Sygn. akt: KIO 2361/23

WYROK

z dnia 26 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 21 września 2023r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2023 r.
przez odwołującego: STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Powiat Kolski – Powiatowy Zarząd Dróg w Kole ul. Toruńska 200, 62-600 Koło

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu 1b. t.j. wprowadzenie wymogu wykazania przez wykonawcę podstaw waloryzacji tj. udowodnienia wysokości zmiany wynagrodzenia w oparciu o księgowe wyliczenia wskazujące na wysokość zmiany oraz dowody na zwiększenie kosztów realizacji umowy, co zdaniem wykonawcy jest wymaganiem nadmiernym, w szczególności w sytuacji określenia w PPU waloryzacji wskaźnikowej,
2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie t.j.:

2.1 poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzacje wynagrodzenia na zbyt wysokim poziomie tj. 10% (poziom wskaźnika inflacji cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego), co przy jednoczesnym określeniu dodatkowych nadmiernych i nieuzasadnionych warunków waloryzacji tj. limitu waloryzacji, czasokresu w którym waloryzacja może być dokonana jak też sposobu określenia wskaźnika waloryzacji spowoduje brak możliwości wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku wzrostu kosztów realizacji zadania, co w konsekwencji oznacza określenie przez zamawiającego w PPU pozornej klauzuli waloryzacyjnej,

2.2 wprowadzenia w § 20 ust. 14 pkt 5 PPU warunku waloryzacji, zgodnie z którym waloryzacja na wniosek wykonawcy może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje roboty w terminach określonych w umowie i HRF, co oznacza brak możliwości wnioskowania o waloryzacje wynagrodzenia w sytuacji opóźnień w realizacji robót z przyczyn niezależnych od wykonawcy, co stanowi bezpodstawne przerzucenie na wykonawcę robót ryzyka wzrostu cen w przypadku przedłużenia terminów realizacji za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, jak też w sytuacji w której przedłużenie terminów realizacji nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,

2.3.wprowadzenia w § 20 ust. 14 pkt 7 PPU warunku, że waloryzacji będą podlegać wartości robót poświadczonych w protokołach odbioru, które zostaną uznane za wykonane i odebrane bez wad, co stanowi wymóg nadmierny i nieuzasadniony w zakresie podstaw waloryzacji, a co więcej jawnie sprzeczny z zasadami powszechnie obowiązującego prawa zgodnie z którymi obowiązkiem zamawiającego jest odbiór robót nawet w przypadku stwierdzenia wad, chyba że wady te będą miały charakter istotny,

2.4. wskazanie w §17 PPU zasad odbioru przedmiotu zamówienia, w sposób sprzeczny z przepisami kodeksu cywilnego, tj. przez określenie możliwości odmowy odbioru robót w sytuacji wystąpienia wad nadających się do usunięcia i nie uniemożliwiających użytkowania przedmiotu umowy

3. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego** Powiat Kolski – Powiatowy Zarząd Dróg w Kole ul. Toruńska 200, 62-600 Koło

i

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (sł.: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego:** STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, tytułem wpisu od odwołania

3.2.zasądza od **zamawiającego** Powiat Kolski – Powiatowy Zarząd Dróg w Kole ul. Toruńska 200, 62-600 Koło na rzecz **odwołującego** STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

**Przewodniczący:……..……..……..

Statystycznym, w układzie analogiczny okres poprzedniego roku = 100 (dalej jako „Wskaźnik waloryzacji ”), przy łącznym spełnieniu następujących warunków:

1)każda ze Stron jest uprawniona do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia tylko raz, po ~~12~~ 6 miesiącach od dnia zawarcia Umowy o wysokość Wskaźnika waloryzacji w porównaniu z analogicznym miesiącem roku, w którym zawarto Umowę tj. odpowiadającym nazwie miesiąca, w którym zawarto Umowę

2)poziom zmiany wartości procentowej Wskaźnika waloryzacji uprawniający Strony do żądania zmiany wynagrodzenia musi przekroczyć ~~3~~10%. W przypadku, gdy Wskaźnik waloryzacji dla okresu, o którym mowa w pkt 1 powyżej nie przekroczy tego poziomu, wynagrodzenie Wykonawcy nie podlega żadnej waloryzacji na podstawie niniejszego ustępu,

3)jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert w Postępowaniu, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert,

4)waloryzacja nie dotyczy robót wykonanych przed pierwszym dniem uprawniającym Strony do żądania zmiany wynagrodzenia zgodnie z pkt 1 powyżej , tj. robót które zostały faktycznie wykonane przed tym dniem. Wykonawca obowiązany jest zgłosić wykonane roboty Nadzorowi Inwestorskiemu i Zamawiającemu w celu określenia wartości zrealizowanych robót niepodlegających waloryzacji,

5)waloryzacja nie będzie dotyczyć zakresu robót wykonanego przez Wykonawcę po umownym terminie realizacji robót, w sytuacji gdy przekroczenie terminu realizacji robót nastąpiło z przyczyn zależnych od Wykonawcy,

ewentualnie;

waloryzacja na wniosek Wykonawcy może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację ~~realizuje roboty w terminach określonych w Umowie i HRF~~, **nie jest w zwłoce w realizacji przedmiotu umowy**,

6)w przypadku wzrostu lub obniżenia Wskaźnika waloryzacji, waloryzacja będzie polegała odpowiednio na wzroście lub obniżeniu wynagrodzenia za roboty pozostałe do wykonania od pierwszego dnia uprawniającego Strony do żądania zmiany wynagrodzenia zgodnie z pkt 1 powyżej, o wartość procentową Wskaźnika waloryzacji,

7)waloryzacji będą podlegać wartości robót poświadczonych w protokołach odbioru, które zostaną uznane za wykonane i odebrane ~~bez Wad~~; Za wykonane i odebrane roboty Zamawiający będzie uważał tylko te, dla których zostały wystawione protokoły odbioru robót oraz które zostały przez Zamawiającego odebrane, przy czym waloryzacji nie ulegają wartości robót dodatkowych,

8)w przypadku likwidacji Wskaźnika waloryzacji lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa powyżej, stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy Wskaźnik lub podmiot,

9)maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia brutto, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania niniejszych postanowień, nie przekroczy 10~~5~~ % Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy.

15.~~W przypadkach, o których mowa w ust. 14, do wniosku o waloryzację Wykonawca winien złożyć Zamawiającemu pisemne oświadczenie o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w tych przypadkach. Do oświadczenia należy dołączyć księgowe wyliczenia wskazujące na wysokość zmiany wynagrodzenia, dowody potwierdzające wzrost kosztów realizacji Umowy oraz zaktualizowany HRF. Waloryzacja wynagrodzenia w oparciu o Wskaźnik waloryzacji będzie dotyczyła wyłącznie tych części wynagrodzenia, w zakresie których Wykonawca wykaże zwiększenie kosztów realizacji Umowy na podstawie dowodów, o których mowa w zdaniu poprzednim. Wyliczenia te będą przedmiotem weryfikacji drugiej Strony~~. Zmiana wynagrodzenia będzie wymagała zawarcia aneksu do Umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

oraz nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie §17 ust. 5, 12, 14, 17 PPU (zasad odbioru) do zgodności z powszechnie obowiązującym prawem - w przykładowy sposób:

5.Nadzór Inwestorski nie jest obowiązany do potwierdzania odbioru całości robót wchodzących w zgłoszony zakres odbioru częściowego, jeżeli w trakcie procesu odbierania zostaną stwierdzone Wady **istotne** w ich wykonaniu lub nie zostanie potwierdzona przez Nadzór Inwestorski gotowość do przeprowadzenia tego odbioru, **przez co należy rozumieć stan niezupełny robót**. **W przypadku wystąpienia wad nieistotnych/usterek** Nadzór Inwestorski **podpisze protokół odbioru z wyznaczeniem terminu na ich usunięcie**, ~~uprawniony jest podpisać protokół odbioru częściowego z Usterkami z wyznaczeniem terminu na ich usunięcie~~. W przypadku wystąpienia Wad **istotnych** Nadzór Inwestorski odmówi dokonania odbioru częściowego do czasu usunięcia Wad i złożenia przez Wykonawcę ponownego

zawiadomienia o osiągnięciu gotowości do odbioru częściowego. Wykonawca jest zobowiązany usunąć wszelkie Usterki zgłoszone w Protokole odbioru częściowego i uzyskać potwierdzenie usunięcia Usterek przez Nadzór Inwestorski. Wykonawca jest zobowiązany zgłaszać konieczność dokonania odbioru wykonanych robót oraz ponoszenia ewentualnych kosztów dodatkowych odbiorów występujących w przypadku, gdy ich pierwsze i kolejne terminy były nieskuteczne.

12. Kierownik budowy zgłasza stosownym wpisem w dzienniku budowy oraz na piśmie do Zamawiającego osiągniecie przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego, a Nadzór Inwestorski oraz Zamawiający dokonują oceny stanu gotowości w terminie 7 dni roboczych od dnia zgłoszenia w dzienniku budowy gotowości do dokonania odbioru końcowego. ~~Stwierdzone przez Nadzór Inwestorski i Zamawiającego przyczyny braku potwierdzenia gotowości, które mogą być spowodowane np.: brakiem uporządkowania terenu budowy i terenów przyległych lub inne uniemożliwiającej prowadzenie czynności odbiorowych, zostaną przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego w terminie o którym mowa w zdaniu pierwszym.~~

14. Podpisanie protokołu odbioru końcowego nastąpi, gdy:

1)Zamawiający nie stwierdzi **Wad istotnych** ~~Usterek albo~~

~~2)Zamawiający stwierdzi wystąpienie Usterek i sporządzi zamkniętą listę Usterek, która będzie stanowić załącznik do protokołu odbioru końcowego oraz wyznaczy termin na ich usunięcie nieprzekraczający 60 dni. W uzasadnionych przypadkach termin ten może zostać wydłużony.~~ Podpisanie protokołu odbioru końcowego potwierdzającego termin realizacji Umowy nie nastąpi w przypadku stwierdzenia Wad **istotnych** lub w przypadku niewykonania całości zakresu Przedmiotu Umowy.

17. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone Wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1)Zamawiający odmówi dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia Wad istotnych lub stwierdzenia braków w stosunku do zakresu Przedmiotu Umowy **uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy; w przypadku stwierdzenia innego rodzaju Wad niż istotne, Zamawiający dokona odbioru** i:

2)jeżeli Wady nadają się do usunięcia - Zamawiający wyznaczy technicznie uzasadniony i uzgodniony z Wykonawcą termin na usunięcie stwierdzonych Wad ~~oraz termin ponownego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego. Wyznaczenie dodatkowego terminu nie uchybia prawu Zamawiającego do naliczenia kar umownych~~;

3)jeżeli Wady nie nadają się do usunięcia i uniemożliwiają korzystanie z Przedmiotu Umowy lub części Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, wówczas Zamawiający może odstąpić od Umowy i żądać zapłaty kar umownych. Uprawnienie do odstąpienia od Umowy, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym przysługuje Zamawiającemu w terminie 120 dni od dnia stwierdzenia Wady w toku czynności odbioru końcowego.

IV.Interes prawny:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Postanowienia zawarte we wzorze umowy, będącym załącznikiem do SWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający narusza w szczególności równowagę Stron umowy. Konstruuje niektóre jej postanowienia w sposób nieuzasadniony uprzywilejowując Zamawiającego - co w przypadkach wskazanych w odwołaniu nie powinno podlegać ochronie.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ, jako że chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana - zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z Zamawiającym.

IV. Terminy:

29.08.2023 r. - opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu,

Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wyższa od progów unijnych. Odwołujący składając odwołanie w dniu 07.09.2023 r. czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

Uzasadnienie zarzutów 1-3:

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. Trwający 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. Warto również podkreślić, iż ten mechanizm urealnienia wynagrodzenia wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyk kontraktowych.

Zamawiający wprowadził do projektowanych postanowień umownych postanowienia, które pozornie spełniają wymagania zawarte w art. 439 PZP - mowa tutaj o § 20 ustęp 14 i 15 Wzoru Umowy. Zdaniem Odwołującego przedmiotowe postanowienia umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 PZP. Podkreślić należy, że istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy:

„ c) Obligatoryjna klauzula dotycząca zmiany wysokości wynagrodzenia

W art. 439 ust. 1 projektu ustawy wprowadza się obowiązek zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia.”

Należy zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu projektu ustawy wprost użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Tym samym odwołując się do językowego rozumienia pojęcia „waloryzacja” uznać należy, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmienionym poziomie - zgodnie z powszechnym, językowym rozumieniem słowa „waloryzacja”. Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację rozumie: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych ustalonych w danej jednostce monetarnej na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza.

Tymczasem Zamawiający przyjął następujące założenia dla waloryzacji:

a.Pierwsza waloryzacja będzie miała miejsce dopiero po 12 miesiącach obowiązywania Umowy - biorąc pod uwagę okres, jaki upłynie pomiędzy złożeniem ofert, a zawarciem Umowy - Wykonawca może złożyć wniosek o waloryzację dopiero po 1,5 roku od dnia złożenia oferty, co przy jednoczesnym zakazie waloryzacji „wstecz” (tj. w zakresie robót wykonanych i odebranych przed złożeniem wniosku) oznacza, że bardzo znacząca część wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie w ogóle podlegać waloryzacji.

b.Zasadę, że warunkiem waloryzacji jest co najmniej 10% wskaźnik waloryzacji - skutkiem tego inflację niższą niż 10% każdy wykonawca doliczy do ceny oferty. W przypadku, gdyby inflacja była niższa niż 10%, Zamawiający poniesie koszt, którego mógłby nie ponieść w przypadku braku tego ograniczenia; co więcej biorąc po uwagę dane archiwalne GUS, osiągniecie przez Wykonawcę wskaźnika waloryzacyjnego wymaganego przez Zamawiającego jest nierealne. Poniżej Odwołujący zamieścił wykres obrazujący zmiany cen w budownictwie w latach 2013- 2022. Ze wskazanego wykresu dobitnie wynika, że inflacja rok do roku w budownictwie nigdy nie osiągnęła pułapu 10%, za wyjątkiem roku 2022, co jak powszechnie wiadomo wynikało z nadzwyczajnej okoliczności jaką było rozpoczęcie wojny w Ukrainie. Zaistnienie po raz kolejny tego rodzaju nadzwyczajnej sytuacji jest bardzo mało prawdopodobne.

Zmiany cen w budownictwie w latach 2013-2022 w stosunku do analogicznego okresu poprzedniego roku (w%) – vide odwołanie - akta sprawy.

c.Konieczność sporządzania uzasadnienia i przedstawiania dowodów dotyczących wzrostu kosztów realizacji inwestycji

- podczas gdy jednocześnie waloryzacja opiera się na oficjalnych danych Głównego Urzędu Statystycznego, które są obiektywne i - jako fakt notoryjny - nie wymagają dowodzenia;

d.Całkowity wzrost wynagrodzenia nie może przekroczyć 5% wynagrodzenia brutto w ciągu 25 miesięcy realizacji umowy (!). Wykonawca musi zatem z góry założyć, że w przypadku wzrostu kosztów realizacji umowy np. o 20%, jego wynagrodzenie zostanie zwiększone wyłącznie o 5%. Wprowadzenie tylko takiego warunku zmiany umowy w sposób oczywisty łamie zasadę zachowania ekwiwalentności świadczeń, co więcej oderwane jest od realiów rynkowych i warunków realizacji przedmiotu umowy.

Dodać w tym miejscu należy, że Ministerstwo Infrastruktury mając na uwadze świadomość rosnących cen, na podstawie przeprowadzonych w Ministerstwie analiz i w wyniku ustaleń z branżą wykonawczą, podwyższyło obecnie limit waloryzacji dla kontraktów zawartych z GDDKiA do 10% wartości kontraktu (wcześniej było to maksymalnie 5%). Zdaniem Ministerstwa „wyższy limit waloryzacji pozwoli na ustabilizowanie rynku budowlanego i pozytywnie wpłynie na tempo realizacji kontraktów, a także zniweluje zagrożenie dla ciągłości prac budowlanych" (źródło: https://www.gov.pl/web/gddkia/waloryzacja-a-zmiany-cen-na-rynku—nowe-danel 7) - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - 22.09.2022r.

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

e.Wskazania, że warunkiem waloryzacji jest terminowe wykonywanie robót przez Wykonawcę, bez różnicowania sytuacji z jakich przyczyn dojdzie do opóźnień w wykonaniu przedmiotu umowy, tym samym Wykonawca będzie ponosił 100% ryzyko wzrostu kosztów realizacji również w sytuacji w której przekroczenie terminów realizacji nastąpiło z przyczyn całkowicie niezależnych od Wykonawcy, co stanowi rażące naruszenie zasady swobody umów i równowagi stron. Co więcej tego rodzaju postanowienie oznacza poniesienie przez Wykonawcę całkowitego ryzyka wzrostu cen nie tylko w sytuacjach przez siebie niezawinionych, ale również w sytuacjach całkowicie zawinionych przez Zamawiającego, czyli np. również w sytuacji w której Zamawiający nie wywiąże się z obowiązku z dostarczenia prawidłowej dokumentacji projektowej (art. 647 k.c.) czy w sposób nieprawidłowy dokona opisu przedmiotu zamówienia (art. 99 pzp). Tego rodzaju określenie warunków waloryzacji oznacza, że nawet najmniejsze przekroczenie terminów określonych w HRF prowadzić będzie do wyłączenia możliwości wnoszenia przez Wykonawcę o waloryzację wynagrodzenia, co w realiach związanych z realizacją robót budowlanych stanowi ryzyko bardzo realne. Tym samym jeżeli nawet Zamawiający uważa, że kwestia opóźnień w realizacji powinna stanowić element klauzuli waloryzacyjnej to powinien kwestię tą ustalić z poszanowaniem przepisów prawa, a tym samym wyłączyć możliwość waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy tylko w sytuacji w której po stronie Wykonawcy wystąpiła zwłoka w wykonaniu przedmiotu umowy.

Dodatkowo zdaniem Wykonawcy, rozpatrywany element klauzuli waloryzacyjnej powinien uwzględniać wyłącznie sytuacje w których nastąpiło przekroczenie terminu realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy. Innymi słowy z mechanizmu waloryzacyjnego powinny być wyłączone roboty wykonane po terminie z przyczyn zależnych od Wykonawcy. Elementem wyłączającym waloryzację nie powinna być zwłoka w wykonaniu jakiejkolwiek pozycji HRF w sytuacji w której wykonanie całej Inwestycji nie jest zagrożone. Aby wykluczyć możliwość nadużywania elementu „zwłoki", jako przesłanki negatywnej waloryzacji powinna ona nie tylko obiektywnie nastąpić ale również dotyczyć całego przedmiotu zamówienia.

f.analogiczne wnioski dotyczą również postanowienia zgodnie z którym waloryzacji będą podlegać wyłącznie roboty odebrane przez Zamawiającego bez Wad. Tego rodzaju warunek oznacza, że jakakolwiek wada nawet nieistotna w wykonanych robotach pozbawia Wykonawcę możliwości waloryzacji, co jest sprzeczne z jej istotą i celem. Waloryzacja nie powinna być „nagrodą" dla Wykonawcy za bezusterkowe wykonanie robót. Oczywiste jest, że warunkiem uzasadniającym waloryzację powinien być odbiór robót, niemniej przeprowadzony zgodnie z zasadami powszechnie obowiązującego prawa. Kwestią bezsporną jest tymczasem to, że zastrzeżenia umowne dotyczące odbiorów bezusterkowych, uznawane są w orzecznictwie sądów powszechnych za postanowienia bezskuteczne (więcej na ten temat, przy okazji uzasadnienia zarzutu 4).

Biorąc pod uwagę powyższe - żeby realizacja umowy miała sens ekonomiczny - wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie oferty w/w ryzyka - co czyni waloryzację umowną całkowicie pozorną. W oparciu o klauzulę waloryzacyjną w obecnym brzmieniu wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby

zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Każdy racjonalnie działający wykonawca będzie miał świadomość powyższego - a zatem i tak będzie zmuszony uwzględnić w cenie oferty ryzyko wzrostu cen. A zatem Zamawiający - poprzez takie a nie inne ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej - działa de facto na swoją szkodę: otrzyma oferty z cenami znacznie wyższymi, niż w przypadku, gdyby klauzula waloryzacyjna uczciwie uwzględniała zmiany kosztów realizacji zamówienia.

Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 marca 2022 roku, sygn. akt: KIO 440/22: „Należy także podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale takie zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m. in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkowa kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeżeli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen - w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty - nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegania jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiający dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. ”

Analogiczne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21 - „Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenie oferty. (...) Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy. ”

Z wyżej wskazanych orzeczeń jednoznacznie wynika, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Przyjęcie z góry założenia, że zmiana wynagrodzenia możliwa jest jedynie w sytuacji osiągnięcia wskaźnika waloryzacji określonego na bardzo wysokim pułapie, przy jednoczesnym określeniu bardzo niskiego limitu waloryzacji, przy określeniu dodatkowych wymogów i warunków w oczywisty sposób nie spełnia tych wymagań.

Zgodnie z art. 353 zn.1 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia

społecznego. Tymczasem klauzula waloryzacyjna w obecnym brzmieniu naruszą: zarówno zasady współżycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego. Prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej - trudno jednak uznać, żeby obecne brzmienie § 20 realizowało te zasady.

Uzasadnienie zarzutu nr 4:

W ocenie Odwołującego, Zamawiający określił we wzorze Umowy zasady odbioru częściowego i końcowego robót w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązanym prawem. Zgodnie z §17 Zamawiający wskazał na możliwość nie dokonania odbioru w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad bez ich różnicowania na wady istotne i nieistotne. Zamawiający gwarantując sobie możliwość niedokonania odbioru robót w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad próbuje obejść zakaz określenia w umowach na roboty budowlane tzw. „bezusterkowego" odbioru robót.

Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem, odbiór robót budowlanym jest obowiązkiem Inwestora. W orzecznictwie przesądzone zostało, że jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor zobowiązany jest dokonać ich odbioru. Przyjmuje się, że nie można uznać, że zamawiający może odmówić przyjęcia robót w przypadku dotknięcia tych robót jakimikolwiek wadami, skoro z chwilą odbioru zamawiający nabywa wobec wykonawcy - w związku z ich stwierdzeniem - roszczenia z tytułu rękojmi i ewentualnie gwarancji jakości, o ile taka była przewidziana w umowie. Ponadto podkreślane jest w orzecznictwie, że Zamawiający może odmówić przyjęcia robót, jeżeli roboty te nie osiągnęły gotowości do odbioru, a więc w ogóle nie zostały wykonane, albo jeżeli wady tych robót są tego rodzaju, że uniemożliwiają wykorzystanie rezultatu robót zgodnie z przeznaczeniem. W takiej sytuacji mamy do czynienia z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane (Wyrok SA w Białymstoku dnia 5 czerwca 2013 r. I ACa 806/12, Wyrok SA w Białymstoku z dnia 27.10.2017 roku, sygn.akt: I ACa 321/17, Wyrok SA w Szczecinie z dnia 29.03.2017 roku, sygn.akt: I ACa 944/16

Analogiczne stanowisko wyrażone zostało w Wyroku z dnia 3 sierpnia 2017 r., w sprawie o sygn.akt: I ACa 689/16, w którym Sąd Apelacyjny w Warszawie wskazał, że: „.. .odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, uznać należy za nieważne, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 KC. Sąd Apelacyjny podkreślił, że w sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualnego wykazu 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. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 KC i art. 638 KC, jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane...." Ponadto, jak słusznie wskazał, Sąd Apelacyjny w Krakowie jedynie takie wady, które uniemożliwiają korzystanie z obiektu i świadczą o braku zakończenia prac dają podstawę do odmowy przyjęcia przedmiotu robót; Z art. 647 KC zawierającego definicję umowy o roboty budowlane wynika, że odebranie obiektu jest obowiązkiem inwestora (zamawiającego), zatem nie może on uzurpować sobie uprawnienia do jednostronnej decyzji w tej kwestii. Zapisy umowy, które by nadawały zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego decydowania o dokonaniu odbioru przedmiotu robót sprzeciwiałyby się naturze stosunku prawnego, jakim jest umowa o roboty budowlane (Wyrok SA w Krakowie z dnia 8 marca 2016 r, Sygn. akt: I ACa 1626/15, analogicznie SA w Warszawie, Wyrok z dnia 10 marca 2015 r, Sygn. akt: VI ACa 684/14). Tymczasem we Wzorze Umowy znajduje się szereg postanowień, które w jawny sposób naruszają wskazane powyżej zasady. Zamawiający nie różnicując sytuacji w których może odmówić odbioru robót gwarantuje dla siebie prawo do odmowy odbioru w każdej sytuacji w której uzna, że roboty zostały wykonane w stanie niezupełnym, lub dotknięte są jakimikolwiek usterkami. Takie uregulowania umowne są w świetle powyższego orzecznictwa bezsprzecznie nieprawidłowe.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 r. poz. 1605 - dalej: „ustawa Pzp"), działając w imieniu Zamawiającego na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, które przedkładam w załączeniu, wnoszę o:

I.oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadne;

II.obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

UZASADNIENIE

[zarzut z pkt 1 lit. b oraz pkt 2]

Zamawiający podnosi, że dnia 18 września 2023 r. dokonał następującej zmiany specyfikacji warunków zamówienia:

§ 20 ust. 14 pkt 5 załącznika nr 11 do SWZ - Wzór umowy

Jest:

5) waloryzacja na wniosek Wykonawcy może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje roboty w terminach określonych w Umowie i HRF,

Powinno być:

5) waloryzacja na wniosek Wykonawcy może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje roboty **bez zwłoki względem terminów określonych w Umowie i HRF**,

§ 20 ust. 15 załącznika nr 11 do SWZ - Wzór umowy

Jest:

15. W przypadkach, o których mowa w ust. 14, do wniosku o waloryzację Wykonawca winien złożyć Zamawiającemu pisemne oświadczenie o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w tych przypadkach. Do oświadczenia należy dołączyć księgowe wyliczenia wskazujące na wysokość zmiany wynagrodzenia, dowody potwierdzające wzrost kosztów realizacji Umowy oraz zaktualizowany HRF. Waloryzacja wynagrodzenia w oparciu o Wskaźnik waloryzacji będzie dotyczyła wyłącznie tych części wynagrodzenia, w zakresie których Wykonawca wykaże zwiększenie kosztów realizacji Umowy na podstawie dowodów, o których mowa w zdaniu poprzednim. Wyliczenia te będą przedmiotem weryfikacji drugiej Strony. Zmiana wynagrodzenia będzie wymagała zawarcia aneksu do Umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Powinno być:

Zamawiający wykreśla w całości § 20 ust. 15 załącznika nr 11 do SWZ - Wzór umowy.

Wobec powyższych zmian specyfikacji warunków zamówienia zarzuty odwołania są oczywiście bezzasadne, a ponadto odpadł substrat zaskarżenia. Kwestionowane zapisy zostały bowiem w sposób istotny zmodyfikowane przez Zamawiającego.

[Zarzut z pkt 1 lit. a]

Zarzut jest oczywiście bezzasadny. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. KIO 2063/22: Mechanizm waloryzacji jest rozwiązaniem szczególnym mającym na celu ograniczenie (a nie wyłączenie) ryzyka stron związanego ze zmianą cen materiałów bezpośrednio związanych z realizacją zamówienia. Z przepisów p.z.p. nie wynika, że strona wnioskująca o waloryzację w szczególności Wykonawca, uzyska pełne czy też proporcjonalne pokrycie zmian cen materiałów. Pokrycie to nastąpi w sposób limitowany, wynikający z postanowień umowy.

Odwołujący natomiast wprost przyznaje w odwołaniu: Odwołujący zamieścił wykres obrazujący zmiany cen w budownictwie w latach 2013-2022. Ze wskazanego wykresu dobitnie wynika, że inflacja rok do roku w budownictwie nigdy nie osiągnęła pułapu 10% za wyjątkiem roku 2022, co jak powszechnie wiadomo wynikało z nadzwyczajnej okoliczności jaką było rozpoczęcie wojny w Ukrainie. Zaistnienie po raz kolejny tego rodzaju nadzwyczajnej sytuacji jest bardzo mało prawdopodobne.

Wobec powyższego, twierdzenie jakoby klauzula waloryzacyjna miała charakter pozorny jest bezpodstawne. Realia rynkowe oraz dane historycznie jednoznacznie potwierdzają, że interes wykonawców, w przypadku zaistnienia sytuacji nadzwyczajnych takich jak np. wojna w Ukrainie, został zabezpieczony przez Zamawiającego.

Odwołujący ponadto podkreśla, że: (...) skutkiem tego inflację niższą niż 10% każdy wykonawca doliczy do ceny oferty. Odwołujący tym samym potwierdził, że wzrost cen do poziomu niepodlegającego waloryzacji umownej, jest w stanie skalkulować w cenie oferty, a co za tym idzie jest to normalne ryzyko kontaktowe, przed którym Odwołujący może się zabezpieczyć.

Nie jest też prawdą, że: bardzo znaczna część wynagrodzenia Wykonawcy nie będzie w ogóle podlegać waloryzacji. Termin realizacji umowy został bowiem określony na 25 miesięcy zaś waloryzacja może nastąpić już po 12 miesiącach.

Wychodzi więc na to, że waloryzacja dotyczyć będzie ponad połowy czasu realizacji umowy.

Jeśli chodzi o poziom zmiany wynagrodzenia to należy wskazać, że określone 5% dotyczy całej wartości przedmiotu umowy, a nie tej pozostałej do waloryzacji. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2022 r. KIO 230/22: Przepis art. 439 ust. 2 pkt 4 p.z.p. pozostawia do decyzji Zamawiającego, jaka powinna być wartość zmiany wynagrodzenia, którą dopuszcza Zamawiający. Ustawodawca nie narzucił żadnych dodatkowych wymogów. W szczególności powyższy przepis nie nakłada na Zamawiającego wymogu oddania w waloryzacji pełnego zakresu zmian cen. Na Zamawiającego nie został nałożony obowiązek 100% rekompensaty zmian kosztów realizacji inwestycji z uwagi na wzrost cen materiałów budowlanych i surowców.

Ponadto za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2022 r. KIO 3579/21:

Z przepisów art. 439 ust. 2 w zw. z art. 436 pkt 2 w zw. z art. 431 p.z.p. nie wynika, że

zamawiający ma obowiązek zastosować wskaźnik wzrostu wynagrodzeń do zasad zmiany wynagrodzenia przysługującego wykonawcy, jak też nie wynika z nich, że wzrost zastosowanego wskaźnika ma się przekładać automatycznie w takiej samej wysokości na zmianę tego wynagrodzenia. W szczególności w art. 439 ust. 2 pkt 4 p.z.p. ustawodawca wskazał, że w umowie określa się maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzenia zmiany wysokości wynagrodzenia. Z przepisu tego wynika zatem, że do zamawiającego należy określenie wysokości zmian wynagrodzenia w wyniku zastosowania np. określonego wskaźnika, w tym wypadku wskaźnika inflacji.

W związku z powyższym oraz z uwagi na fakt, że Odwołujący, poza ogólnikowym wywodem, nie przedstawił żadnej konkretnej argumentacji uzasadniających modyfikację zastosowanej klauzuli waloryzacyjnej, zarzuty powinny zostać oddalone jako oczywiście bezzasadne.

[zarzuty z pkt 3 i 4]

W §1 załącznika nr 11 do SWZ - Wzór umowy Zamawiający zdefiniował i dokonał rozróżnienia pomiędzy „Wadą", a „Usterką":

11)**Usterka** - cecha w niewielkim stopniu zmniejszająca wartość wykonanych robót, dostaw lub usług, której usunięcie jest łatwe i możliwe do wykonania w krótkim terminie i stosunkowo niewielkim kosztem (**wada nieistotna);**

12)**Wada** - cecha istotnie zmniejszająca wartość wykonanych robót, dostaw lub usług ze względu na cel oznaczony w Umowie lub wykonanie niezgodnie z Dokumentacją projektową lub z obowiązującymi w tym zakresie warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, wiedzą techniczną i sztuką budowlaną, normami lub innymi dokumentami wymaganymi przepisami prawa, uniemożliwiająca czynienie właściwego użytku z Przedmiotu Umowy lub jego części, wyłączająca jego normalne wykorzystanie zgodnie z celem Umowy lub odbierająca mu istotne cechy właściwe tak pod względem funkcjonalnym jak i estetycznym lub istotne cechy wyraźnie zastrzeżone w Umowie (**wada istotna**).

Wada w odróżnieniu od Usterki nie może zostać w prosty sposób usunięta lub naprawiona, lecz wymaga ponownego wykonania danej roboty w całości lub w znaczącej części.

Biorąc pod uwagę powyższe, co Odwołujący zdaje się pominął, zarzuty powinny zostać oddalone jako oczywiście bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba nie stwierdza podstaw do odrzucenia odwołania w myśl brzmienia art.528 Pzp, a w szczególności co do terminu wniesienia odwołania, z uwzględnieniem uzasadnienia odwołania („29.08.2023 r. - opublikowane zostało ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu, Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wyższa od progów unijnych. Odwołujący składając odwołanie w dniu 07.09.2023 r. czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 Ustawy PZP, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie). Także w związku z brakiem wniosku zamawiającego na posiedzeniu o odrzucenie odwołania i stwierdzeniem przez Izbę, na podstawie dokumentacji zamawiającego, nie przekroczenia terminu do wniesienia odwołania, nie podlega odwołanie odrzuceniu.

Wobec powyższego w myśl art. 530 Pzp, Izba skierowała odwołanie do merytorycznego rozpoznania na rozprawie.

Izba stwierdza istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia (art.505 ust.1 Pzp), w szczególności z uwagi na następującą argumentację odwołania: „Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający narusza w szczególności równowagę Stron umowy. Konstruuje niektóre jej postanowienia w sposób nieuzasadniony uprzywilejowując

Zamawiającego - co w przypadkach wskazanych w odwołaniu nie powinno podlegać ochronie. Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady określone ustawą Pzp oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i dążeniu do zmiany postanowień SWZ, jako że chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana - zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z Zamawiającym".

Odwołanie zawiera następujące zarzuty i żądania:

Naruszenie art. 353^1 kc, art. 58 kc, art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp, art. 439 ust. 1, 2 pzp, w związku z art. 16 pzp przez ustalenie w § 20 ust. 14 pkt 1, 2, 9 i 15 Projektowanych Postanowień(niach) Umowy:

1. poziomu inflacji, która uzasadnia waloryzacje wynagrodzenia na zbyt wysokim poziomie tj. 10% (poziom wskaźnika inflacji cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego), co przy jednoczesnym określeniu dodatkowych nadmiernych i nieuzasadnionych warunków waloryzacji tj. limitu waloryzacji, czasokresu w którym waloryzacja może być dokonana jak też sposobu określenia wskaźnika waloryzacji spowoduje brak możliwości wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku wzrostu kosztów realizacji zadania, co w konsekwencji oznacza określenie przez zamawiającego w PPU pozornej klauzuli waloryzacyjnej,
2. wprowadzenie wymogu wykazania przez Wykonawcę podstaw waloryzacji tj. udowodnienia wysokości zmiany wynagrodzenia w oparciu o księgowe wyliczenia wskazujące na wysokość zmiany oraz dowody na zwiększenie kosztów realizacji Umowy, co zdaniem Wykonawcy jest wymaganiem nadmiernym, w szczególności w sytuacji określenia w PPU waloryzacji wskaźnikowej,
3. naruszenie art. 353^1 kc, art. 58 kc, art. 5 k.c. art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp, art. 439 ust. 1,2 pzp, art. 99 ust. 1 Pzp, art. 433 pkt 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie w § 20 ust. 14 pkt 5 PPU warunku waloryzacji, zgodnie z którym waloryzacja na wniosek Wykonawcy może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację realizuje roboty w terminach określonych w Umowie i HRF, co oznacza brak możliwości wnioskowania o waloryzacje wynagrodzenia w sytuacji opóźnień w realizacji robót z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, co stanowi bezpodstawne przerzucenie na Wykonawcę robót ryzyka wzrostu cen w przypadku przedłużenia terminów realizacji za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, jak też w sytuacji w której przedłużenie terminów realizacji nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,
4. naruszenie art. 353^1 kc, art. 58 kc, art. 5 k.c. art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp, art. 439 ust. 1, 2 pzp, 1 Pzp, Pzp przez wprowadzenie w § 20 ust. 14 pkt 7 PPU warunku, że waloryzacji będą podlegać wartości robót poświadczonych w protokołach odbioru, które zostaną uznane za wykonane i odebrane bez Wad, co stanowi wymóg nadmierny i nieuzasadniony w zakresie podstaw waloryzacji, a co więcej jawnie sprzeczny z zasadami powszechnie obowiązującego prawa zgodnie z którymi obowiązkiem Zamawiającego jest odbiór robót nawet w przypadku stwierdzenia wad, chyba że(za wyjątkiem wad, które) wady te będą miały charakter istotny,
5. naruszenie art. 353^1 k.c. i art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP przez wskazanie w §17 PPU zasad odbioru przedmiotu zamówienia, w sposób sprzeczny z przepisami kodeksu cywilnego, tj. przez określenie możliwości odmowy odbioru robót w sytuacji wystąpienia wad nadających się do usunięcia i nie uniemożliwiających użytkowania przedmiotu umowy

II.Żądania:

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, zmianę klauzuli waloryzacyjnej tj. § 20 ust 14 pkt 1, 2, 5, 7, 9 oraz § 20 ust. 15 PPU i doprowadzenie jej do zgodności z powszechnie obowiązującym prawem - w przykładowy sposób:

14.Wynagrodzenie Wykonawcy będzie ponadto waloryzowane w oparciu o wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej - pozycja ogółem, publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (dalej jako„GUS"), dostępny w Dziedzinowej Bazie Wiedzy:

http://swaid.stat.gov.pl/Ceny_dashboards/Raporty_predefiniowane/RAP_DBD_CEN_30.aspx lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie analogiczny okres poprzedniego roku = 100 (dalej jako „Wskaźnik waloryzacji "), przy łącznym spełnieniu następujących warunków:

1)każda ze Stron jest uprawniona do żądania zmiany wysokości wynagrodzenia tylko raz, po ~~12~~ 6 miesiącach od dnia zawarcia Umowy o wysokość Wskaźnika waloryzacji w porównaniu z analogicznym miesiącem roku, w którym zawarto Umowę tj. odpowiadającym nazwie miesiąca, w którym zawarto Umowę

2)poziom zmiany wartości procentowej Wskaźnika waloryzacji uprawniający Strony do żądania zmiany wynagrodzenia musi przekroczyć ~~3~~10%. W przypadku, gdy Wskaźnik waloryzacji dla okresu, o którym mowa w pkt 1 powyżej nie przekroczy tego poziomu, wynagrodzenie Wykonawcy nie podlega żadnej waloryzacji na podstawie niniejszego ustępu,

3)jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert w Postępowaniu, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert,

4)waloryzacja nie dotyczy robót wykonanych przed pierwszym dniem uprawniającym Strony do żądania zmiany wynagrodzenia zgodnie z pkt 1 powyżej , tj. robót które zostały faktycznie wykonane przed tym dniem. Wykonawca obowiązany jest zgłosić wykonane roboty Nadzorowi Inwestorskiemu i Zamawiającemu w celu określenia wartości zrealizowanych robót niepodlegających waloryzacji,

5)waloryzacja nie będzie dotyczyć zakresu robót wykonanego przez Wykonawcę po umownym terminie realizacji robót, w sytuacji gdy przekroczenie terminu realizacji robót nastąpiło z przyczyn zależnych od Wykonawcy,

ewentualnie;

waloryzacja na wniosek Wykonawcy może nastąpić tylko i wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca na dzień złożenia wniosku o waloryzację ~~realizuje roboty w terminach określonych w Umowie i HRF~~, **nie jest w zwłoce w realizacji przedmiotu umowy**,

6)w przypadku wzrostu lub obniżenia Wskaźnika waloryzacji, waloryzacja będzie polegała odpowiednio na wzroście lub obniżeniu wynagrodzenia za roboty pozostałe do wykonania od pierwszego dnia uprawniającego Strony do żądania zmiany wynagrodzenia zgodnie z pkt 1 powyżej, o wartość procentową Wskaźnika waloryzacji,

7)waloryzacji będą podlegać wartości robót poświadczonych w protokołach odbioru, które zostaną uznane za wykonane i odebrane ~~bez Wad~~; Za wykonane i odebrane roboty Zamawiający będzie uważał tylko te, dla których zostały wystawione protokoły odbioru robót oraz które zostały przez Zamawiającego odebrane, przy czym waloryzacji nie ulegają wartości robót dodatkowych,

8)w przypadku likwidacji Wskaźnika waloryzacji lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa powyżej, stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy Wskaźnik lub podmiot,

9)maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia brutto, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania niniejszych postanowień, nie przekroczy 10~~5~~ % Wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy.

15.~~W przypadkach, o których mowa w ust. 14, do wniosku o waloryzację Wykonawca winien złożyć Zamawiającemu pisemne oświadczenie o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w tych przypadkach. Do oświadczenia należy dołączyć księgowe wyliczenia wskazujące na wysokość zmiany wynagrodzenia, dowody potwierdzające wzrost kosztów realizacji Umowy oraz zaktualizowany HRF. Waloryzacja wynagrodzenia w oparciu o Wskaźnik waloryzacji będzie dotyczyła wyłącznie tych części wynagrodzenia, w zakresie których Wykonawca wykaże zwiększenie kosztów realizacji Umowy na podstawie dowodów, o których mowa w zdaniu poprzednim. Wyliczenia te będą przedmiotem weryfikacji drugiej Strony~~. Zmiana wynagrodzenia będzie wymagała zawarcia aneksu do Umowy w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

oraz nakazanie Zamawiającemu doprowadzenie §17 ust. 5, 12, 14, 17 PPU (zasad odbioru) do zgodności z powszechnie obowiązującym prawem - w przykładowy sposób:

5.Nadzór Inwestorski nie jest obowiązany do potwierdzania odbioru całości robót wchodzących w zgłoszony zakres odbioru częściowego, jeżeli w trakcie procesu odbierania zostaną stwierdzone Wady **istotne** w ich wykonaniu lub nie zostanie potwierdzona przez Nadzór Inwestorski gotowość do przeprowadzenia tego odbioru, **przez co należy rozumieć stan niezupełny robót**. **W przypadku wystąpienia wad nieistotnych/usterek** Nadzór Inwestorski **podpisze protokół odbioru z wyznaczeniem terminu na ich usunięcie**, ~~uprawniony jest podpisać protokół odbioru częściowego z Usterkami z wyznaczeniem terminu na ich usunięcie~~. W przypadku wystąpienia Wad **istotnych** Nadzór Inwestorski odmówi dokonania odbioru częściowego do czasu usunięcia Wad i złożenia przez Wykonawcę ponownego zawiadomienia o osiągnięciu gotowości do odbioru częściowego. Wykonawca jest zobowiązany usunąć wszelkie Usterki zgłoszone w Protokole odbioru częściowego i uzyskać potwierdzenie usunięcia Usterek przez Nadzór Inwestorski. Wykonawca jest zobowiązany zgłaszać konieczność dokonania odbioru wykonanych robót oraz ponoszenia ewentualnych kosztów dodatkowych odbiorów występujących w przypadku, gdy ich pierwsze i kolejne terminy były nieskuteczne.

12. Kierownik budowy zgłasza stosownym wpisem w dzienniku budowy oraz na piśmie do Zamawiającego osiągniecie przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego, a Nadzór Inwestorski oraz Zamawiający dokonują oceny stanu gotowości w terminie 7 dni roboczych od dnia zgłoszenia w dzienniku budowy gotowości do dokonania odbioru końcowego. ~~Stwierdzone przez Nadzór Inwestorski i Zamawiającego przyczyny braku potwierdzenia gotowości, które mogą być spowodowane np.: brakiem uporządkowania terenu budowy i terenów przyległych lub inne uniemożliwiającej prowadzenie czynności odbiorowych, zostaną przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego w terminie o którym mowa w zdaniu pierwszym.~~

14. Podpisanie protokołu odbioru końcowego nastąpi, gdy:

1)Zamawiający nie stwierdzi **Wad istotnych** ~~Usterek albo~~

~~2)Zamawiający stwierdzi wystąpienie Usterek i sporządzi zamkniętą listę Usterek, która będzie stanowić załącznik do protokołu odbioru końcowego oraz wyznaczy termin na ich usunięcie nieprzekraczający 60 dni. W uzasadnionych przypadkach termin ten może zostać wydłużony.~~ Podpisanie protokołu odbioru końcowego potwierdzającego termin realizacji Umowy nie nastąpi w przypadku stwierdzenia Wad **istotnych** lub w przypadku niewykonania całości zakresu Przedmiotu Umowy.

17. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone Wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1)Zamawiający odmówi dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia Wad istotnych lub stwierdzenia braków w stosunku do zakresu Przedmiotu Umowy **uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy; w przypadku stwierdzenia innego rodzaju Wad niż istotne, Zamawiający dokona odbioru** i:

2)jeżeli Wady nadają się do usunięcia - Zamawiający wyznaczy technicznie uzasadniony i uzgodniony z Wykonawcą termin na usunięcie stwierdzonych Wad ~~oraz termin ponownego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego. Wyznaczenie dodatkowego terminu nie uchybia prawu Zamawiającego do naliczenia kar umownych~~;

3)jeżeli Wady nie nadają się do usunięcia i uniemożliwiają korzystanie z Przedmiotu Umowy lub części Przedmiotu Umowy zgodnie z przeznaczeniem, wówczas Zamawiający może odstąpić od Umowy i żądać zapłaty kar umownych. Uprawnienie do odstąpienia od Umowy, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym przysługuje Zamawiającemu w terminie 120 dni od dnia stwierdzenia Wady w toku czynności odbioru końcowego.

Izba uwzględnia zarzuty i żądania odwołania, za wyjątkiem zarzutu cofniętego to jest zarzutu 1b dot. rodzaju dowodów księgowych, wobec umorzenia w tej części postępowania odwoławczego („W tym miejscu oświadcza, że cofa zarzut 1b dot. rodzaju dowodów księgowych w tym jakie miał przedstawić wykonawca, aby uzyskać waloryzację wynagrodzenia" - vide protokół posiedzenia/rozprawy- akta sprawy).

Izba uwzględniając odwołanie w pełni podziela argumentację formalną i prawną zawartą w odwołaniu, którego treść przytoczona została we wstępnej części uzasadnienia wyroku. Z uwagi na treść art.554 ust.6 Pzp, Izba nie nakazuje zamawiającemu wprowadzenia do umowy postanowień o określonej treści.

Izba będąc ograniczona nakazem ustawowym wprowadzonym art.554 ust.6 Pzp odnosi się niniejszym tylko i wyłącznie do zasadności, co do przedstawionych zarzutów odwołania, nie odnosząc się i nie rozstrzygając o żądaniach, przez nakazanie wprowadzenia do umowy postanowień o określonej treści.

Niemniej rozstrzygając o zasadności poszczególnych zarzutów, **Izba** zwraca uwagę na ich zasadność z uwagi jak poniżej, nie powtarzając argumentacji odwołania, którą jak powyżej **Izba** zaznaczyła podziela w pełnym zakresie.

W złożonym odwołaniu podstawowym przepisem, którego naruszenie przywołuje odwołujący to art.439 ust.1 i ust.2 Pzp, który określa zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. W ocenie **Izby** słusznie odwołujący wskazuje na charakter tego przepisu, który nie posiada kazuistycznych rozwiązań co do okoliczności i sposobu zmian wynagrodzenia, pozostawiając dyspozycje zamawiającemu, w zależności od aktualnej sytuacji gospodarczej rynku. W związku z tym domaganie się przez odwołującego, korekty ustaleń zamawiającego w przyszłej umowie realizacji zamówienia, powinno odnosić się do aktualnego stanu gospodarki to jest jej przewidywalności, w kontekście stabilności rynku.

Izba rozstrzygając zawisły spór uwzględniła złożone w toku postępowania odwoławczego dowody przez odwołującego, wskazujące na dotychczasowy i przewidywany poziom inflacji, a także jego prognozy przez upoważnione instytucje państwowe, jak i instytucje badające rynek, w tym przypadku robót budowlanych drogowych. Według twierdzeń odwołującego ustalenia co do terminu początkowego waloryzacji (po 12 m-cach) oraz wysokość (do 5 % wynagrodzenia)

oraz w przypadku inflacji co najmniej 10%, jest niemiarodajna do oficjalnych prognoz zachowania się rynku (Inżynier K. R. wyjaśnia, że wg predykcji NBP inflacja będzie malała poniżej 10% i w związku z tym wymóg umowy że można dopiero wnioskować o wzrost wynagrodzenia w związku z inflacją po 12 miesiącach powoduje waloryzację jako fikcję, ponieważ po 12 miesiącach przewiduje się, z będzie ona poniżej 10%, i dlatego domagamy się możliwość zgłoszenia waloryzacji już po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia umowy, a nie dopiero po 12 miesiącach i w sytuacji, gdy inflacja wyniesie 3%, a nie 10% i jednocześnie wnioskujemy o wzrost 10% waloryzacji, a nie tyko 5% - vide protokół posiedzenia/rozprawy - akta sprawy).

Izba uwzględniając zarzuty odwołania oparła się na dowodach złożonych w toku posiedzenia, rozprawy, które uwiarygodniły twierdzenia jak i żądania odwołującego. I tak:

„Odwołujący składa dowody:

1. HRF (harmonogram rzeczowo-finansowy) wstępny wg dokumentacji i przedmiaru robót oraz czasu realizacji inwestycji, który obrazuje jakie roboty będą wykonywane w przewidywanym czasie, a z niego wynika, że kosztowne roboty będą wykonywane w ciągu pierwszych 12 miesięcy i stąd nasz wniosek, żeby prawo do wniosku waloryzacyjnego było już po 6, a nie 12 miesiącach od daty podpisania umowy. Wg tego harmonogramu wynika, że wartość robót w ciągu pierwszych 12 miesięcy wynosić będzie ok. 70% wartości robót. W tym miejscu inżynier K. R. uzupełnia, że cała obwodnica będzie miała ok. 6 km, większość robót ziemnych i konstrukcyjnych będzie znajdować się na obwodnicy. Planowane jest 70% robót zostanie wykonanych w ciągu 12 miesięcy. Sporządzony dokument HRF przez mgr inż. K. R., a zatwierdzony przez Kierownika Grupy N. J..
2. Przewidywany spadek inflacji w początkowym okresie realizacji inwestycji I kwartał, w nawiązaniu do pokazania przebiegu inflacji w odwołaniu, wskazujemy dalszą tendencję, która jest spadkowa, ciągle jest spadkowa. Wykazujemy, że w ciągu ostatnich 12 lat inflacja przekroczyła 10% tylko 1 raz (w okresie pandemii 2020 i wybuchu wojny na Ukrainie 2022). Czyli tutaj mamy prognozę na podstawie GUS -u to jest za okres wstecz, a na okresy następujące na podstawie Sekocenbudu, ponieważ tylko Sekocenbud publikuje takie prognozy i kończą się na I kwartale 2024 roku, też wykazują tendencję spadkową. Kończą się poniżej 10%. Wykonana przez członka sidir mgr inż. A. G.(…).
3. Projektowany poziom inflacji publikowany na stronie NBP, wydruk ze strony NBP. Z niego też wynika, że poziom 10% w pierwszym kwartale 2025 roku jest nieosiągalny. Są wskazane różne warianty, ale żaden z nich nie przewiduje wzrostu 10%. (…).
4. Kolejny dowód wskazuje na to, że Zamawiający publiczni już nie stosują waloryzacji do 5% tylko do 10% wartości wynagrodzenia umownego. W tym miejscu pełnomocnik Zamawiającego radca prawny wyjaśnia, że 5% jest przewidziane do wartości robót po 12 miesiącach od podpisania umowy, ale waloryzację do 5% liczymy od całej wartości umowy. Przedstawiam po 4 umowy z AQUANET, Gmina Miejska Wągrowiec, Gmina Swarzędz, Związek Międzygminny Puszcza Zielonka, są przedmiotem tych umów są roboty drogowe i stosują tam 10% waloryzacji, przy czym jeżeli chodzi o GDDKiA to ona powszechnie stosuje, według naszej wiedzy waloryzację na poziomie 10%. Też przywołuje link ze strony 7 odwołania, gdzie wykazuje, że GDDKiA stosuje 10% waloryzacji. Na str. 7 w połowie strony web GDDKiA waloryzacja”(…).

(vide protokół posiedzenia/rozprawy - akta sprawy)

Z kolei zamawiający nie zaprzeczył wiarygodności złożonych dowodów w trakcie posiedzenia, jak i nie zmienił stanowiska przed zamknięciem posiedzenia, co do żądania oddalenia odwołania (odpowiedź zamawiającego we wstępnej części uzasadnienia wyroku). Zamawiający złożył dowód, na okoliczność środków finansowych jakimi będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia, wskazując na ograniczoną ich wielkość, która uzasadnia przyjęte rozwiązania umowne co do zmiany wynagrodzenia. I tak:

„**Zamawiający** składa dowód:

1. Składa dowód na okoliczność, dofinansowania z Polskiego Ładu do 98% wartości zamówienia, przy wkładzie własnym Zamawiającego tylko 2% wartości. Z tego wynika, że 98% przy waloryzacji będzie musiał pokryć Zamawiający z własnych środków i wszelkie zamiary zwiększenia podstaw do waloryzacji i przez to większa kwota waloryzacji obciąży Zamawiającego, który jest powiatem o ludności ok. 80 000 i nie dysponuje takimi środkami publicznymi jak np. GDDKiA. Chodzi nam o to, aby Izba rozpatrując odwołanie, uwzględniła tę okoliczność i jednocześnie przywołujemy wyroki KIO, które tę okoliczność, tj. zasobność finansową Zamawiającego Izba przy rozstrzyganiu o waloryzacji uwzględniała tę sytuację: KIO 1048/22 z 06.05.2022 roku, KIO 134/23 z 31.01.2023 roku, KIO 1151/22 z 25.05.2022 roku. W jednym z wyroków stwierdzono, że Zamawiający przy określeniu zasad waloryzacji miał prawo wziąć pod uwagę jego sytuację finansową.”(vide protokół posiedzenia/rozprawy-akta sprawy).

W ocenie **Izby**, odwołujący słusznie zakwestionował wartość dowodową złożonego dokumentu („Wnoszę o nieprzyjęcie dowodu Zamawiającego. Raz dużo zakreśleń co do kwot, które przedmiot stanowiły dofinansowania, a poza tym z tego dowodu nie można wywieść, że nie będzie w stanie pokryć kwoty waloryzacji. Tym bardziej, że okres realizacji umowy będzie obejmowała 2 budżety" -vide protokół posiedzenia/rozprawy – akta sprawy).

Izba przyjmując dowód w sprawie oraz przywołane wyroki na jego poparcie stwierdza, że wyroki wydane były w innych stanach faktycznych i prawnych (np. dotyczy usług, a nie robót drogowych - inne elementy kosztowe mające wpływ na koszty), stwierdzały inny, czy też wręcz brak dowodowy w sprawach, na poparcie żądań zmiany wynagrodzenia w trakcie realizacji zamówienia. Owszem wynika z nich, że dysponentem zmian wynagrodzenia jest zamawiający, również w zależności od sytuacji finansowej zamawiającego. Natomiast przedłożony dokument jest wyciągiem z wniosku o dofinansowanie, a nie decyzją o przyznaniu środków, bądź umową określającą zasady i wysokość dofinansowania. W związku z powyższym złożony wniosek o dofinansowanie, nie stanowi dowodu, na okoliczność przywołaną przez zamawiającego, co do ograniczeń dofinansowania, czy wręcz braku zasadności zarzutów odwołania co do waloryzacji wynagrodzenia.

Izba również uznała za udowodnione pozostałe zarzuty odwołania, w tym co do znaczenia HRF przy obowiązującym ograniczeniu możliwości złożenia wniosku o waloryzację w przypadku nie dotrzymania terminów HRF, a nie końcowego odbioru robót. Izba również uznała za zasadne zarzuty odwołania co do odmowy odbioru robót, w warunkach gdy stwierdzone niezgodności nie mają wpływu na możliwość użytkowania przedmiotu zamówienia, podzielając w tym zakresie argumentację formalną i prawną odwołania. („Jeżeli chodzi § 20 ust. 14 pkt 5 Zamawiający dokonał modyfikacji, jednak nie w sposób dający pełną satysfakcję Odwołującemu, ponieważ zgodził się na to, że skreśla „nie wykonano w terminie" na rzecz „nie pozostaje w zwłoce". My oczekujemy jednak aby Zamawiający postanowił skreślić wymóg co do terminu wykonania zgodnie z HRF, który zawiera jak oświadcza obecny inżynier ok. 1500 pozycji i przewidywanych są 22 kosztorysy. Uważamy, kontynuuje radca prawny, że Zamawiający powinien ustąpić i uzależnić waloryzację tylko od wykonania umowy w terminie przewidzianym umownie" – vide protokół posiedzenia/rozprawy – akta sprawy). W ocenie Izby odwołujący słusznie zarzucił jako nieuprawnione postanowienia umowy zarówno co do §17 ust.14 co do żądania skreślenia punktu 1) („Podpisanie protokołu odbioru końcowego nastąpi, gdy 1) zamawiający nie stwierdzi Usterek albo") rodzącego wątpliwości interpretacyjne, jak i § 20 ust.14 pkt 7 (bez wad) oraz § 20 ust. 14 pkt 5 co do żądania skreślenia zwrotu „i HRF" z uwagi na charakter tego dokumentu.

Reasumując orzeczono jak w sentencji wyroku, stwierdzając naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 20.000 zł 00 gr tytułem wpisu od odwołania. Pełnomocnik odwołującego nie złożył rachunku/faktury.

Przewodniczący: ……..……..