

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach
25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45
tel.: 41/36-71-301, fax: 41/34-50-623
NIP: 959-12-91-292, Regon: 000289785
e-mail: szpital@wszkielce.pl
www.wszkielce.pl



Kielce, dnia 24.03.2023 r.

EZ/45/2023/MW

Zamawiający:

Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski
Województwa Świętokrzyskiego
al. IX Wieków 3, 25-516 Kielce
NIP: 959-15-06-120

w imieniu i na rzecz którego działa Pełnomocnik:

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach
ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce
KRS: 0000001580, NIP: 959-12-91-292
REGON 000289785
tel.: 41 367 12 59
e-mail: magdalena.wojcik@wszkielce.pl

Do wszystkich zainteresowanych

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022, poz. 1710 ze zm.) na **Utworzenie Zintegrowanego Bloku Operacyjnego w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Kielcach – etap I**, dofinansowanego z Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych (wstępna promesa NR Edycja2/2021/6064/PolskiLad) w formule „zaprojektuj i wybuduj”

Znak sprawy: EZ/45/2023/MW

INFORMACJA O WNIESIENIU ODWOŁANIA

Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach działając na podstawie art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej upzp., informuje, iż dnia 23.03.2023 r. wpłynęło odwołanie wniesione przez firmę Budimex S.A., ul. Siemiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 upzp., którego przedmiotem jest zaprojektowanie oraz wykonanie przez Wykonawcę robót budowlano-montażowych oraz dostawa wyposażenia w ramach zadania pn. „Utworzenie Zintegrowanego Bloku Operacyjnego w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Kielcach – etap I”, znak sprawy: EZ/45/2023/MW. Odwołanie zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego: www.bip.wszkielce.pl oraz portalu ezamowienia.gov.pl.

Zgodnie z dyspozycją art. 525 ust. 1 upzp., Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej (art. 525 ust. 2 upzp.) w formie pisemnej lub w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, a jego kopię przesyła Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

KIELCE
Dział Zamówień Publicznych
mgr Sebastian Szaniawski

DYREKTOR
Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego
w Kielcach

Bartosz Stemplewski

DZIAŁ ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

mgr Magdalena Wójcik
INSPEKTOR

Dział Zamówień Publicznych
tel.: 41/36-71-259, fax: 41/366-00-14
e-mail: zamowienia@wszkielce.pl

Budimex SA
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa

budimex

Warszawa, 23 marca 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Województwo Świętokrzyskie – Urząd Marszałkowski
Województwa Świętokrzyskiego
al. IX Wieków 3, 25-516 Kielce
NIP: 959-15-06-120

w imieniu i na rzecz którego działa Pełnomocnik:

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach

ul. Grunwaldzka 45, 25-736 Kielce
KRS: 0000001580, NIP: 959-12-91-292
REGON 000289785
tel.: 41 367 12 59
adres strony internetowej:
osoba do kontaktów: Magdalena Wójcik
e-mail: magdalena.wojcik@wszskielce.pl

Odwołujący:

Budimex S.A.

ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
KRS: 0000001764
reprezentowana przez:
Jarosława Lucjana Huziuka
adres do doręczeń:
BUDIMEX S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
e-mail: oferty@budimex.pl;
magdalena.maksimiuk@budimex.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utworzenie Zintegrowanego Bloku Operacyjnego w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Kielcach – etap I”, Numer referencyjny: EZ/45/2023/MW (dalej jako „**Postępowanie**”).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 marca 2023 r. pod nr 2023/S 051-151627.



ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp tj.:

- 1) **art. 118 ustawy Pzp, art. 121 ustawy Pzp, art. 462 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp** poprzez wskazanie w SWZ nieprzewidzianej przez ustawę przesłanki odrzucenia oferty w przypadku złożenia przez wykonawcę oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, co narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 1);
- 2) **art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353¹ KC** poprzez przyznanie Zamawiającemu w ramach projektowanych postanowień Umowy prawa do przerwania czynności odbiorowych w toku czynności odbioru końcowego robót w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, nawet jeśli wady lub usterki mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców (zarzut nr 2);
- 3) **art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez sformułowanie w ramach wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia wbrew literalnym wymaganiom dyspozycji art. 439 ustawy Pzp, w sposób wypaczający ideę waloryzacji i będący sprzeczny z celem określonym w art. 439 ustawy Pzp, determinując jej nieefektywność i nierealność (zarzut nr 3);
- 4) **art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i z art. 436 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ KC i art. 387 KC** poprzez ukształtowanie treści projektowanych postanowień Umowy w sposób naruszający ustawę wskutek ustalenia terminów wykonania Etapu I i początkowego terminu realizacji Etapu II wyłączających możliwość terminowej ich realizacji w związku z koniecznością uzyskania właściwych i niezbędnych decyzji administracyjnych, co powoduje, że umowa w tym zakresie będzie dotknięta tzw. niemożliwością świadczenia.



W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania (w tym SWZ oraz Akt umowy) w dniu 13 marca 2023 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

Uwagi ogólne

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach niniejszego Odwołania zarzuty dotyczą treści postanowień SWZ oraz projektowanych warunków Umowy udostępnionych przez Zamawiającego w ramach załączników do SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie**



do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.¹ Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.² W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353¹ KC.

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współzycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**³

I. Zarzut dotyczący przesłanki odrzucenia / zakaz podzlecenia – zarzut nr 1

1. Zgodnie z treścią Rozdziału 8 SWZ: „Podwykonawcy, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia”, Zamawiający wskazał, że:

¹ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

² Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.

³ Tak KIO przykładowo w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.



„Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”.

2. Jednocześnie, Zamawiający uwzględnił w ramach tej części SWZ zastrzeżenie, zgodnie z którym:

„Wykładnia literalna przepisu nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuacje, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego Podwykonawcom, Zamawiający de facto udzielałby zamówienia Podwykonawcom, a nie Wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego Wykonawcę przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) u.p.z.p jako niezgodna z przepisami ustawy (m.in. naruszenie art. 7 pkt 27 u.p.z.p).”

3. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że przesłanka odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp jest przesłanką bardzo ogólną, która jednak nie może zostać zastosowana w niniejszym przypadku, w celu, który Zamawiający chciałby uzyskać. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że mimo przewidzenia takiej możliwości w ustawie Pzp (art. 121), Zamawiający nie zdecydował się na zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę żadnego kluczowego zadania wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia. Po drugie, co zresztą zauważył też sam Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (art. 462 ustawy), a ponadto, zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują, poza przepisem dotyczącym obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań, żeby Zamawiający mógł za pomocą innego instrumentu czy innej instytucji ustawy Pzp, decydować za wykonawcę o sposobie realizacji przez niego przedmiotu zamówienia w kontekście powierzenia podwykonawcom części zamówienia, nawet jeśli podwykonawcy mieliby realizować 100% przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma prawo oczywiście monitorować skład podmiotowy podwykonawców, musi być też na bieżąco informowany o ewentualnych zmianach tego składu, ale w inny sposób nie może ingerować w sposób realizacji. Przesłanka odrzucenia oferty przewidziana w art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp służy zupełnie innym celom, a jej korelacja z powołanym przez Zamawiającego art. 7 pkt 27 ustawy Pzp nie znajduje umocowania ani w



przepisach ustawy, ani innych ustaw, ani też w aktualnym orzecznictwie KIO i sądów powszechnych.

4. Co więcej należy wskazać, że sposób sformułowania omawianej klauzuli w ramach SWZ prowadzi jednocześnie do wniosku, że nawet jeśli wykonawcy nie mogą zlecić całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom (co literalnie wynika z treści SWZ), to już będą mogli podzlecić 99% przedmiotu zamówienia, co pod znakiem zapytania stawia zasadność dokonania takiego sformułowania i dodatkowo uzasadnia fikcyjność klauzuli.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §8 SWZ w następujący sposób:

- wykreślenie z treści SWZ (strony 7-8) następującego fragmentu:

~~Wykładnia literalna przepisu nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennnej interpretacji dopuściłoby sytuacje, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego Podwykonawcom, Zamawiający de facto udzielałby zamówienia Podwykonawcom, a nie Wykonawcy – pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. Taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasadą transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego Wykonawcę przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, w przypadku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) u.p.z.p jako niezgodna z przepisami ustawy (m.in. naruszenie art. 7 pkt 27 u.p.z.p).~~

II. zastrzeżenie bezusterkowego odbioru w treści wzoru umowy – zarzut nr 2

1. Zamawiający w ramach projektowanych postanowień Umowy, w ramach §10 ust. 3 „Odbiory robót budowlanych” podał, że:

„Jeżeli w toku czynności zostaną stwierdzone wady lub usterki, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- a. *jeżeli wady lub usterki nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia,(...)”.*

Jednocześnie, zgodnie z §15 projektowanych postanowień Umowy: „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy”, ust. 2 Zamawiający ustalił, że:



„Strony ustalają, że 70% wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi gwarancję zgodnego z umową i należytego wykonania przedmiotu umowy (ta część zabezpieczenia zostanie zwolniona w terminie 30 dni od dokonania bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy, tj. uznania, że zamówienie zostało wykonane należycie, po ewentualnym pomniejszeniu o kwotę kar przewidzianych umową), natomiast pozostała część zabezpieczenia, tj. 30%, służy zabezpieczeniu roszczeń Zamawiającego z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji (ta część zabezpieczenia zostanie zwolniona lub zwrócona w terminie do 15 dnia po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji, po ewentualnym pomniejszeniu o kwotę kar umownych przewidzianych umową).”

2. Postanowienia projektu umowy pozostawione w zaproponowanym przez Zamawiającego kształcie prowadzą do uznania, że Zamawiający nie dokona (wstrzyma) czynności odbioru robót w sytuacji wystąpienia także wad nieistotnych, drobnych, czy usterek **doprowadzając tym samym de facto do ustalenia bezusterkowego odbioru robót.**
3. Z powyższych postanowień wynika, iż wystąpienie jakichkolwiek wad o charakterze nieistotnym może być podstawą do wstrzymania czynności odbiorowych, w tym odbioru końcowego. Powyższe okoliczności wskazują na fakt, że Zamawiający wprowadził więc *de facto* za pośrednictwem tych postanowień odbiór bezusterkowy, jednoznacznie sankcjonowany i wyłączony w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.
4. Powyższe generuje sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo potencjalnego istnienia choćby nieznaczących jedynie uchybień w robotach realizowanych przez wykonawcę, może zostać on pozbawiony należnego mu wynagrodzenia, finansując de facto dany projekt w części, całości lub niemal w całości z własnych środków. Czyni to w konsekwencji projektowane przez Zamawiającego postanowienia dotyczące czynności odbiorowych i wynikających z nich konsekwencji wprost nieprawidłowymi, co już samo w sobie stanowi uchybienie przepisom ustawy Pzp.
5. **Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyła się od ciążącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że 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. Stąd też, jakkolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, **w szczególności przy odbiorach końcowych**, jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego



blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczających uchybień.

6. W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane **o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe**. Decydujące znaczenie ma charakter wad. **W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych:**

- **Wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt II CNP 70/06**

„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.”

- **Wyrok SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:**

„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**

„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”

- **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12:**

„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadania przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od



obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękojmi i gwarancji.”

• Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19):

„Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i 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 przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (usterki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać odbioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).”

7. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych dominuje pogląd, że ustanawianie przez Zamawiającego w



umowie postanowień prowadzących w istocie do doprowadzenia do odbioru bezusterkowego, uznać należy bezwzględnie za naruszenie podstawowych obowiązków inwestora, a także podstawowych zasad systemu zamówień publicznych. Okoliczności te mogą stanowić uzasadnioną podstawę do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ w następujący sposób:

- §10 ust. 3 „Odbiory robót budowlanych” projektowanych postanowień Umowy:

*„Jeżeli w toku czynności zostaną stwierdzone wady **istotne** lub ~~usterki~~, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*

*b. jeżeli wady **istotne** lub ~~usterki~~ nadają się do usunięcia, może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia,(...)”.*

- §15 ust. 2 projektowanych postanowień Umowy „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy”:

*„Strony ustalają, że 70% wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowi gwarancję zgodnego z umową i należytego wykonania przedmiotu umowy (ta część zabezpieczenia zostanie zwolniona w terminie 30 dni od dokonania **bezusterkowego** odbioru końcowego przedmiotu umowy, tj. uznania, że zamówienie zostało wykonane należycie, po ewentualnym pomniejszeniu o kwotę kar przewidzianych umową), natomiast pozostała część zabezpieczenia, tj. 30%, służy zabezpieczeniu roszczeń Zamawiającego z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji (ta część zabezpieczenia zostanie zwolniona lub zwrócona w terminie do 15 dnia po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji, po ewentualnym pomniejszeniu o kwotę kar umownych przewidzianych umową).”*

III. Zarzut dotyczący klauzuli waloryzacyjnej – zarzut nr 3

1. Zamawiający w ramach §17 projektowanych postanowień umowy („Waloryzacja wynagrodzenia”), wprowadził postanowienie o następującej treści:



„1. W przypadku zmiany⁴ ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, zmiana wysokości stawek lub cen określonych w Umowie lub Wynagrodzenia Umownego nastąpi na podstawie art. 439 Ustawy PZP, zgodnie z poniższymi zasadami:

- a) zmiany mogą nastąpić **nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od daty wejścia w życie Umowy**;
- b) jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 Dni od dnia upływu terminu składania Ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany jest dzień otwarcia Ofert;
- c) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany Wynagrodzenia Umownego musi:
- wynosić co najmniej 4 % w stosunku do stawek lub cen określonych w Umowie, a jeśli ceny nie zostały określone w Umowie – w stosunku do stawek lub cen przyjętych przez Wykonawcę w celu ustalenia Wynagrodzenia Umownego, a w przypadku dokonywania kolejnej zmiany Wynagrodzenia Umownego - w stosunku do stawek lub cen przyjętych przy wprowadzeniu poprzedniej zmiany Wynagrodzenia Umownego,
 - powodować zmianę wartości całkowitego Wynagrodzenia Umownego, o co najmniej 2 % w stosunku do jego dotychczasowej wartości;
- d) zmiana zostanie dokonana z użyciem **Wskaźnika - zmiany cen produkcji budowlano-montażowej** publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/> w zakładce „Opracowania sygnałne”, podzakładka „Informacje sygnałne”, częstotliwość publikacji „miesięczne”, pozycja L.P. 12 „Wskaźniki cen produkcji budowlano - montażowej” w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w miesiącu, w którym zawarto Umowę;

Zgodnie z powyższym stawki lub ceny określone w Umowie lub Wynagrodzenie Umowne, **zmeni się o 1/2 wartości powyżej opisanego wskaźnika**, pod warunkiem spełnienia wymogów, o których mowa w pkt c) tiret 1 i 2 powyżej.

Zmiana dotyczyć będzie prac wykonywanych od dnia, w którym Strony zgodnie z niniejszymi zasadami wprowadzą zmianę Wynagrodzenia Umownego w formie aneksu;

- e) zmiana nie może występować wcześniej niż 6 miesięcy od ostatniej zmiany Wynagrodzenia Umownego spowodowanej zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy.

2. Wszystkie zmiany, o których mowa w ust. 1, **nie mogą powodować wzrostu Wynagrodzenia Umownego o więcej niż 6 % Wynagrodzenia Umownego** wskazanego w § 8 ust. 1 w pierwotnej treści Umowy.

(...)

6. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 2 powyżej. (...)

⁴ * w dalszej części paragrafu w każdym przypadku, gdy mowa o zmianie, należy rozumieć przez nią wzrost lub spadek ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, przy czym w sytuacji, gdy następuje spadek tej ceny lub kosztów, z wnioskiem o waloryzację, przy zastosowaniu procedury określonej w niniejszym paragrafie, może wystąpić także Zamawiający



2. W tym kontekście, Odwołujący zwraca uwagę na treść art. 439 ust. 1-3 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 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 nastąpić zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy. (...)

3. Uwzględniając powyższe, pomimo, iż ustawodawca dał Zamawiającemu względną swobodę co do ustalenia szczegółów związanych z wprowadzaniem mechanizmu waloryzacyjnego, to swoboda Zamawiającego nie ma w tym przypadku charakteru nieograniczonego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy taka swoboda podyktowana była bowiem wyłącznie tym, że Zamawiający jako gospodarz postępowania posiada najszerszą wiedzę co do specyfiki zamówienia, mając możliwość dobrania najskuteczniejszych wskaźników waloryzacyjnych (zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624, s. 84).

Postanowienia waloryzacyjne nie mogą jednak sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia. Jak podkreślono przy tym, w dokumencie pn. Przykładowe klauzule waloryzacyjne dla sektora budownictwa, opracowanym pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „W obecnej sytuacji rynkowej w sektorze budownictwa, charakteryzującej się m.in. dynamicznymi zmianami cen towarów i usług,

problemami z realizacją zamówień, w szczególności w zakresie produktów i ich komponentów, a także brakami kadrowymi



szczególnego znaczenia i jest niezwykle istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych”.

4. Co za tym idzie, wprowadzając klauzule waloryzacyjne w ramach umowy o zamówienie publiczne **Zamawiający podporządkowany jest temu aby mechanizm ten realnie działał podczas danej realizacji.** Idea mechanizmu waloryzacyjnego musi być więc każdorazowo skutecznie wdrożona, nie mogąc być limitowaną poprzez dowolnie wprowadzane warunki, ograniczające bądź wyłączające jej skuteczność. Co więcej, a co wynika z ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych, formułując klauzule waloryzacyjne Zamawiający **podporządkowany jest też zasadzie proporcjonalności i przejrzystości,** która w odniesieniu do omawianego postanowienia umownego nakazuje ustalić chociażby czy określony przez Zamawiającego katalog waloryzowanych cen i próg umożliwiający wdrożenie waloryzacji pozostaje w rozsądnej proporcji względem przedmiotu zamówienia i zasad (w tym okresie) jego realizacji.
5. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uregulowane w treści art. 439 ustawy Pzp przesłanki waloryzacji stanowią konkretne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, który może zostać zachwiany ze względu na istotne czynniki zewnętrzne, na które żadna ze stron stosunku prawnego nie ma wpływu. Istnienie konieczności uwzględnienia w umowach o zamówienie publiczne tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” z zasady ma niwelować więc stan podwyższonego ryzyka występującego w odniesieniu do stron stosunku prawnego, ale też ma za zadanie minimalizować negatywne konsekwencje zaistnienia okoliczności, na które strony nie mają wpływu. Ostatecznie, uwzględnienie klauzuli waloryzacyjnej **urealnia poziom wynagrodzenia wykonawcy w porównaniu z rzeczywiście wykonanymi przez niego pracami,** których wartość była oszacowana na wcześniejszym etapie, tj. zanim doszło do istotnej zmiany.
6. Odwołujący celowo posługuje się sformułowaniami ogólnymi, takimi jak „ekwiwalentność” czy „urealnienie”, ponieważ wbrew powszechnemu przekonaniu klauzula waloryzacyjna nie stanowi wyłącznie o konieczności podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności bowiem od okoliczności, może przecież odnosić się zarówno do podwyższenia, jak i do obniżenia wynagrodzenia. W konsekwencji, zapewniona jest równość stron stosunku prawnego i rozkład ryzyk kontraktowych, z korzyścią zarówno dla wykonawcy, jak i zamawiającego.
7. Urealnienie poziomu wynagrodzenia wykonawcy i zapewnienie równego (czy choćby symetrycznego) rozkładu ryzyk kontraktowych zyskuje na znaczeniu w szczególności w aktualnej sytuacji gospodarczej. Ostatnie miesiące przyniosły branży budowlanej wiele kluczowych zmian, które w istotny sposób zmieniły podejście wykonawców do składanych w postępowaniach ofert. Negatywne skutki trwającej wojny nie tylko nie omijają rynku budowlanego, ale oddziałują na niego w sposób i w skali dotychczas niewystępującej, co wiąże się chociażby z wahaniami cen



surowców i materiałów czy zwiększonymi kosztami pozyskania siły roboczej. W konsekwencji, wykonawcy przystępując do procesu ofertowania tym **bardziej muszą mieć pewność realnych gwarancji minimalizacji skutków ekonomicznych związanych z możliwymi dalszymi zmianami sytuacji gospodarczej**, których nie można obecnie przewidzieć, a które mogą wystąpić w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

8. Przekładając wszystkie powyższe uwagi na grunt skarżonego postanowienia, Odwołujący akcentuje następujące uchybienia dotyczące jego treści, wymagające zmiany celem zagwarantowania klauzuli waloryzacyjnej realnego charakteru:

1) odniesienie wzrostu cen do daty zawarcia Umowy (z wyjątkiem znacznego przedłużenia się procedury przetargowej), co powoduje pokrycie przez Wykonawcę wzrostu cen w okresie od złożenia oferty (ostatni moment, w którym Wykonawca ma wpływ na cenę ofertową) do daty zawarcia Umowy

9. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na treść art. 439 ust. 3 ustawy Pzp, z którego wynika, że jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy. W okolicznościach niniejszej sprawy należy wziąć pod uwagę naczelną dyrektywę sformułowaną przez ustawodawcę, z której wynika, że w celu urealnienia wynagrodzenia wykonawcy należałoby brać pod uwagę termin składania ofert, jako ten, który w sposób najbardziej adekwatny odnosi się do stanu, który został rzeczywiście wyceniony przez wykonawcę.

2) pokrycie przez Wykonawcę wzrostu cen w stosunku do robót realizowanych w pierwszych 6 miesiącach od zawarcia Umowy

3) zastosowanie przez Zamawiającego do wyliczeń waloryzacji „Wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej”, który jako wskaźnik bazujący na uśrednionych danych historycznych ze wszystkich dziedzin budownictwa, nie oddaje bezpośrednich i realnych wzrostów cen mających miejsce na rynku budowlanym, zwłaszcza w tak specyficznej branży jak budowa obiektów ochrony zdrowia

10. W ramach obecnego brzmienia postanowienia umownego, Zamawiający wskazał, że zmiana zostanie dokonana z użyciem Wskaźnika – zmiany cen produkcji budowlano-montażowej publikowanej na stronie GUS. W tym aspekcie, Odwołujący podkreśla więc, że jak literalnie wynika z art. 439 ust. 1 ustawy Pzp, wprowadzane do wzoru umowy postanowienia winny dotyczyć zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (konkretnego). Co za tym idzie, postanowienia te powinny

budimex

odnosić się **do wszystkich kluczowych materiałów czy kosztów związanych z daną inwestycją**. Ustawodawca nie posłużył się wszak w tym zakresie sformułowaniem o „zmianie cen części materiałów lub kosztów” czy „zmianie cen lub kosztów dowolnie wybranych przez Zamawiającego”, co oznacza, że postanowienia w tym zakresie nie mogą być oderwane od zakresu i skali realizacji i celu wprowadzanego mechanizmu, bazującego przede wszystkim na adekwatności i realności.

11. Jak podkreśla się w tym aspekcie w doktrynie *Zamawiający, wprowadzając do umowy odpowiednią klauzulę, ma pozostawioną swobodę określenia jej elementów, mając na względzie w szczególności: specyfikę zamówienia (np. w zakresie określenia, **jakie elementy materiałów i kosztów są kluczowe i w praktyce podlegają dużym wahaniom**) (...)*. Również zmiany cen materiałów **muszą dotyczyć tych, które znajdują zastosowanie do wykonania zamówienia, przy czym wydaje się, że pojęcie materiałów należy rozumieć szeroko. W przypadku umowy na roboty budowlane będą to m.in. wszelkie materiały budowlane, instalacyjne, elektryczne, ale też surowce czy nawet urządzenia do wbudowania (...)** [tak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022].
12. W przedmiotowym przypadku, Zamawiający **koncentrując się na uśrednionych danych historycznych ze wszystkich dziedzin budownictwa, nie oddaje bezpośrednich i realnych wzrostów cen mających miejsce na rynku budowlanym, zwłaszcza w tak specyficznej branży jak budowa obiektów ochrony zdrowia**. W tym aspekcie Odwołujący zwraca uwagę chociażby na następujące materiały i czynniki kosztotwórcze mające istotne znaczenie dla realizacji inwestycji kubaturowych, które podlegają znacznym wahaniam cenowym, i które to wahania winny być niwelowane właśnie poprzez wdrożenie klauzul waloryzacyjnych:

Zestawienie 1: *Zestawienie cen przykładowych materiałów i czynników kosztotwórczych wpływających na realizację inwestycji kubaturowych wraz ze wskazaniem poziomu wzrostu cen* [opracowanie własne Odwołującego sporządzone przez Biuro Zakupów, Jakości i Ochrony Środowiska Budimex S.A.]

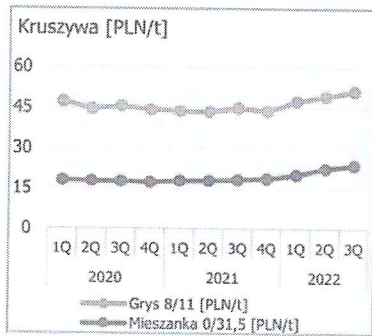
Legenda



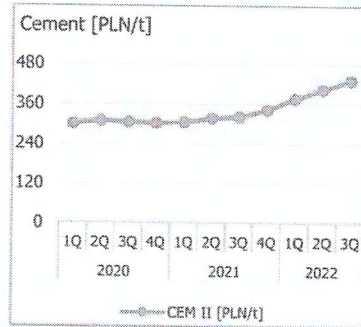
Cena śr. styczeń 2022
Cena 36 tydzień 2022

budimex

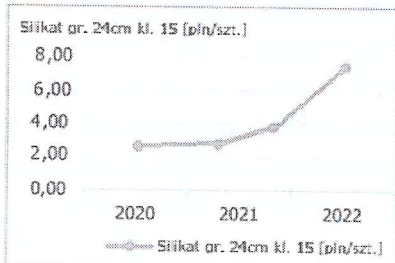
Budimex SA, NIP 526 10 03 187, REGON 010732533, Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, KRS 0000001764, Bank Pekao SA, rachunek nr 02 1240 1037 1113 0010 0480 4346, Fortis Bank Polska SA, rachunek nr 41 1600 1127 0303 0121 5975 5961, kapitał zakładowy 127.658.490 zł wpłacony w całości



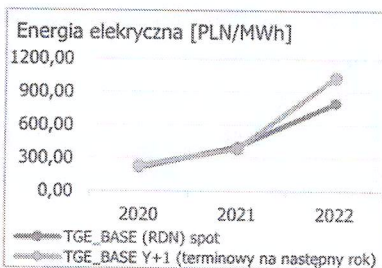
$\Delta=9\%$	47	51
$\Delta=20\%$	20	24



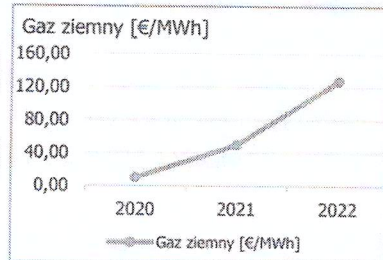
$\Delta=15\%$	375	431
---------------	-----	-----



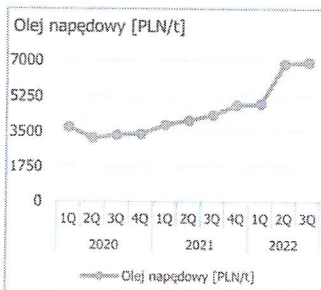
$\Delta=91\%$	3,98	7,59
---------------	------	------



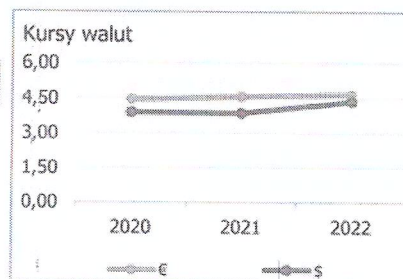
$\Delta=185\%$	627	1790
$\Delta=55\%$	557	864



$\Delta=143\%$	91	221
----------------	----	-----



$\Delta=42\%$	4791	6785
---------------	------	------



$\Delta=3\%$	4,57	4,72
$\Delta=16\%$	4,03	4,66

Co więcej, proponowana przez Zamawiającego klauzula waloryzacyjna, abstrahująca od specyfiki tej realizacji i technologicznego porządku wykonywanych prac, czyni ją nie tylko nieefektywną ale wręcz zupełnie martwą.



4) wprowadzenie dodatkowego podziału wynoszącego 1/2 wartości tego uśrednionego wskaźnika, co powoduje dalsze całkowicie niezasadne przeniesienie kolejnej części ryzyka wzrostu cen na Wykonawcę

5) zastosowanie limitu waloryzacji na poziomie 6% Wynagrodzenia Umownego

13. Nawet według tego uśrednionego wskaźnika wzrost cen w ostatnich 12 miesiącach, według ostatnio opublikowanego wskaźnika za styczeń 2023, wyniósł 13,1% w stosunku do stycznia 2022 r., co stanowi ponad dwukrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu waloryzacyjnego. Według innych źródeł publikujących mniej uśrednione notowania wzrostów cen jak np. Sekocenbud, wzrosty cen za ostatni rok dla obiektów użyteczności publicznej do których zaliczają się budynki służące ochronie zdrowia wyniósł około 18,7%, czyli ponad trzykrotność proponowanego przez Zamawiającego limitu waloryzacji. Powyższe dane odzwierciedlają tylko wzrosty na przestrzeni 12 miesięcy, natomiast planowany termin realizacji kontraktu jest dłuższy, więc wzrosty te tym bardziej mogą wielokrotnie przekraczać proponowany przez Zamawiającego limit waloryzacji. Ustalony więc przez **Zamawiającego próg zmian jest więc całkowicie oderwany od realiów rynkowych.**
14. Oparcie mechanizmu waloryzacyjnego na takich założeniach czyni rzeczony mechanizm *de facto* pozornym, stojącym w konsekwencji w sprzeczności z założeniem ustawodawcy i treścią przepisu art. 439 ustawy Pzp. Mechanizm ten abstrahuje też od realiów rynkowych i tendencji makroekonomicznych, które zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2022 r. (sygn. akt KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22) stanowią jeden z elementów będących podstawą oceny prawidłowości działań Zamawiającego w tym zakresie.
15. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący podkreśla konieczność korekty mechanizmu waloryzacyjnego przewidzianego przez Zamawiającego w ramach §17 projektowanych postanowień Umowy. Odwołujący wskazuje raz jeszcze, że *postanowienia waloryzacyjne nie mogą sprowadzać się jedynie do formalnego wypełnienia obowiązku ich zawarcia w umowie, lecz powinny pozwalać na rzeczywiste ich zastosowanie podczas realizacji zamówienia* (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, Legalis 2022), co w przedmiotowym przypadku – z uwagi na uwagi poczynione we wcześniejszej części uzasadnienia – nie zostało przez Zamawiającego zagwarantowane.
16. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę również z tego względu, że nieefektywny mechanizm waloryzacyjny, oznaczać będzie, że rezerwy wynikające tak z braku możliwości waloryzowania cen materiałów i elementów kosztotwórczych, **wykonawcy zmuszeni będą wkalkulować w cenę ofertową.** W sposób oczywisty sytuacja taka nie jest korzystna dla samego Zamawiającego i celu



przewodzenia Postępowania jakim jest zabezpieczenie prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zapewnienie maksymalnej porównywalności składanych ofert.

17. Doprowadzenie do takiej sytuacji w sposób oczywisty niweczy też cel przepisu art. 439 ustawy Pzp, którego zadaniem było zabezpieczenie interesów obu stron umowy, w tym również interesów Zamawiającego. W tym kontekście podkreślenia wymaga zwłaszcza to, że **prawidłowe stosowanie klauzul waloryzacyjnych pozwala Zamawiającemu na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu** (por. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Legalis 2022).

18. **Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §17 projektowanych postanowień Umowy poprzez wprowadzenie jednoznacznych postanowień umożliwiających realną waloryzację wynagrodzenia umownego, w następujący sposób:**

„1. W przypadku zmiany⁵ ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, zmiana wysokości stawek lub cen określonych w Umowie lub Wynagrodzenia Umownego nastąpi na podstawie art. 439 Ustawy PZP, zgodnie z poniższymi zasadami:

- a) zmiany mogą nastąpić ~~nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy~~ od daty wejścia w życie Umowy;*
- b) jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 Dni od dnia upływu terminu składania Ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany jest dzień otwarcia Ofert;*
- c) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający Strony Umowy do żądania zmiany Wynagrodzenia Umownego musi:*

- wynosić co najmniej 4 % w stosunku do stawek lub cen określonych w Umowie, a jeśli ceny nie zostały określone w Umowie – w stosunku do stawek lub cen przyjętych przez Wykonawcę w celu ustalenia Wynagrodzenia Umownego, a w przypadku dokonywania kolejnej zmiany Wynagrodzenia Umownego - w stosunku do stawek lub cen przyjętych przy wprowadzeniu poprzedniej zmiany Wynagrodzenia Umownego,*
- powodować zmianę wartości całkowitego Wynagrodzenia Umownego, o co najmniej 2 % w stosunku do jego dotychczasowej wartości;*

- d) zmiana zostanie dokonana z użyciem Wskaźnika - zmiany cen produkcji budowlano-montażowej publikowanej na stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego <https://stat.gov.pl/> w zakładce „Opracowania sygnałne”, podzakładka „Informacje sygnałne”, częstotliwość publikacji „miesięczne”, pozycja L.P. 12 „Wskaźniki cen produkcji budowlano - montażowej” w miesiącu poprzedzającym złożenie wniosku o zmianę*

⁵ * w dalszej części paragrafu w każdym przypadku, gdy mowa o zmianie, należy rozumieć przez nią wzrost lub spadek ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, przy czym w sytuacji, gdy następuje spadek tej ceny lub kosztów, z wnioskiem o waloryzację, przy zastosowaniu procedury określonej w niniejszym paragrafie, może wystąpić także Zamawiający

budimex

Wynagrodzenia Umownego, opisująca zmianę cen w stosunku do cen w miesiącu, w którym zawarto Umowę;

Zgodnie z powyższym stawki lub ceny określone w Umowie lub Wynagrodzenie Umowne, zmieni się o 1/2 wartości powyżej opisanego wskaźnika, pod warunkiem spełnienia wymogów, o których mowa w pkt c) tiret 1 i 2 powyżej.

Zmiana dotyczyć będzie prac wykonywanych od dnia, w którym Strony zgodnie z niniejszymi zasadami wprowadzą zmianę Wynagrodzenia Umownego w formie aneksu;

e) zmiana nie może występować wcześniej niż 6 miesięcy od ostatniej zmiany Wynagrodzenia Umownego spowodowanej zmianą ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją Umowy.

3. Wszystkie zmiany, o których mowa w ust. 1, nie mogą powodować wzrostu Wynagrodzenia Umownego o więcej niż **6 20%** Wynagrodzenia Umownego wskazanego w § 8 ust. 1 w pierwotnej treści Umowy.

(...)

7. Postanowień umownych w zakresie waloryzacji nie stosuje się od chwili osiągnięcia limitu, o którym mowa w ust. 2 powyżej. (...)"

IV. Zarzut dotyczący terminu realizacji – zarzut nr 4

1. Zamawiający w ramach §1 ust. 2 projektowanych postanowień umowy („Przedmiot umowy oraz etapy i termin realizacji”) wprowadził postanowienie o następującej treści:

„Przedmiot umowy jest podzielony na następujące etapy:

- a. *opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej w zakresie przedmiotowego zamówienia, niezbędnej do uzyskania właściwej decyzji administracyjnej na realizację zadania (pozwolenie na budowę) wraz z uzyskaniem wszelkich wymaganych uzgodnień, opinii, zezwoleń w terminie do **120 dni kalendarzowych** od dnia zawarcia umowy. Szczegóły w zakresie opracowania dokumentacji zawiera Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z Projektem Konceptyjnym (zwany dalej PFU) stanowiący załącznik nr 1 do umowy – **Etap I;***
- b. *wykonanie wszelkich robót budowlanych wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, zagospodarowania terenu, budowa sieci i instalacji niezbędnych do funkcjonowania przedmiotu umowy w oparciu o wykonaną przez Wykonawcę i zatwierdzoną przez Zamawiającego dokumentację projektową wraz ze świadzczeniami niebędącymi robotami budowlanymi oraz wszystkich niezbędnych robót przygotowawczych (organizacja i zabezpieczenie placu budowy) potrzebnych do wykonania powierzonego zamówienia, robót towarzyszących i tymczasowych, dostawa i montaż wyposażenia zgodnie z szczegółowymi wytycznymi zawartymi w PFU, Załącznikami nr 3.1 – 3.8, oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane wraz z wykonaniem kompleksowej dokumentacji powykonawczej i uzyskaniem na rzecz*



*Zamawiającego prawomocnego pozwolenia na użytkowanie w terminie do miesięcy od dnia przekazania placu budowy – **Etap II;***

2. Jednocześnie, zgodnie z treścią ust. 6 SWZ („Termin, miejsce wykonania zamówienia”):

„Przedmiot umowy jest podzielony na następujące etapy:

*a) opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej w zakresie przedmiotowego zamówienia, niezbędnej do uzyskania właściwej decyzji administracyjnej na realizację zadania (pozwolenie na budowę) wraz z uzyskaniem wszelkich wymaganych uzgodnień, opinii, zezwoleń **w terminie do 120 dni** kalendarzowych od dnia zawarcia umowy. Szczegóły w zakresie opracowania dokumentacji zawiera Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z Projektem Konceptyjnym (zwany dalej PFU) stanowiący załącznik nr 1 do umowy – **Etap I;***

*b) wykonanie wszelkich robót budowlanych wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, zagospodarowania terenu, budowa sieci i instalacji niezbędnych do funkcjonowania przedmiotu umowy w oparciu o wykonaną przez Wykonawcę i zatwierdzoną przez Zamawiającego, dokumentację projektową wraz ze świadczeniami niebędącymi robotami budowlanymi oraz wszystkich niezbędnych robót przygotowawczych (organizacja i zabezpieczenie placu budowy) potrzebnych do wykonania powierzonego zamówienia, robót towarzyszących i tymczasowych, dostawa i montaż wyposażenia zgodnie z szczegółowymi wytycznymi zawartymi w PFU , złącznikiem nr 8.1 – 8.8 oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane wraz z wykonaniem kompleksowej dokumentacji powykonawczej i uzyskaniem na rzecz Zamawiającego prawomocnego pozwolenia na użytkowanie w terminie do 18 miesięcy od dnia przekazania placu budowy – **Etap II** – jest to maksymalny termin realizacji zamówienia. W przypadku gdy w kryterium termin wykonania zamówienia Wykonawca zaproponuje krótszy termin realizacji zamówienia to w ramach kontraktu będzie zobowiązany do realizacji robót budowlanych w zaproponowanym terminie.”*

3. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że uzyskanie właściwych i niezbędnych decyzji administracyjnych do realizacji przedmiotowej inwestycji w terminie do 120 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy jest niemożliwym do zrealizowania. Opracowanie tak obszernej kompletnej dokumentacji projektowej technicznej oraz projektu architektoniczno – budowlanego w zakresie przedmiotowego zamówienia wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, zagospodarowaniem terenu, budową sieci i instalacji niezbędnych do funkcjonowania przedmiotu umowy i uzyskaniem wszelkich wymaganych uzgodnień i zezwoleń wymaga co najmniej 180 dni.
4. Nakazanie wykonawcom realizacji wszystkich założeń w terminie jedynie 120 dni powoduje, że w istocie Zamawiający uzyska od wykonawców nieporównywalne oferty. Analiza powyższych postanowień dokumentów postępowania uzasadnia zarzut pozornego wskazania terminu realizacji zamówienia w ramach wymienionych etapów. Zgodnie z art. 436 pkt 1 PZP Zamawiający zobowiązany jest wskazać termin wykonania zamówienia. W realiach niniejszego postępowania



termin wykonania zamówienia jest nierealny. Termin wykonania zamówienia, to obok opisu przedmiotu zamówienia jedna z najistotniejszych informacji z punktu widzenia kalkulacji oferty przetargowej. Określone przez Zamawiającego terminy realizacji, które uzależnione są od uzyskanie właściwych i niezbędnych decyzji administracyjnych do realizacji przedmiotowej inwestycji nie pozwalają na rzetelne oszacowanie kosztów wykonania zamówienia w tym aspekcie.

5. Zgodnie z wyrokiem KIO z 12 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2167/14, opisanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, warunków realizacji oraz terminów związanych z realizacją zamówienia, jest uprawnieniem zamawiającego podlegającym kontroli m.in. wykonawców w trybie zaskarżania czynności. W wyroku z 16 października 2014 r., sygn. akt KIO 2029/13 wskazano z kolei, że termin realizacji zamówienia to jeden z podstawowych elementów SIWZ. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 2967/13) *„przedmiot zamówienia, a więc również kwestie związane z terminem realizacji zamówienia, opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niewątpliwie okres, w którym dane zamówienie ma być realizowane i określenie szczególnych regulacji w tym zakresie ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a w szczególności ma znaczenie dla wyceny tej oferty pod kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia. **Opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego wszystkich ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego.**”*
6. W niniejszej sprawie Zamawiający nie podołał powyższym wymaganiom. Wobec opisu przedmiotu zamówienia i przedstawionych przez Zamawiającego warunków wykonania umowy, Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć wszystkich ryzyk związanych z tak określonym przez Zamawiającego terminem realizacji zamówienia. Wykonawca w szczególności nie jest w stanie przewidzieć czasu, na jaki ma zapewnić odpowiednie środki techniczne i osobowe niezbędne dla wykonania zadania. Tym samym nie jest możliwe dokonanie realnej wyceny oferty i złożenie w niniejszym postępowaniu konkurencyjnych ofert przy braku jednoznacznych podstaw ich kalkulacji. Zamawiający oczekuje od Wykonawców uwzględnienia w ofercie ryzyk niemożliwych do oszacowania na podstawie aktualnych danych.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wnosi o modyfikację treści §poniższych postanowień projektowanych postanowień Umowy i SWZ w następujący sposób:

- §1 ust. 2 projektowanych postanowień umowy:

„Przedmiot umowy jest podzielony na następujące etapy:



- c. *opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej w zakresie przedmiotowego zamówienia, niezbędnej do uzyskania właściwej decyzji administracyjnej na realizację zadania (pozwolenie na budowę) wraz z uzyskaniem wszelkich wymaganych uzgodnień, opinii, zezwoleń w terminie do **180 dni kalendarzowych** od dnia zawarcia umowy. Szczegóły w zakresie opracowania dokumentacji zawiera Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z Projektem Konceptyjnym (zwany dalej PFU) stanowiący załącznik nr 1 do umowy – **Etap I;***
- d. *wykonanie wszelkich robót budowlanych wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, zagospodarowania terenu, budowa sieci i instalacji niezbędnych do funkcjonowania przedmiotu umowy w oparciu o wykonaną przez Wykonawcę i zatwierdzoną przez Zamawiającego dokumentację projektową wraz ze świadczeniami niebędącymi robotami budowlanymi oraz wszystkich niezbędnych robót przygotowawczych (organizacja i zabezpieczenie placu budowy) potrzebnych do wykonania powierzonego zamówienia, robót towarzyszących i tymczasowych, dostawa i montaż wyposażenia zgodnie z szczegółowymi wytycznymi zawartymi w PFU, Załącznikami nr 3.1 – 3.8, oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane wraz z wykonaniem kompleksowej dokumentacji powykonawczej i uzyskaniem na rzecz Zamawiającego prawomocnego pozwolenia na użytkowanie w terminie do **miesiący** od dnia przekazania placu budowy – **Etap II;***

- ust. 6 SWZ („Termin, miejsce wykonania zamówienia”):

„Przedmiot umowy jest podzielony na następujące etapy:

- a) *opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej w zakresie przedmiotowego zamówienia, niezbędnej do uzyskania właściwej decyzji administracyjnej na realizację zadania (pozwolenie na budowę) wraz z uzyskaniem wszelkich wymaganych uzgodnień, opinii, zezwoleń w terminie do **180 dni** kalendarzowych od dnia zawarcia umowy. Szczegóły w zakresie opracowania dokumentacji zawiera Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z Projektem Konceptyjnym (zwany dalej PFU) stanowiący załącznik nr 1 do umowy – **Etap I;***
- b) *wykonanie wszelkich robót budowlanych wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą, zagospodarowania terenu, budowa sieci i instalacji niezbędnych do funkcjonowania przedmiotu umowy w oparciu o wykonaną przez Wykonawcę i zatwierdzoną przez Zamawiającego, dokumentację projektową wraz ze świadczeniami niebędącymi robotami budowlanymi oraz wszystkich niezbędnych robót przygotowawczych (organizacja i zabezpieczenie placu budowy) potrzebnych do wykonania powierzonego zamówienia, robót towarzyszących i tymczasowych, dostawa i montaż wyposażenia zgodnie z szczegółowymi wytycznymi zawartymi w PFU , złącznikiem nr 8.1 – 8.8 oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane wraz z wykonaniem kompleksowej dokumentacji powykonawczej i uzyskaniem na rzecz Zamawiającego prawomocnego pozwolenia na użytkowanie w terminie do **18 miesięcy** od dnia przekazania placu budowy – **Etap II** – jest to maksymalny termin realizacji zamówienia. W przypadku gdy w kryterium*

budimex

termin wykonania zamówienia Wykonawca zaproponuje krótszy termin realizacji zamówienia to w ramach kontraktu będzie zobowiązany do realizacji robót budowlanych w zaproponowanym terminie."

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.

Jarosław
Lucjan Huziuk

Elektronicznie podpisany
przez Jarosław Lucjan
Huziuk
Data: 2023.03.23 16:29:17
+01'00'

