1 w zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i nieuprawnionego przerzucenia na wykonawcę ryzyk związanych z brakiem możliwości zmiany wynagrodzenia ryczałtowego poprzez wyeliminowanie odpowiedzialności za wady i błędy dokumentacji projektowej przygotowanej i dostarczonej przez Zamawiającego a także zmianę zapisów w taki sposób aby umożliwiała zmianę wynagrodzenia w przypadku okoliczności, jakich nie dało się przewidzieć lub konieczności wykonania robót dodatkowych tj.:

§ 6 umowy otrzymuje brzmienie:

„Wynagrodzenie określone w § 5 ust. 2 umowy stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.). Wynagrodzenie określone w niniejszej umowie zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy wynikające wprost z zapisów Specyfikacji warunków zamówienia, umowy oraz załączników do umowy, jak również w nich nieujęte, które wykonawca jako profesjonalista jest w stanie przewidzieć i bez których nie można wykonać przedmiotu umowy. ~~Wykonawca jest zatem zobowiązany przewidzieć wszystkie w granicach rozpoznać przedmiot umowy i ustalić okoliczności, które mogą wpłynąć na określone w niniejszym paragrafie wynagrodzenie.~~ Wykonawca oświadcza, iż przed podpisaniem Umowy zapoznał się z całością dostępnej dla niego dokumentacji Przedmiotu Umowy i nie wnosi do niej zastrzeżeń pod kątem jej kompletności i możliwości wykonania w oparciu o nią Przedmiotu Umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i w terminie określonym w Umowie, jak również w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozważył potrzebę oraz uzyskał niezbędne wyjaśnienia. Oświadczenie, o którym mowa wyżej nie oznacza, iż Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szczegółowe rozwiązania, obliczenia i założenia przyjęte w tejże dokumentacji."

Jednocześnie zmianę w dokumentacji zamówienia m.in. SWZ (rozdz. IV) oraz w § 3 umowy poprzez wyeliminowanie niejasności przedmiotu zamówienia i wskazanie, że zamówienie dotyczy wykonania robót budowlanych w oparciu o dokumentację projektową przekazaną przez Zamawiającego a nie wykonania dokumentacji projektowej i pozyskania pozwolenia na budowę o czym świadczy fragment m.in. wyżej cytowanych postanowień:

„Wykonanie i przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji wraz z prawomocnym pozwoleniem na budowę".

Na marginesie Odwołujący zaznaczył też, że Zamawiający żąda złożenia wykazu usług (w zakresie projektowania - zał. Nr 6 do SWZ) co stanowi wyraz niejasnego i nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

2) W zakresie zarzutu I.1. pkt 2 dotyczącego ustanowienia końcowego terminu realizacji umowy datą dziennymi wbrew przepisom prawa wyeliminowanie terminu wskazanego datą dzienną i wprowadzenie do umowy terminów, które liczone będą w miesiącach od podpisania umowy. Dodatkowo Odwołujący wniósł o wprowadzenie do umowy terminów na wykonanie czynności odbiorowych przez zamawiającego oraz wprowadzenie możliwości zmiany terminu umowy w przypadku przedłużającego się postępowania (postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 18 ustawy pzp) tj:

Wykonanie i przekazanie Zamawiającemu ~~kompletnej dokumentacji~~ kompletnego przedmiotu umowy wraz z pozwoleniem na użytkowanie ~~wraz z prawomocnym pozwoleniem na budowę - do 30-06-2027 r.~~ w terminie 26 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Odwołujący zaproponował też dodanie do projektu umowy zapisów umożliwiających zachowanie restrykcyjnego terminu realizacji umowy (26 miesięcy) w zakresie w jakim termin ten uzależniony jest od działań Zamawiającego jak i od okoliczności niezależnych związanych z przedłużającym się postepowaniem przetargowym:

Zamawiający dokona czynności odbiorowych przez upoważnione osoby w terminie 7 dni od daty rozpoczęcia czynności

odbiorowych.

W ramach współpracy w celu realizacji umowy zgodnie z art. 431 ustawy pzp mając na uwadze restrykcyjny termin realizacji umowy Zamawiający udzieli niezbędnych odpowiedzi lub przekaże niezbędne informacje Wykonawcy niezwłocznie nie później niż w terminie 7 dni od zgłoszenia takiej potrzeby.

oraz dodanie w § 10 projektu umowy postanowienia pozwalającego na przedłużenie terminu realizacji o czas przedłużającego się postępowania przetargowego z założeniem, że czas zakończenia postępowania prawomocnym wyborem oferty jest równy czasowi związania ofertą wskazanego w rozdz. XIV SWZ tj. do dnia 26-04-2025 r.

3) Ad. Zarzut I.1 pkt 3 w zakresie zbyt wygórowanych restrykcyjnych kar umownych wnosimy o zmianę poprzez obniżenie poziomu kar w trzech niżej wskazanych przypadkach z podaniem proponowanej ich wysokości:

„§ 8

1. Strony wprowadzają obowiązek zapłaty kar umownych w następujących przypadkach:

a) za zwłokę w wykonaniu robót, w wysokości ~~0,1 %~~ 0,01% wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 2 brutto Umowy, za każdy dzień zwłoki, przy czym łączna wysokość kary nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego,

b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze ostatecznym lub w okresie gwarancyjnym, w wysokości ~~0,1 %~~ 0,01% wynagrodzenia za element objęty wadą, o którym mowa w § 5 ust. 2 brutto Umowy za każdy dzień zwłoki liczonej od wskazanego terminu usunięcia tych wad,

g) Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w wysokości ~~1%~~ 0,01% należnego wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 2 brutto, w przypadku niedostarczenia Zamawiającemu w terminie 10 dni przed datą odbioru końcowego, o którym mowa w pkt par. 2, pkt 1 i) stanowiących przedmiot zamówienia dokumentów - Deklaracji zgodności CE lub Certyfikat zgodności CE, który będzie potwierdzał spełnianie przez oferowany produkt wymogów określonych w Ustawie z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych – odpowiednio do klasy wyrobu medycznego IIb (reguła 2,9,11,12) (Dz. U. z 2022 r. poz. 947 z p. zm.) w zakresie zainstalowanego w ramach przedmiotowego zamówienia systemu rurociągowego do gazów medycznych. W przypadku gdy instalacja nie będzie spełniała wymogów określonych w w/w ustawie, niezależnie od nałożonej kary, Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania na własny koszt prac w celu dostosowania jej do wymogów klasy przewidzianej dla wyrobu medycznego."

4) Ad. Zarzut I.1 pkt 4 w zakresie w jakim dokumenty zamówienia są niejasne i nieprecyzyjne i nie określają właściwej procedury odbiorowej przedmiotu umowy. Z poszczególnych zapisów dokumentacji wywnioskować da się jedynie, że Zamawiający odbierze przedmiot umowy jak nie stwierdzi się żadnych wad np. wskazanie w rozdz. III pkt 9 SWZ, że gwarancja biegnie od daty bezusterkowego odbioru końcowego całego przedmiotu umowy i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Odwołujący proponuje dodanie do projektu umowy postanowień wskazujących na właściwą procedurę odbiorową np.:

„Zamawiający dokonuje czynności odbiorowych niezwłocznie po zgłoszeniu gotowość do odbioru przedmiotu umowy przez Wykonawcę. Czynności odbiorowe powinny być wykonane tak aby zakończyć procedurę w terminie 7 dni od dnia ich zgłoszenia. Jeżeli w czasie odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

a) jeżeli wady kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający podpisze protokół odbioru robót ze wskazaniem wad i jednocześnie wyznaczy Wykonawcy termin ich usunięcia. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. W przypadku nieusunięcia wad w wyznaczonym terminie, Zamawiającemu przysługują uprawnienia z tytułu rękojmi za wady oraz pozostałe roszczenia zgodnie z Umową.

b) jeżeli wady nie kwalifikują się do usunięcia, to:

i. w przypadku Wady Istotnej - Zamawiający może żądać ponownego wykonania robót w danym zakresie, odstępując od odbioru,

ii. w przypadku Wady Nieistotnej – Zamawiający dokonuje odbioru poprzez podpisanie protokołu odbioru i jednocześnie może pomniejszyć wynagrodzenie Wykonawcy o wartość robót wadliwych, przy czym kwota ta zostanie potrącona z wynagrodzenia Wykonawcy lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a Wykonawca wyraża na to zgodę,

c) jeżeli wady istotne uniemożliwiają lub utrudniają użytkowanie przedmiotu umowy bądź obiektu zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy."

5) Ad. Zarzut I.1 pkt 5 w zakresie w jaki Zamawiający wymaga udzielenia gwarancji na roboty konstrukcyjne w wymiarze 25 lat co jest nadmierne, nieproporcjonalne i niewystępujące w praktyce branży budowalnej. Wymóg udzielenia gwarancji na 25 lat stanowi wyraz nadużycia pozycji dominującej Zamawiającego i wyraz naruszenia zasady swobody umów. Co

więcej, zapisy SWZ projektowanych postanowień umowy i SWZ są ze sobą sprzeczne i wskazują różny okres gwarancji. Wykonawca żąda, aby okres gwarancji był równy dla całego przedmiotu zamówienia i wynosił 5 lat, co jest powszechnym okresem gwarancyjnym występującym w branży budowanej, przy tego typu obiektach.

6) Ad zarzut I.1 pkt 6 w zakresie lakonicznego, niejasnego i nieprawidłowego ustanowienia mechanizmu waloryzacji. Przewidziany w § 10 ust 14-16 mechanizm nie wskazuje właściwego limitu maksymalnego waloryzacji, przewiduje zbyt wysoki próg wejścia, nie mówi o właściwym sposobie liczenia (wskaźnik roczny, ale nie wiadomo od jakiego momentu), przewiduje waloryzacje co 12 miesięcy z jednoczesnym ograniczeniem złożenia wniosku nie później niż 10 miesięcy przed zakończeniem umowy, co oznacza maksymalnie 1 waloryzację podczas realizacji zamówienia. Odwołujący podkreślił, że precyzyjne i prawidłowe opisanie mechanizmów i sposobów waloryzacji wymaga skrupulatnego i obszernego materiału wraz z podaniem wzoru liczenia. W tym celu Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z dużymi Zamawiającymi opracował i opublikował wzory waloryzacyjne, które z powodzeniem są stosowane na rożnych kontaktach. Wzory te są dopracowane, jasne i znane zarówno Zamawiającym jak i Wykonawcom co daje gwarancję i przewidywalność przyszłej waloryzacji a przez to pozwala obniżyć koszty oferty. Dlatego też Odwołujący wnioskuje o zmianę § 10 ust 14-16 poprzez wprowadzenie wzoru rekomendowanego przez UZP tj.:

„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 Dziedzinowej Bazie Wiedzy podlinkiem: 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 w/w wskaźnik przestał być dostępny, strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony wskaźnik publikowany przez GUS.

3) Wskaźnik waloryzacji Ww (n) przez który należy każdorazowo przemnożyć wartość faktury VAT za n-ty miesiąc powstaje poprzez przemnożenie 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:

$$W_0\ W_1\ W_2\ W_3\ W_{n-1}\ W_n$$

$$Ww(n) = a + (1-a) \times \left(\frac{}{100}\times\frac{}{100}\times\frac{}{100}\times\frac{}{100}\times\ldots\ldots\times\frac{}{100}\times\frac{}{100}\right)$$

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 budowlano-montażowej 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)

Ilorazy wskaźników cen (np. W1/100) należy obliczać z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Natomiast wynik iloczynów tj. wskaźnik waloryzacji Ww (n) należy obliczać z dokładnością do 4 miejsc po przecinku."

4) 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.

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."

Ewentualnie

Gdyby wolą Zamawiającego było pozostanie przy dotychczasowych zapisach waloryzacyjnych Odwołujący wskazał minimalne wymogi i żądania jakie powinny być uwzględnione przy dostosowaniu mechanizmu liczenia waloryzacji do warunków rynkowych a także do poziomu, jaki umożliwi złożenie ofert na porównywalnym poziomie tj.:

„§ 10 umowy

14. Na podstawie art. 439 Ustawy pzp strony dopuszczają możliwość zmiany /tj. obniżenia lub podwyższenia/ wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 439 ust. 4 ustawy pzp o wskaźnik zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, w przypadku gdy zmiana wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (pozycja Ogółem) od miesiąca podpisania umowy (lub w przypadku drugiej i kolejnej waloryzacji od miesiąca złożenia poprzedniego wniosku o waloryzację) do miesiąca poprzedzającego złożenie wniosku przekroczy +/- 2%.

15.Warunkiem odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadkach wskazanych w ust. 14, jest pisemne zgłoszenie przez Stronę żądania zmiany. Stosowny udokumentowany wniosek winien wpłynąć do Zamawiającego nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty umowy. Zmiana nie może następować częściej niż co 6 miesięcy. Zmiana wysokości wynagrodzenia obliczana będzie jako iloczyn zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej o której mowa w punkcie 14 i wartości niewyfakturowanego na dzień złożenia wniosku wynagrodzenia. Maksymalna wartość zmiany jaką dopuszcza Zamawiający w powyższym zakresie 10% wartości Umowy brutto. Zmiana zostanie wprowadzona aneksem do niniejszej umowy."

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania skierowane do rozpoznania wskazał:

Ad. Zarzut 2 – wyznaczenie daty końcowej realizacji umowy datą dzienną

Zamawiający nie zastosował się do wprowadzonej w nowej ustawie pzp zasady oznaczania terminu realizacji zamówienia przez zagwarantowanie wykonawcy określonego okresu czasu na realizację, która to została wyartykułowana w treści art. 436 pkt 1) ustawy pzp, który wskazuje, że umowa zawiera postanowienia określające w szczególności 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. Jak podkreśla się przy tym w doktrynie wprowadzona zmiana ustawy pzp umotywowana była wyeliminowaniem z obrotu sytuacji zmuszających wykonawców do kalkulacji ryzyk niemożliwych w istocie do przewidzenia związanych z tym jaki realnie czas pozostanie wykonawcom do realizacji zamówienia. Regulacja ma na celu zapewnienie, by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy, estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę), a następnie próbował wyliczać pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. H.Nowak, M.Winiarz, UZP, Warszawa 2021). Uwzględniając motywy przyświecające wprowadzonej regulacji oraz fakt, że każdy wyjątek od zasady wymaga ścisłego traktowania, określenie daty realizacji zamówienia datą kalendarzową możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, o obiektywnym charakterze, w sytuacji braku możliwości odmiennego działania i zastosowania wszelkich możliwych środków zapobiegających jej wystąpieniu. Za taką obiektywną przyczynę nie powinno być przy tym traktowane zbyt późne wszczęcie postępowania

czy brak jego należytego przygotowania na odpowiednim etapie przez Zamawiającego, co wynika nie tylko z treści art. 436 pkt 1) ustawy pzp, ale także z art. 433 pkt 3) ustawy pzp, ustanawiającego zakaz przerzucania na wykonawców odpowiedzialności za okoliczności obciążające zamawiającego (w tym przypadku terminowe wszczęcie postępowania).

W przedmiotowym przypadku, z udostępnionych materiałów przetargowych nie wynika, aby zaistniały w nim obiektywne motywy uzasadniające określenie terminu realizacji zamówienia sztywną datą kalendarzową. Zamawiający nie wskazał, że może mieć to związek z dofinansowaniem środków unijnych w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności, oraz w żadnym miejscu nie wskazał na łączące go i niemodyfikowalne daty wynikające z umowy dofinansowania. Wykonawca wskazał, że same terminy z KPO czy innych umów nie stanowią wyjątków do niestosowania ustawy pzp. Potwierdza to m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2024 r., KIO 2991/24.

Odwołujący wskazał, że realizacja przedmiotowego zamówienia byłaby możliwa w terminie 26 miesięcy od podpisania umowy (do czerwca 2027 roku) jednakże termin ten wymaga dużej dyscypliny czasowej nie tylko po stronie Wykonawcy, ale i Zamawiającego, dlatego też w celu zachowania znaczącego dla Zamawiającego terminu (czerwiec 2027 roku) konieczne jest wprowadzenie zapisów do umowy, jakie wyznaczą Zamawiającemu termin na dokonanie odbioru czy termin na przekazanie informacji w ramach współpracy wymaganej zgodnie z art. 431 ustawy pzp (np. zatwierdzenie wniosków materiałowych) Zamawiający nie przewidział także mechanizmów zmiany umowy w przypadku przedłużającej się procedury zamówieniowej, co również wpływa na ryzyko niedotrzymania terminu i przerzucenia w tym zakresie ryzyka na wykonawcę. Odwołujący w celu uzasadnienia terminu realizacji zamówienia wyznaczonego w miesiącach przygotował wstępny harmonogram, z którego wynika, że czas minimalny realizacji zamówienia to 26 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Dowód: Harmonogram czasu realizacji umowy

Ad. 4 zarzut dot. bezusterkowego protokołu odbioru

Zamawiający zastosował w SWZ i wzorze umowy postanowienia, które naruszają prawo poprzez zastosowanie tzw. „bezusterkowego" odbioru. Postanowienia dotyczące procedur odbiorowych nie są jasne. Zamawiający nie podaje właściwej procedury odbiorowej, nie widomo kto i kiedy dokona takich odbiorów. Jednocześnie w rozdz. III ust. 9 SWZ pojawiają się zapisy mówiące o rozpoczęciu biegu gwarancji od momentu dokonania bezusterkowego odbioru przedmiotu umowy.

Zamawiający wbrew obowiązkowi dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 k.c. wprowadza de facto możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku wystąpienia wad nieusuwalnych, niezależnie od tego czy są to wady istotne czy nieistotne. Dokonanie odbioru zostało w zasadzie uzależnione w tej sytuacji od woli Zamawiającego, podczas gdy oczywistym jest, że w przedmiocie umowy mogą wystąpić np. drobne wady, np. estetyczne, których usunięcie będzie np. niemożliwe lub ekonomicznie nieuzasadnione. Takie wady nie powinny dawać Zamawiającemu prawa do odmowy odbioru. Literalne brzmienie poszczególnych postanowień dokumentacji przetargowej daje jednak Zamawiającemu takie uprawnienie.

Tego typu postanowienia umowy uznać należy za wprowadzające „odbiory bezusterkowe", które są sprzeczne z art. 647 k.c., gdyż eliminują obowiązek zamawiającego (inwestora) do dokonania odbioru końcowego, w szczególności w przypadku, gdy przedmiot umowy nadaje się do użytku, a wady nadają się do usunięcia.

Zgodnie z treścią przepisu art. 647 k.c. jednym z podstawowych obowiązków inwestora (w tym wypadku Zamawiającego), w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach, w związku z których wystąpieniem inwestorzy odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy. Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzeczniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany

dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. W tym zakresie Odwołujący powołał się na następujące wyroki Sądu Najwyższego: wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07, wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97, wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, a także KIO: wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19. Odwołujący podniósł, że treść zapisów m.in. rozdz. III ust 9 SWZ zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 k.c., gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny (nie wpływają na sposób korzystania z przedmiotu umowy). Odwołujący zaproponował kierunek zmian w części II Odwołania jak i zażądał wprowadzenia zapisów mówiących o procedurze odbiorowej i jej terminach, gdyż stanowią one elementy istotne umowy o roboty budowlane a zostały niezasadnie przez Zamawiającego pominięte. Zapisy te stanowią o niejasności i nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia tj. naruszenia art. 99 ust 1 ustawy pzp, przez co uniemożliwiają złożenie prawidłowych i porównywalnych ofert.

Ad. 6 zarzut dotyczący waloryzacji wynagrodzenia

Odwołujący podniósł, że zasady waloryzacji zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z celem wyrażonym w art. 439 ustawy pzp, a zaproponowana waloryzacja jest pozorna i stanowi obejście przepisów nakazujących jej wprowadzenie i przeprowadzenie, bowiem w praktyce nie spełni swojej funkcji. Zamawiający w § 10 ust 14-16 Projektu Umowy wprowadził kadłubkowe uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Pomimo wprowadzenia tych zapisów Zamawiający nie spełnił wymagań określonych w art. 439 ustawy pzp, a przewidziane przez Zamawiającego zasady waloryzacji wynagrodzenia mają charakter pozorny, tj. zawierają warunki, które powodują, że waloryzacja wynagrodzenia nie spełni celu wskazanego w Ustawie. Na dzień złożenia ofert nie będzie bowiem wiadomo, jaki wysokie ryzyko wzrostu cen powinni przyjąć Oferenci, Zamawiający z kolei otrzyma oferty, w których Oferenci mogą przyjąć różny stopień ryzyka związanego ze wzrostem cen, a skutkiem powyższego może być nieporównywalność ofert. Przesłanki waloryzacji umownej uregulowane w art. 439 ustawy pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonywania. Ustawodawca przewidział, że trwający ponad 6 miesięcy proces realizacji zamówienia publicznego, niejednokrotnie skomplikowany z uwagi na uwarunkowania techniczne i prawne, rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony i spełnianych na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne dla stron umowy oddziaływania zminimalizować, co w istocie jest w interesie obu stron umowy. Zadaniem waloryzacji umownej jest zatem urealnienie wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmian ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją kontraktu publicznego. Zapewnia tym samym równość stron, czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych. Wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej realizującej cele Ustawy jest korzystne dla Zamawiającego. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2022 r. KIO 440/22. Podkreślił trafność stanowiska KIO, wskazującego korzyść dla zamawiającego w sytuacji, gdy do ceny ofertowej nie jest doliczane ryzyko wykonawców związane z możliwością wzrostu cen, a wynagrodzenie wykonawcy jest zmieniane tylko w przypadku faktycznej zmiany cen realizacji umowy, w oparciu o ogólnodostępne i obiektywne wskaźniki. Odpowiednio sformułowana klauzula waloryzacyjna prowadzi do osiągnięcia następujących celów:

- jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;

- jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyk kontraktowych;

- sprzyja sprawnej realizacji inwestycji;

- winna być adekwatna do sytuacji rynkowej z uwzględnieniem nie tylko obecnych trendów, ale przeszłych doświadczeń;

- niweluje ryzyko zamawiającego dochodzenia przez wykonawcę zmiany umowy na podstawie klauzul rebus sic stantibus.

Zamawiający w § 10 ust 14-16 Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy. Dla oceny skuteczności wprowadzonych zasad kluczowe są trzy wskaźniki:

1. nieadekwatny wskaźnik zmiany cen

2. wartość wskaźnika waloryzacji, który został ustalony na poziomie 8 %

3. sposób jego liczenia (od jakiego momentu), zważywszy, że wskaźniki roczne są publikowane z dużym opóźnieniem i

może dojść do sytuacji, że w momencie ziszczenia się warunków terminowych do złożenia wniosku waloryzacyjnego nie będzie znany poziom wskaźnika referencyjnego.

4. Zamawiający wprowadził regulację, która przewiduje, iż wniosek o dokonanie waloryzacji można złożyć najwcześniej po 12 miesiącach wykonywania umowy. Natomiast klauzula waloryzacyjna, jak wskazano wyżej, powinna prowadzić do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń stron Umowy. Klauzula waloryzacyjna powinna zakładać waloryzację w trakcie realizacji umowy oraz cykliczność waloryzacji – z tych względów jest mowa o początkowym terminie waloryzacji oraz okresach, kiedy może następować waloryzacja.

Ad. 1 Nieadekwatny rodzaj wskaźnika

Zaproponowany rodzaj wskaźnika zmiany cen jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Tym samym konieczne jest dokonanie jego zmiany. Wskazywany w projekcie umowy Wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (pot. inflacja) (dalej: Wskaźnik CPI) nie jest miarodajnym dla określania wzrostów cen w budownictwie. Zgodnie z informacją Głównego Urzędu Statystycznego ustalany jest na podstawie badania cen towarów i usług konsumpcyjnych na rynku detalicznym, oraz badania budżetów gospodarstw domowych, dostarczającego danych o przeciętnych wydatkach na towary i usługi konsumpcyjne; (źródło: https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ceny-handel/wskazniki-cen/wskazniki-cen-towarow-i-uslug konsumpcyjnych-pot-inflacja-/) Powoduje to, że ujęte w badaniach źródła informacji i danych wykorzystywane dla określania zmian Wskaźnika CPI nie obejmują elementów i zakresów właściwych dla określania zmian cen w sektorze budownictwa. Dla oddania zmian cen w budownictwie Główny Urząd Statystyczny prowadzi osobne badania prezentowane w formie Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej (dalej Wskaźnik bud-mont), który zgodnie z informacjami na stronie https://stat.gov.pl/metainformacje/slownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/709,pojecie.html obliczany jest min. na podstawie miesięcznego badania cen reprezentantów robót (ok. 3,5 tys. w miesiącu) realizowanych przez dobrane w sposób celowy podmioty gospodarcze (ok. 400 w roku) zaliczane do sekcji "Budownictwo" według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD 2007. Z tego też powodu Wskaźnik bud-mont wskazywany jest jako rekomendowany dla przyjmowania przy zapisach umownych dla klauzul waloryzacyjnych w umowach.

Ad. 2 nieodpowiednia wartość wskaźnika CPI

Przed rokiem 2022, czyli przed wybuchem wojny w Ukrainie, wzrost Wskaźnika CPI na poziomie >8% nie był odnotowywany przez ponad 20 lat. Oznacza to, że dane historyczne pokazują, że wymagany przez Zamawiającego poziom zmiany cen dla uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej miał miejsce w okresie poważnych przekształceń gospodarczych w kraju z początku lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku i nie wystąpił nawet po ogłoszeniu w Polsce stanu epidemii Covid-19 (III.2020). Potwierdzeniem słuszności prezentowanego stanowiska zgodnie z którym limit 8% wzrostu wskaźnika CPI pozostaje rażąco wygórowany w stosunku do realiów gospodarczo rynkowych i tym samym pozorności zaproponowanej przez Zamawiającego waloryzacji, pozostaje projekcja inflacji opublikowana 8 listopada przez Narodowy Bank Polski. Zgodnie z tą prognozą w pesymistycznym wariancie to jest w przypadku uwolnienia cen energii (co według najnowszych zapowiedzi rzędu nie wystąpi) Inflacja w skali roku ma wynieść 5,6 % w całym 2025 r i spaść do poziomu 2,7% w roku 2026. Tym samym wartość wskaźnika powinna zostać obniżona odpowiednio do prognoz i nie powinna zakładać nierealnych lub nadzwyczajnych skoków tego wskaźnika.

Ad. 3 i 4 Sposób liczenia oraz okresy waloryzacyjne

Projektowane postanowienia umowy są niejasne i nieprecyzyjne. Nie jest znany sposób porównywania wskaźników rocznych jak i Zmawiający nie uwzględnia okoliczności, że wskaźniki te są publikowane z dość dużym opóźnieniem. Co więcej, umowa nie przewiduje limitu waloryzacji a tym bardziej nie ustanawia go zgodnie z art. 439 ust 2 pkt 4 ustawy pzp. Zamawiający określił ten limit jako „Maksymalna wartość zmiany jaką dopuszcza Zamawiający w powyższym zakresie wynosi odpowiednik wskaźnika GUS na dany rok i dotyczy wartości niezrealizowanego przedmiotu umowy brutto, proporcjonalnie do ilości miesięcy pozostałych do zakończenia umowy". Przy czym nie wiadomo o jaki „dany rok" chodzi po drugie nie wiadomo jaki ten wskaźnik osiągnie limit przez co nie wiadomo jaki limit waloryzacji obowiązuje w umowie. Z treści art. 439 ust. 1 ustawy pzp wynika, że klauzule waloryzacyjne muszą być wprowadzone do umów zawartych na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Z przepisu tego nie wynika, kiedy powinna nastąpić pierwsza waloryzacja, jednak ustalenie pierwszej waloryzacji i okresów kolejnych waloryzacji powinno nastąpić w taki sposób, aby zapewnić realność stosowania klauzuli waloryzacyjnej. Ustawodawca określił, iż okres 6 miesięcy jest właściwy dla określenia nowej wartości wynagrodzenia umownego, uwzględniającego zaistniałe zmiany. Zamawiający formułując zapisy w § 10 projektu Umowy, nie wypełnił jednak w pełni dyspozycji w/w art. 439 ustawy pzp. Zamawiający wprowadził regulację, która przewiduje, iż wynagrodzenie Wykonawcy będzie waloryzowane co 12 miesięcy, nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy licząc od „daty umowy" co Odwołujący poczytuje jako datę zawarcia umowy. Tym samym mając na uwadze

powyższe Odwołujący wnosi o wprowadzenie do umowy mechanizmów waloryzacyjnych opartych o ustalone i sprawdzane wzory Urzędu Zamówień Publicznych, względnie poprzez gruntowne zmiany wskazanej klauzuli z uwzględnieniem minimalnych wymagań jak podanych w pkt II.6 odwołania.

W dniu 24 stycznia 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska. Dodatkowo przekazał modyfikacje SWZ z dnia 21 i 23 stycznia 2025 r. oraz wskazał na istotne względem odwołania zmiany:

Ad. Zarzut 1:

1) z treści SWZ w Rozdziale III, z pkt 10 został usunięty zapis, który brzmiał: *„B. W ramach przedmiotu zamówienia jest wykonanie ścian fundamentowych typu szczelinowego dla inwestycji bryły D3. Należy je wykonać w oparciu o projekt techniczny wykonawczy geologiczno-inżynierski, którego wykonanie i koszt leży po stronie Wykonawcy. Projekt ten należy uzgodnić z Projektantem budynku, Nadzorem i Zamawiającym."*

2) w treści zał. nr 4 do SWZ (projekt umowy) modyfikacji uległ par. 6, który otrzymał brzmienie:

„Wynagrodzenie określone w § 5 ust. 2 umowy stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.). Wynagrodzenie określone w niniejszej umowie zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy wynikające wprost z zapisów Specyfikacji warunków zamówienia, umowy oraz załączników do umowy, jak również w nich nieujęte, a bez których nie można wykonać przedmiotu umowy."

Ad. Zarzut 5: *„Zamawiający zmienił okresy gwarancji dotyczące konstrukcji obiektu w wyniku modyfikacji treści SWZ z dnia 21-01-2025 na 20 lat. W ocenie Zamawiającego trwałość konstrukcji budynku, wbrew twierdzeniom wnoszącego odwołanie, to nie okres 5 lat. Okres 20 letni gwarancji na konstrukcje budynku nie jest więc okresem ani nieprawidłowym, ani nadmiernym."*

Ad. Zarzut 6: § 10 ust. 14 i 15 otrzymały nowe następujące brzmienie:

„14. Na podstawie art. 439 Ustawy pzp strony dopuszczają możliwość zmiany /tj. obniżenia lub podwyższenia/ wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 439 ust. 4 ustawy pzp o wskaźnik zmiany ceny materiałów ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, w przypadku, gdy roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych przekroczy 7%.

15. Warunkiem odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadkach wskazanych w ust. 14, jest pisemne zgłoszenie przez Stronę żądania zmiany. Stosowny udokumentowany wniosek winien wpłynąć do Zamawiającego nie wcześniej niż po upływie 10 miesięcy od daty umowy i nie później niż 5 miesięcy przed zakończeniem umowy- Dokumentami będą przede wszystkim umowy z dostawcami materiałów budowlanych wraz z opłaconymi fakturami wstawionymi na rzecz Wykonawcy lub podwykonawców (dotyczy podwykonawców, z którymi umowy zostały zawarte na okres powyżej 6 miesięcy) za zamówione materiały budowlane w okresie objętym zmianą wskaźnika, pod warunkiem, że materiały te zostały wykorzystane i wbudowane w przedmiot niniejszego zamówienia oraz potwierdzone przez Inwestora, a ich wzrost przekroczy % wskaźnika o wartość wskazaną w ust. 14. Zmiana nie może następować częściej niż co 6 miesięcy. Maksymalna wartość zmiany jaką dopuszcza Zamawiający w powyższym zakresie wynosi odpowiednik wskaźnika GUS na dany rok i dotyczy wartości niezrealizowanego przedmiotu umowy brutto, proporcjonalnie do ilości miesięcy pozostałych do zakończenia umowy. Maksymalna, łączna wartość zmiany jaką dopuszcza Zamawiający w powyższym zakresie wynosi do 2% niewykorzystanej wartości przedmiotu umowy brutto. Wniosek musi wpłynąć do Zamawiającego najpóźniej do 20 dni od daty ogłoszenia komunikatu GUS."

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba ustaliła, że w terminie, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie, działając na podstawie art. 520 oraz art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1, 3 oraz 5 odwołania wycofanych przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron. Oświadczenie o cofnięciu zarzutu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów bez konieczności jego rozpoznawania i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w zakresie wycofanych zarzutów.

W pozostałym zakresie odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- *„III. Opis przedmiotu zamówienia: 1. Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana, polegająca na wybudowaniu nowego budynku w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie (D 3), w którym utworzone będzie Centrum Leczenia Wad Twarzoczaszki, Mózgoczaszki i Chorób Rzadkich „Zadanie I – BUDOWA BUDYNKU D3" (…) 2. Inwestycja będzie prowadzona na terenie istniejącego obiektu Szpitala i ni wymaga wejścia na teren działek nie będących w posiadaniu Inwestora. (…) 4. Dokumentacja techniczna, rzuty, projekt, specyfikacje, technologia itp. zawarte są załącznikach stanowiących zał. nr 2 do SWZ. Pełna dokumentacja projektowa jest do pobrania pod linkiem (…)*

9. Zamawiający wymaga od Wykonawcy udzielenia gwarancji na wady prawne, wady fizyczne zrealizowanego przedmiotu umowy na okres minimum 25 lat na roboty konstrukcyjne i minimum 5 lat na elementy wbudowane i funkcjonalne powiązane z nimi instalacje, licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego całego przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Gwarancja na pozostałe sprzęty i urządzenia (niemedyczne i medyczne) stanowiące wyposażenie zakupione, dostarczone i wmontowane w ramach przedmiotowego zamówienia przez Wykonawcę robót nie może być krótsza niż 4 lata. Deklarowany okres gwarancji należy podać w pkt. 4.4 Formularza stanowiącego zał. nr 1 do SWZ. Brak wpisu oznaczać będzie udzielenie minimalnego ww. miesięcznego okresu gwarancji na poszczególne ww. elementy. (…)"

Modyfikacja z dnia 21 stycznia 2025 r.:

„9. Zamawiający wymaga od Wykonawcy udzielenia gwarancji na wady prawne, wady fizyczne zrealizowanego przedmiotu umowy na okres minimum 20 lat na roboty konstrukcyjne i minimum 5 lat na elementy wbudowane i funkcjonalne powiązane z nimi instalacje, licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego całego przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Gwarancja na pozostałe sprzęty i urządzenia (niemedyczne i medyczne) stanowiące wyposażenie zakupione, dostarczone i wmontowane w ramach przedmiotowego zamówienia przez Wykonawcę robót nie może być krótsza niż 3 lata. Deklarowany okres gwarancji należy podać w pkt. 4.4 Formularza stanowiącego zał. nr 1 do SWZ. Brak wpisu oznaczać będzie udzielenie minimalnego ww miesięcznego okresu gwarancji na poszczególne ww. elementy zamówienia.

10. DOTYCZY DOKUMENTACJI TECHNICZNO-PROJEKTOWEJ (…) B. W ramach przedmiotu zamówienia wykonanie ścian fundamentowych typu szczelinowego dla inwestycji bryły D3. Należy je wykonać w oparciu o projekt techniczny wykonawczy geologiczno-inżynierski, którego wykonanie i koszt leży po stronie Wykonawcy. Projekt ten należy uzgodnić z Projektantem budynku, Nadzorem i Zamawiającym. (…) –usunięto zmianą SWZ z dnia 23 stycznia 2025 r.

Zakres robót jest realizowany w ramach Programu inwestycyjnego p.n.: "Utworzenie Centrum Leczenia Wad Twarzoczaszki, Mózgoczaszki i Chorób Rzadkich w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie". Przedmiotowe zamówienie obejmuje realizacje zakresu rzeczowego na podstawie U M O W Y nr DOI/FM/SIS/14/65/374/2023."

- *„IV. Termin wykonania zamówienia: Wykonanie i przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji wraz z prawomocnym pozwoleniem na budowę – do 30-06-2027r. Za datę wykonania zobowiązania przez Wykonawcę uznaje się datę –zgłoszenia Zamawiającemu w formie pisemnej, robót do końcowego odbioru, pod warunkiem potwierdzenia ich*

wykonania przez Nadzór i ich późniejszego odbioru przez Zamawiającego."

Modyfikacja z dnia 21 stycznia 2025 r.:

„IV. Termin wykonania zamówienia: Wykonanie przedmiotu zamówienia – do 30-06-2027r. Za datę wykonania zobowiązania przez Wykonawcę uznaje się datę –zgłoszenia Zamawiającemu w formie pisemnej, robót do końcowego odbioru, pod warunkiem potwierdzenia ich wykonania przez Nadzór i ich późniejszego odbioru przez Nadzór i Zamawiającego."

- Załącznik nr 6 – Wzór wykazu wykonanych usług w zakresie projektowania – zmodyfikowany zmianą z dnia 21 stycznia 2025 r.: *„Załącznik nr 6 – Wzór wykazu wykonanych robót budowlanych."*

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ – projekt umowy:

- *„Przedmiot umowy § 1 1. Wykonawca zobowiązuje się do zrealizowania inwestycji polegającej na ……zgodnie z projektem budowlanym i z zasadami wiedzy technicznej i oddania obiektu do użytkowania inwestorowi. 2. Zakres rzeczowy, technologia oraz warunki wykonania i odbioru robót budowlanych zawarte zostały w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, które stanowią Załącznik nr do SWZ. 3. Integralną częścią umowy jest oferta Wykonawcy z dnia ……..2024r i dokumentacja postępowania przetargowego nr…… wraz z wyjaśnieniami udzielonymi Wykonawcom i modyfikacjami treści SWZ."*

- „*Obowiązki Wykonawcy § 2 1. Wykonawca przyjmuje na siebie między innymi następujące obowiązki: (…) r. Wykonawca opracuje harmonogram rzeczowo – finansowy robót, w uzgodnieniu z Zamawiającym i po akceptacji przez Zamawiającego, z uwzględnieniem wartości poszczególnych robót podlegających odbiorowi i fakturowaniu częściowemu w terminie do 10 dni od daty zawarcia umowy. Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego pisemnego lub mailowego powiadamiania Inspektora Nadzoru o wystąpieniu obiektywnych okoliczności powodujących konieczność zmiany harmonogramu oraz przedłożenia Zamawiającemu zmienionego harmonogramu w terminie 7 dni roboczych od powiadomienia Zamawiającego o konieczności dokonania zmian. Harmonogram wymaga pisemnej akceptacji Zamawiającego. W harmonogramie należy przewidzieć odcinkowe wykonywanie robót."*

- *„Czas trwania umowy § 3 1. Ustala się następujące terminy wykonania robót: 1.1 Rozpoczęcie robót – w terminie do 7 dni od daty przekazania placu budowy 1.2 Zakończenie robót – do 30-06-2027r. 2. Za datę wykonania zobowiązania przez Wykonawcę uznaje się datę –zgłoszenia Zamawiającemu w formie pisemnej, robót do końcowego odbioru, pod warunkiem potwierdzenia ich wykonania przez Nadzór i ich późniejszego odbioru przez Zamawiającego."*

Modyfikacja z dnia 21 stycznia 2025 r.:

„1. Ustala się następujące terminy wykonania robót:

1.1 Rozpoczęcie robót – niezwłocznie po przekazaniu placu budowy, jednak nie dłużej niż 10 dni od przekazania terenu.

1.2 Zakończenie robót – do 30-06-2027r

2. Za datę wykonania zobowiązania przez Wykonawcę uznaje się datę –zgłoszenia Zamawiającemu w formie pisemnej, robót do końcowego odbioru, pod warunkiem potwierdzenia ich wykonania przez Nadzór i ich późniejszego odbioru przez Zamawiającego."

- *„Wynagrodzenie i warunki płatności § 5 1. Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia, zgodnie z treścią SWZ jest wynagrodzenie ryczałtowe. (…) 3. Strony ustalają, że ryczałtowe wynagrodzenie umowne Wykonawcy będzie opłacane częściowo. Fakturowaniu podlegają etapy robót określone w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Podstawą wystawienia faktury częściowej jest protokół zaawansowania robót, a końcowej jest protokół odbioru końcowego robót, potwierdzony przez Inspektorów Nadzoru."*

Modyfikacja z dnia 21 stycznia 2025 r.:

„3. Strony ustalają, że ryczałtowe wynagrodzenie umowne Wykonawcy będzie opłacane częściowo (np. fakturami miesięcznymi lub kwartalnymi), których suma nie będzie większa niż 90 % wynagrodzenia. Fakturowaniu podlegają etapy robót określone w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Podstawą wystawienia faktury częściowej jest protokół zaawansowania i odbioru robót, a końcowej jest protokół odbioru końcowego robót, potwierdzony przez Inspektorów Nadzoru. Pozostała kwota należności za przedmiot zamówienia zostanie zapłacona Wykonawcy po dokonaniu końcowego odbioru robót na podstawie faktury końcowej wystawionej w terminie nie dłuższym niż 35 dni od daty podpisania protokołu końcowego. Podstawą wystawienia faktury końcowej/ częściowej jest protokół odbioru robót końcowy/częściowy podpisany przez Inspektora Nadzoru, Zamawiającego i Wykonawcę. Dopuszcza się uznanie

zakończenie robót z uwagami, które nie będą miały istotnego wpływu na użytkowanie obiektu, które to nie będą wadami trwałymi, oraz których usuniecie będzie możliwe podczas statutowego funkcjonowania obiektu, bez konieczności wyłączenia z użytku pomieszczeń pacjentów, gabinetów zabiegowych lub w całości bloku operacyjnego, ciągu komunikacyjnego lub parkingu."

- *„§ 6 Zasady zmiany wysokości wynagrodzenia. Wynagrodzenie określone w § 5 ust. 2 umowy stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2019r. poz. 1145 ze zm.). Wynagrodzenie określone w niniejszej umowie zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy wynikające wprost z zapisów Specyfikacji warunków zamówienia, umowy oraz załączników do umowy, jak również w nich nieujęte, a bez których nie można wykonać przedmiotu umowy. Wykonawca jest zatem zobowiązany przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na określone w niniejszym paragrafie wynagrodzenie."*

Modyfikacja z dnia 21 stycznia 2025 r.:

„§ 6 Zasady zmiany wysokości wynagrodzenia. Wynagrodzenie określone w § 5 ust. 2 umowy stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2019r. poz. 1145 ze zm.). Wynagrodzenie określone w niniejszej umowie zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy wynikające wprost z zapisów Specyfikacji warunków zamówienia, umowy oraz załączników do umowy, jak również w nich nieujęte, a bez których nie można wykonać przedmiotu umowy."

- *„§ 7 1. Wykonawca udziela gwarancji na wady prawne, wady fizyczne zrealizowanego przedmiotu umowy na okres 5 lat na roboty konstrukcyjne i 5 lat na elementy wbudowane i funkcjonalne powiązane z nimi instalacje, licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego całego przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Strony zgodnie ustalają, że gwarancja na pozostałe sprzęty i urządzenia stanowiące wyposażenie zakupione, dostarczone i wmontowane w ramach przedmiotowego zamówienia przez Wykonawcę robót nie może być krótsza niż 4 lat."*

Modyfikacja z dnia 21 stycznia 2025 r.:

„§ 7 1. Wykonawca udziela gwarancji na wady prawne, wady fizyczne zrealizowanego przedmiotu umowy na okres …….. lat, na roboty konstrukcyjne i …… lat na elementy wbudowane i funkcjonalne powiązane z nimi instalacje, licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego całego przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Strony zgodnie ustalają, że gwarancja na pozostałe sprzęty i urządzenia w tym urządzenia i wyroby medyczne stanowiące wyposażenie zakupione, dostarczone i wmontowane w ramach przedmiotowego zamówienia przez Wykonawcę robót nie może być krótsza niż 3 lata."*

- *„Kary Umowne § 8 1. Strony wprowadzają obowiązek zapłaty kar umownych w następujących przypadkach: a) za zwłokę w wykonaniu robót, w wysokości 0,1 % wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 2 brutto Umowy, za każdy dzień zwłoki, przy czym łączna wysokość kary nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego. (…)"*

- „ZMIANY TREŚCI UMOWY §10 1. Zamawiający działając w oparciu o art. 455 ust 1 ustawy Prawo zamówie publicznych określa następujące okoliczności, które mogą powodować konieczność wprowadzenia zmian w treści zawartej umowy w stosunku do treści złożonej oferty: (…) 1.3 *zmiana terminu wykonania przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w szczególności w przypadku: konieczności wykonania robót wcześniej nie planowanych, zaistnienia okoliczności utrudniających wykonywanie robót budowlanych z powodu konieczności konsolidacji, zachowania kolejności prac lub ustąpienia pierwszeństwa wykonania robót podmiotowi, który realizować będzie równolegle roboty budowlane na tej samej bryle Szpitala itp., nie przekazania placu budowy Wykonawcy w uzgodnionym terminie lub z innych przyczyn niezależnych od Stron umowy, jeśli mogły one wpłynąć na termin zakończenia robót, (…)*

Modyfikacja z dnia 21 stycznia 2025 r.:

„1.3. zmiana terminu wykonania przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w szczególności w przypadku: konieczności wykonania robót wcześniej nie planowanych, zaistnienia okoliczności utrudniających wykonywanie robót budowlanych z powodu konieczności konsolidacji, zachowania kolejności prac lub ustąpienia pierwszeństwa wykonania robót podmiotowi, który realizować będzie równolegle roboty budowlane na tej samej bryle Szpitala itp., nie przekazania placu budowy Wykonawcy w uzgodnionym terminie lub z innych przyczyn niezależnych od Stron umowy, jeśli mogły one wpłynąć na termin zakończenia robót i mogą być niezbędne do uzyskania celu przedmiotu zamówienia."

„5. W przypadku zmiany:

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

b) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

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

d) stawki podatku od towarów i usług,

wysokość należnego wynagrodzenia wykonawcy może ulec odpowiedniej zmianie, jeśli zmiany te będą miały wpływ na koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 5 a), b) c), d). (…)"

14. Na podstawie art. 439 Ustawy pzp strony dopuszczają możliwość zmiany /tj. obniżenia lub podwyższenia/ wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 439 ust. 4 ustawy pzp o wskaźnik zmiany ceny materiałów lub kosztów ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, w przypadku gdy roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych przekroczy 8%. 15.Warunkiem odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadkach wskazanych w ust. 14, jest pisemne zgłoszenie przez Stronę żądania zmiany. Stosowny udokumentowany wniosek winien wpłynąć do Zamawiającego nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty umowy i nie później niż 10 miesięcy przed zakończeniem umowy. Zmiana nie może następować częściej niż co 12 miesięcy. Maksymalna wartość zmiany jaką dopuszcza Zamawiający w powyższym zakresie wynosi odpowiednik wskaźnika GUS na dany rok i dotyczy wartości niezrealizowanego przedmiotu umowy brutto, proporcjonalnie do ilości miesięcy pozostałych do zakończenia umowy. Zmiana zostanie wprowadzona aneksem do niniejszej umowy. 16. W przypadku wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 5 i 14 w trakcie okresu rozliczeniowego Wykonawca wystawi fakturę uwzględniającą dwie różne podstawy naliczenia wynagrodzenia."

Modyfikacja z dnia 21 stycznia 2025 r.:

„14. Na podstawie art. 439 Ustawy pzp strony dopuszczają możliwość zmiany /tj. obniżenia lub podwyższenia/ wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 439 ust. 4 ustawy pzp o wskaźnik zmiany ceny materiałów ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, w przypadku, gdy roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych przekroczy 7%. 15. Warunkiem odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadkach wskazanych w ust. 14, jest pisemne zgłoszenie przez Stronę żądania zmiany. Stosowny udokumentowany wniosek winien wpłynąć do Zamawiającego nie wcześniej niż po upływie 10 miesięcy od daty umowy i nie później niż 5 miesięcy przed zakończeniem umowy. Dokumentami będą przede wszystkim umowy z dostawcami materiałów budowlanych wraz z opłaconymi fakturami wystawionymi na rzecz Wykonawcy lub podwykonawców (dotyczy podwykonawców, z którymi umowy zostały zawarte na okres powyżej 6 miesięcy) za zamówione materiały budowlane w okresie objętym zmianą wskaźnika, pod warunkiem, że materiały te zostały wykorzystane i wbudowane w przedmiot niniejszego zamówienia oraz potwierdzone przez Inwestora, a ich wzrost przekroczy % wskaźnika o wartość wskazana w ust. 14. Zmiana nie może następować częściej niż co 6 miesięcy. Maksymalna wartość zmiany jaką dopuszcza Zamawiający w powyższym zakresie wynosi odpowiednik wskaźnika GUS na dany rok i dotyczy wartości niezrealizowanego przedmiotu umowy brutto, proporcjonalnie do ilości miesięcy pozostałych do zakończenia umowy. Maksymalna, łączna wartość zmiany jaką dopuszcza Zamawiający w powyższym zakresie wynosi do 2% niewykorzystanej wartości przedmiotu umowy brutto. Wniosek musi wpłynąć do Zamawiającego najpóźniej do 20 dni od daty ogłoszenia komunikatu GUS.

16. Zmiany wynagrodzenia w okolicznościach, o których mowa w ust. 14 i 15 mogą być dokonane wyłącznie w wyniku negocjacji Stron umowy i będą wprowadzone do umowy stosownym aneksem. W ramach negocjacji nie dopuszcza zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy kosztem ograniczenia zakresu robót

17. W przypadku wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 5 i 14 w trakcie okresu rozliczeniowego Wykonawca wystawi fakturę uwzględniającą dwie różne podstawy naliczenia wynagrodzenia."

Dowody Odwołujący:

- wstępny harmonogram prac dla przedmiotowej inwestycji,

- wyciąg z uchwały Rady Ministrów wskazujący harmonogram inwestycji,

- zestawienie inwestycji szpitalnych ze wskazaniem środków planowanych do wydatkowania na poszczególne lata dot. dofinansowania, na które powołuje się zamawiający.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości postanowień dokumentów zamówienia w zakresie określenia terminu wykonania zamówienia datą dzienną, uzależnienia końcowego odbioru robót od braku stwierdzenia

usterek oraz wprowadzonej do projektu umowy waloryzacji wynagrodzenia. Analiza dokumentacji zamówienia, w tym zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania zasługują na częściowe uwzględnienie.

Ad. Zarzut 2 – wyznaczenie daty końcowej realizacji umowy datą dzienną

Zarzut potwierdził się.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący podnosił, że w jego ocenie nie wystąpiły obiektywne przyczyny uprawniające Zamawiającego do określenia terminu wykonania zamówienia datą dzienną. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy pzp: *„Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: 1) 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."* Przepis ustanawia więc zasadę określenia terminu realizacji zamówienia w jednostkach czasu, od której odstąpienie stanowi wyjątek i jest możliwe wyłącznie w sytuacji wystąpienia uzasadnionej obiektywnej przyczyny. Wprowadzenie powyższej regulacji niewątpliwie miało na celu ograniczenie procederu wkalkulowywania w ceny oferty ryzyka kontraktowego i kosztów związanych z terminem wykonania zamówienia. Wskazanie bowiem konkretnej daty realizacji determinuje po stronie wykonawców konieczność przewidywania czasu na realizację zamówienia w zależności od tego, kiedy spodziewają się, że zakończy się etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nastąpi podpisanie umowy. Przepis służy więc zwiększeniu porównywalności ofert. Ustawa nie precyzuje przy tym jakie obiektywne przyczyny mogą uzasadniać odstąpienie od tej zasady, dlatego też ocena prawidłowości takiego działania musi odbywać się w oparciu o okoliczności właściwe dla konkretnej sprawy.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszego postępowania Izba po analizie stanowisk Stron oraz w oparciu o przedłożone dowody stwierdziła, że nie wystąpiła obiektywna przyczyna, która uprawniałaby Zamawiającego do odstąpienia od określenia terminu realizacji zamówienia w jednostkach czasu.

W tym zakresie Zamawiający powoływał się wyłącznie na okoliczność, że termin podany w SWZ wynika z zawartej ze Skarbem Państwa Ministrem Zdrowia Umowy nr DOI/FM/SIS/14/65/374/2023 na udzielenie dotacji celowej na finansowanie/dofinansowanie realizacji programu inwestycyjnego pn. „Utworzenie Centrum Leczenia Wad Twarzoczaszki, Mózgoczaszki i Chorób Rzadkich w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym im. prof. dr Stanisława Popowskiego w Olsztynie." Zdaniem Izby okoliczność taka nie jest jeszcze wystarczająca dla stwierdzenia, że nastąpiła obiektywna przyczyna, o której mowa w art. 436 pkt 1 ustawy pzp. Jak wynika z przedłożonego przez Odwołującego dowodu: „Opracowanie własne WSSD w Olsztynie" odbiór inwestycji, w tym uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie jest planowane na II kwartał 2027 r. i jest zgodne z terminem wykonania zamówienia wskazanym przez Zamawiającego w SWZ – 30.06.2027 r. Zamawiający nie przedstawił jednak dowodu, z którego wynikałoby, że termin ten jest nieprzekraczalny i nie jest możliwe jego przesunięcie, w tym nie wykazał okoliczności, na którą się powoływał, że niedotrzymanie tego terminu spowoduje utratę dotacji. Co więcej, jak słusznie podnosił Odwołujący, wybór generalnego wykonawcy, w tym zawarcie umowy o roboty budowlane dla Zadania I miało nastąpić w III kwartale 2024 r., natomiast rozpoczęcie prac budowlanych było planowane na IV kwartał 2024 r. Zamawiający ogłosił postępowanie dopiero w dniu 23 grudnia 2024 r., a więc w terminie późniejszym niż zakładano. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest w toku i nie jest wiadome, kiedy nastąpi jego zakończenie i podpisanie umowy z wykonawcą. Jak wynika z Opracowania, roboty budowlane dla Zadania I powinny być już w trakcie realizacji a na ich wykonanie przewidywano 11 kwartałów, czyli 33 miesiące. Słusznie zatem Odwołujący podnosił, że przygotowując ofertę wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, czy zakładany przez Zamawiającego termin – 30.06.2027 r. będzie możliwy do dotrzymania, mając na względzie obecne opóźnienie w wykonaniu poszczególnych etapów planu wynikającego z Opracowania. W konsekwencji, wskazanie konkretnej daty wykonania zamówienia powoduje przerzucenie na wykonawców odpowiedzialności za okoliczności leżące po stronie Zamawiającego. Wykonawca składając ofertę zobowiązuje się do zawarcia umowy, przy czym nie jest wiadome, kiedy to nastąpi. W przypadku natomiast przekroczenia terminu wykonania zamówienia Zamawiający obciąży wykonawcę karami umownymi. Powyższe oznacza, że projektowane postanowienia umowne przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (klauzulę abuzywną z art. 433 pkt 3 ustawy pzp). Zamawiający podnosił na rozprawie, że planuje podpisanie umowy w marcu 2025 r. Gdyby to nastąpiło to mając na względzie termin wykonania zamówienia określony w SWZ – 30.06.2027 r. wykonawca miałby na realizację inwestycji 27 miesięcy, co jest terminem wystarczającym jak podnosił Odwołujący. Na pytanie Izby, dlaczego więc Zamawiający planując zakończenie postępowania na marzec 2025 r. nie uwzględnił zarzutu, aby określić termin wykonania zamówienia w jednostkach czasu Zamawiający argumentował, że mogą wydarzyć się nieprzewidziane sytuacje, w tym związane z przedłużeniem

się procedury o udzielenie zamówienia. Zamawiający jest zatem świadomy, że ewentualne skrócenie terminu wykonania zamówienia będzie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie niemniej jednak przerzuca ryzyko nieterminowej realizacji inwestycji na wykonawcę. W konsekwencji, zdaniem Izby potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 436 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 433 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiający nie wykazał wystąpienia obiektywnej przyczyny pozwalającej na odstąpienie od określenia terminu wykonania zamówienia w jednostkach czasu, a dodatkowo przerzucił ryzyko nieterminowej realizacji inwestycji na wykonawcę pozostając w opóźnieniu z wykonaniem planu inwestycji wynikającego z Opracowania. Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu modyfikację SWZ przez określenie terminu wykonania zamówienia w jednostkach czasu – na minimum 26 miesięcy od dnia podpisania umowy. Zdaniem Izby Odwołujący uzasadnił żądanie takiego okresu na wykonanie prac budowlanych złożonym dowodem (Opracowanie), z którego wynika, że na te prace zakładano pierwotnie 33 miesiące. Ponadto, Odwołujący przedłożył harmonogram robót budowlanych, który nie został merytorycznie zakwestionowany przez Zamawiającego, w tym nie została podważona zasadność żądania odwołania wskazania terminu 26 miesięcy.

Uwzględniając ten zarzut Izba nie nakazała wprowadzenia konkretnych terminów odbiorowych jak żądał Odwołujący, mając na względzie, że Zamawiający przewidział w projekcie umowy przedstawienie przez wykonawcę harmonogramu rzeczowo – finansowego. Harmonogram ten ma przewidywać odcinkowe odbieranie robót, w tym (podobnie jak harmonogram załączony przez Odwołującego do odwołania) częściowe odbiory wraz z terminami, a realizacja inwestycji będzie przebiegała zgodnie z założeniami harmonogramu. W przypadku niedotrzymania przez Zamawiającego terminów poszczególnych odbiorów co będzie wpływało na ostateczny termin wykonania zamówienia, wykonawca będzie mógł wykazać, że nie pozostawał w zwłoce, a więc kara umowna z tego tytułu nie będzie miała zastosowania.

Izba nie nakazała również wprowadzenia do projektu umowy postanowienia umożliwiającego przesunięcie terminu wykonania zamówienia w przypadku przedłużającego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ modyfikacja terminu wykonania zamówienia na okres 26 miesięcy od dnia podpisania umowy czyni to żądanie bezprzedmiotowym.

Ad. 4 zarzut dot. bezusterkowego protokołu odbioru

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący podnosił nieprecyzyjność postanowień dokumentów zamówienia dotyczących procedury odbiorowej przedmiotu umowy. Odwołujący argumentował, że z zapisów dokumentacji można jedynie wywnioskować, że Zamawiający odbierze przedmiot umowy jak nie stwierdzi się żadnych wad np. wskazanie w rozdz. III pkt 9 SWZ, że gwarancja biegnie od daty bezusterkowego odbioru końcowego całego przedmiotu umowy i uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Odwołujący wnosił o uregulowanie procedury odbiorowej zgodnie z art. 647 k. c., gdyż obecne postanowienia dokumentów zamówienia pozostawiają Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny (nie wpływają na sposób korzystania z przedmiotu umowy), co narusza także art. 99 ust. 1 ustawy pzp i złożenie porównywalnych ofert.

W świetle zmodyfikowanych przez Zamawiającego postanowień projektu umowy z par. 5 ust. 3, które należało wziąć pod uwagę przy rozpoznaniu powyższego zarzutu (art. 552 ust. 1 ustawy pzp), Izba uznała, że zarzut odwołania nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 647 k. c.: *„Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia."* Z powyższego wynika, że Zamawiający jest zobowiązany odebrać roboty budowlane wykonane zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Izba podziela w całości rozważania orzecznictwa Sądu Najwyższego jak i Krajowej Izby Odwoławczej przytoczone przez Odwołującego w odwołaniu, że inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Niemniej jednak, zdaniem Izby wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia projektu umowy modyfikacją z dnia 21 stycznia 2025 r. nie stanowią już naruszenia art. 647 k. c. Jak wynika obecnie z par. 5 ust. 3: *„Podstawą wystawienia faktury końcowej/ częściowej jest protokół odbioru robót końcowy/częściowy podpisany przez Inspektora Nadzoru, Zamawiającego i Wykonawcę. Dopuszcza się uznanie zakończenie robót z uwagami, które nie będą miały istotnego wpływu na użytkowanie obiektu, które to nie będą wadami trwałymi, oraz których usuniecie będzie możliwe podczas statutowego funkcjonowania obiektu, bez konieczności wyłączenia z użytku pomieszczeń pacjentów, gabinetów zabiegowych lub w całości bloku operacyjnego, ciągu komunikacyjnego lub parkingu."* Mając na względzie powyższe Zamawiający doprecyzował postanowienia umowne dopuszczając odbiór końcowy z usterkami, które nie będą miały istotnego wpływu

na użytkowanie obiektu, a więc w przypadku wystąpienia wad nieistotnych. Zamawiający w inny sposób niż żądał tego Odwołujący opisał, z jakimi usterkami będzie możliwy odbiór końcowy, niemniej jednak obecne brzmienie postanowień umowy nie narusza art. 647 k. c. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 marca 2021 roku w sprawie o sygnaturze akt V CSKP 14/21:*„Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie."* Zamawiający opisał natomiast dopuszczalne uwagi w protokole jako te, które *„nie będą miały istotnego wpływu na użytkowanie obiektu", „które to nie będą wadami trwałymi",* których *„usuniecie będzie możliwe podczas statutowego funkcjonowania obiektu bez konieczności wyłączenia z użytku pomieszczeń pacjentów, gabinetów zabiegowych lub w całości bloku operacyjnego, ciągu komunikacyjnego lub parkingu."* Izba zauważa za Zamawiającym, że przedmiotem zamówienia jest budynek szpitala, a wystąpienie wad, których usunięcie wymagałyby wyłączenia części kluczowych pomieszczeń z użytku powoduje niewątpliwie, że przedmiot nie jest zdatny do umówionego użytku, co przekłada się na brak obowiązku po stronie Zamawiającego dokonania odbioru końcowego robót budowalnych. Słusznie podnosił Zamawiający w odniesieniu do argumentacji Odwołującego prezentowanej na rozprawie, że czym innym jest odbiór końcowy obiektu i stwierdzenie w jego trakcie wad istotnych (które uniemożliwiają odbiór) i nieistotnych (które pozwalają na taki odbiór), co determinuje zapłatę wykonawcy wynagrodzenia, a czym innym jest realizowanie uprawnień wynikających z gwarancji i rękojmi za wady, kiedy to usunięcie wad istotnych być może będzie wymagało czasowego wyłączenia pomieszczeń szpitala z użytku.

Izba nie stwierdziła więc naruszenia art. 647 k.c. jak również art. 99 ust. 1 ustawy pzp, gdyż pomimo pozostawienia w par. 7 dotyczącym gwarancji stwierdzenia o jej liczeniu *„od daty bezusterkowego odbioru końcowego całego przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie",* par. 5 ust. 3 regulujący kwestie odbiorów częściowych i końcowego i zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, (gdzie dla odbioru końcowego dotyczy to 10 % wynagrodzenia wykonawcy) niewątpliwie dopuszcza odbiór końcowy w sytuacji wystąpienia wad nieistotnych, czyli jak wskazał w odwołaniu Odwołujący - nie wpływających na sposób korzystania z przedmiotu umowy.

Ad. 6 zarzut dotyczący waloryzacji wynagrodzenia

Zarzut nie potwierdził się.

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający w § 10 ust 14-16 Umowy wprowadził uregulowania będące podstawą przyszłej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, w tym powołał się na nieadekwatny wskaźnik zmiany cen, podał wartość wskaźnika waloryzacji, który został ustalony na poziomie 8 %, sposób jego liczenia, terminy waloryzacji oraz jej maksymalną wartość, które to postanowienia w ocenie Odwołującego naruszają art. 439 ustawy pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Zamawiający dokonał modyfikacji par. 10 ust. 14-17 projektu umowy, a obecne postanowienia, pomimo że nie tak rozbudowane jak w żądaniach odwołania realizują obowiązek wynikający z art. 439 ustawy pzp.

Zgodnie z treścią art. 439 ustawy pzp: *„1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. 2. W umowie określa się: 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia; 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia: a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia; 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy; 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia."* Izba zauważa, że ustalona w par. 10 ust. 14-17 waloryzacja obejmuje wszystkie konieczne postanowienia umowne determinowane brzmieniem art. 439 ustawy pzp.

Odnosząc się do argumentacji odwołania dotyczącej nieadekwatnego rodzaju wskaźnika dla przedmiotowego zamówienia, a więc wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych wskazania wymaga, że art. 439 ustawy pzp nie precyzuje jakie wskaźniki powinien zastosować zamawiający w konkretnym zamówieniu, pozostawiającym dowolność w tym zakresie. Przepis w ust. 2 pkt 2 podaje dwa sposoby ustalania zmiany wynagrodzenia: *„a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia."* Nawet więc jeśli podany przez Zamawiającego wskaźnik nie jest tym rekomendowanym dla określania wzrostów cen w

budownictwie, jak wskazał Odwołujący w odwołaniu, to zdaniem Izby nie oznacza to naruszenia regulacji art. 439 ustawy pzp. Istotnym natomiast jest, aby taki sposób został w projekcie umowy przewidziany dając wykonawcom jednoznaczną informację w oparciu o jakie dane będzie dokonywana zmiana wynagrodzenia i takie postanowienia Zamawiający uregulował.

Przechodząc do zarzutu nieodpowiedniej wartości wskaźnika CPI Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wskazuje on na pozorność zastosowanej przez Zamawiającego waloryzacji. Modyfikacją z dnia 21 stycznia 2025 r. Zamawiający obniżył wymagany poziom zmiany cen dla uruchomienia klauzuli waloryzacyjnej z 8 na 7%. Wskazania także wymaga, że wprowadzenie odpowiednich i adekwatnych klauzul waloryzacyjnych ma na celu zapewnienie ochrony stronom kontraktu i urealnienie wynagrodzenia wykonawcy, co w konsekwencji ma również sprzyjać prawidłowej realizacji umowy. Niemniej jednak nie oznacza to, że mechanizmy waloryzacyjne mają całkowicie wyłączać ryzyka stron związane ze zmianą cen materiałów bezpośrednio dotyczących realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut dąży do całkowitego wyrównania wynagrodzenia wykonawcy mając na względzie, że Odwołujący wnioskuje o zmianę postanowień waloryzacyjnych i jej umożliwienia w przypadku spadku wskaźnika o więcej niż 2% lub wzrostu wskaźnika o więcej niż 2%. Zarzuty odwołania są formułowane w sytuacji gospodarczej, w której zmienność kosztów jest ustabilizowana i możliwa do przewidzenia oraz wkalkulowania odpowiednich ryzyk. Dostrzega to sam Odwołujący podnosząc w odwołaniu, że *„projekcja inflacji opublikowana 8 listopada przez Narodowy Bank Polski. Zgodnie z tą prognozą w pesymistycznym wariancie to jest w przypadku uwolnienia cen energii (co według najnowszych zapowiedzi rzędu nie wystąpi) Inflacja w skali roku ma wynieść 5,6 % w całym 2025 r i spaść do poziomu 2,7% w roku 2026."* W ocenie Izby, postanowienia umowy dotyczące waloryzacji spełniają wymogi art. 439 ustawy pzp i wbrew twierdzeniom Odwołującego zostały dostosowane do sytuacji gospodarczej. Zamawiający przewidział waloryzację w przypadku zmiany wskaźnika o więcej niż 7%, a więc także w sytuacji, gdy wzrost cen może przewyższyć ryzyka wykonawcy wliczone w cenę oferty. Tym samym w sytuacji wystąpienia zjawisk dezaktualizujących stan stabilności kosztowej, klauzula waloryzacyjna, ustalająca minimalny próg zmienności kosztowej na poziomie 7% umożliwi przeprowadzenie waloryzacji.

Izba nie stwierdziła także naruszenia ustawy pzp w zakresie ustalonego w postanowieniach projektu umowy sposobu liczenia oraz okresów waloryzacyjnych. Odwołujący podnosił ich nieprecyzyjność w zakresie sposobu porównywania wskaźników rocznych, limitu waloryzacji oraz okresów, w których waloryzacja będzie możliwa.

Analizując zmodyfikowane postanowienia umowy w zakresie waloryzacji Zamawiający określił, że możliwa będzie zmiana cen materiałów w sytuacji, gdy roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych przekroczy 7%. Jakkolwiek dwukrotne wskazanie na wskaźnik cen w ust. 14 par. 10 projektu umowy można by uznać za nieprecyzyjne, na co zwracał uwagę Odwołujący na rozprawie. Niemniej jednak, mając na względzie, że postanowienia umowy należy czytać łącznie to ust. 15 wyjaśnia, że Zamawiający będzie kierował się nie innym wskaźnikiem bliżej nie sprecyzowanym (zmiany cen materiałów) ale właśnie rocznym wskaźnikiem cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanym w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Zamawiający określił więc zgodnie z art. 439 ustawy pzp poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, którego osiągnięcie będzie uprawniać do żądania zmiany wynagrodzenia oraz sposób zmiany wynagrodzenia. Jeśli w danym roku (czyli w styczniu, jak podnosił Odwołujący na rozprawie, kiedy ogłaszany jest komunikat za rok poprzedni) roczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego przekroczy 7%, a wykonawca stosownymi dokumentami wykaże także wpływ wzrostu tego wskaźnika na ceny materiałów budowlanych koniecznych dla realizacji przedmiotowej inwestycji i ich wzrost o ponad 7% to możliwa będzie waloryzacja tych cen o procent ww. wskaźnika. Zamawiający w ust. 15 sprecyzował: *„Dokumentami będą przede wszystkim umowy z dostawcami materiałów budowlanych wraz z opłaconymi fakturami wystawionymi na rzecz Wykonawcy lub podwykonawców (dotyczy podwykonawców, z którymi umowy zostały zawarte na okres powyżej 6 miesięcy) za zamówione materiały budowlane w okresie objętym zmianą wskaźnika, pod warunkiem, że materiały te zostały wykorzystane i wbudowane w przedmiot niniejszego zamówienia oraz potwierdzone przez Inwestora."* Zamawiający zdecydował więc, z którego momentu ceny materiałów lub kosztów będą brane pod uwagę, celem ustalenia czy doszło do ich zmiany do poziomu przekraczającego wartość wskazaną przez Zamawiającego. Oczywistym jest, że brak będzie podstawy do waloryzacji wynagrodzenia w sytuacji, gdy zmiana cen materiałów lub kosztów wynikająca z komunikatu GUS nie będzie wpływała na koszt wykonania przedmiotowego zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający określił także maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia w zakresie cen materiałów jaką dopuszcza jednorazowo i wynosi ona *„odpowiednik wskaźnika GUS na dany rok i dotyczy wartości niezrealizowanego przedmiotu umowy brutto, proporcjonalnie do ilości miesięcy pozostałych do zakończenia umowy."* Czyli jeśli ogłoszony w komunikacie GUS ww. wskaźnik osiągnie przykładowo poziom 8%, a wykonawca

wykaże, że w okresie objętym zmianą wskaźnika nastąpił wzrost cen materiałów dotyczących zamówienia na poziomie przekraczającym 7% to wynagrodzenie wykonawcy będzie mogło zostać zwaloryzowane w zakresie wartości niezrealizowanego przedmiotu umowy brutto, proporcjonalnie do ilości miesięcy pozostałych do zakończenia umowy o wartość 8%. Zamawiający przewidział również maksymalną, łączną wartość takich zmian i wynosi ona *„do 2% niewykorzystanej wartości przedmiotu umowy brutto."* Zdaniem Izby nie ma tutaj sprzeczności, gdyż jak słusznie podnosił Zamawiający jednorazowa zmiana dotyczy części wynagrodzenia obejmującego koszt materiałów a nie koszt całej realizacji zamówienia, który zawiera również m.in. koszty pracy, a których waloryzację Zamawiający przewidział w odrębnych postanowieniach umownych. Natomiast łączna wysokość zmian odnosi się do całkowitego wynagrodzenia wykonawcy w części niewykorzystanej. Zasadnie podnosił Zamawiający, że określając łączną wysokość takich zmian Zamawiający musiał mieć na uwadze plan finansowy przeznaczony na realizację przedmiotowego zamówienia, a odniesienie się do wartości niewykorzystanej przedmiotu umowy brutto nie stanowi naruszenia postanowień art. 439 ustawy pzp.

Zamawiający dokonał również modyfikacji okresów, w których będzie możliwe dokonanie zmiany i ustalił, że pierwsza waloryzacja może nastąpić nie wcześniej niż po upływie 10 miesięcy od daty umowy. Zamawiający słusznie podnosił, że jest to okres, w zakresie którego wykonawcy mogą oszacować w ofercie odpowiednie ryzyka. Zamawiający założył, że zmiana nie może następować częściej niż co 6 miesięcy, a ostatnia zmiana może zostać dokonana nie później niż 5 miesięcy przed zakończeniem umowy.

Jakkolwiek postanowienia waloryzacyjne w zakresie cen materiałów nie przewidują tak rozbudowanego mechanizmu, jak wynika z żądania odwołania to jednak zawierają wszystkie niezbędne w świetle art. 439 ustawy pzp elementy. Dlatego też Izba nie stwierdziła w zakresie podniesionego zarzutu naruszenia ustawy pzp.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/3 i Odwołującego w części 2/3.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz przez Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, a także koszty dojazdu Zamawiającego na posiedzenie i rozprawę w wysokości 517,50 zł (łącznie 27.717,50 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 18.478,33 zł (27.717,50 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5.122,00 zł, stanowiącą zaokrągloną do pełnych złotych różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: ……