

Sygn. akt: KIO 1643/22

WYROK
z dnia 7 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Sportowe Sp. z o.o. w Lublinie**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w pkt 2, 3, 4 (i - iii), 5 odwołania.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** i:
 - 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Sportowe Sp. z o.o. w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Modernizacja stadionu sportowo-lekkoatletycznego przewidzianego dla stadionów III Kategorii, ustalonych przez Komisję Obiektów i Urzędzeń PZLA według klasyfikacji WA i PZLA, wraz z areną, trybunami, Numer referencyjny: RCS.ZP.10.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2022/S 111-309804w dniu 10.06.2022 r.

W dniu 20 czerwca 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 16 pkt 3 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na: Zastrzeżenie w § 14 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 10 do SWZ projekt umowy (dalej: Umowa) kar umownych rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych za uchybienie w dotrzymaniu poszczególnych terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym – brak jest uzasadnienia, aby każdy z terminów w harmonogramie był zagrożony karą umowną, interes zamawiającego jest wystarczający zabezpieczony poprzez ustalenie terminu na wykonanie terminu końcowego;
2. Naruszenie art. 8 ust. 1 pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 568 § 1 kc, art. 638 kc i art. 656 § 1 kc poprzez ustalenie w § 15 ust. 1 Umowy, że:
 - (i) Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy zgodnie z § 13 ust. 4 pkt 2 umowy Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady i usterki nieistotne. Z chwilą dokonania odbioru końcowego Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował. Przy zaproponowany zapisie umowy oznaczać będzie to, że wbrew art. 568 § 1 kc okres rękojmi nie rozpocznie się z chwilą wydania przedmiotu umowy zamawiającemu;
3. Naruszenie art. 8 ust. 1 pzp, art. 16 pkt 3 pzp art. 433 pkt 3 pzp w zw. 353¹ kc poprzez: (i) nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody

kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 3 ust. 3 Umowy arbitralnego prawa do wstrzymania realizacji robót, na czas który zostanie dowolnie ustalony przez Zamawiającego z jednoczesnym wyłączeniem odpowiedzialności finansowej Zamawiającego za skutki takiego wstrzymania, gdyż zamawiający wyłączył możliwość zgłaszania jakichkolwiek roszczeń przez wykonawcę pomimo tego, że wykonawca zobowiązany będzie do poniesienia kosztów wstrzymania robót jak również będzie zobowiązany do ponoszenia kosztów ogólnych budowy przez okres wstrzymania (np.: koszty ochrony, koszty personelu, koszty utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, koszty utrzymania zaplecza budowy itp.) jak również może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą względem podwykonawców i dostawców, którzy nie będą mogli realizować umów. Wykonawca nie jest w stanie uwzględnić kosztów wstrzymania w składanej ofercie, gdyż nie zna ani daty wstrzymania ani czasu wstrzymania.

(ii) nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 1 ust. 5 Umowy arbitralnego prawa do ograniczenia zakresu prac objętych umową z jednoczesnym wyłączeniem prawa wykonawcy do zgłaszania jakichkolwiek roszczeń przez Wykonawcę. Zamawiający może dokonać ograniczenia zakresu prac w dowolnym momencie bez uprzedzenia Wykonawcy. W chwili ograniczenia prac wykonawca może mieć już zamówione lub wyprodukowane materiały a ograniczenie zakresu prac skutkować będzie koniecznością zapłaty za zamówione lub wyprodukowane materiały lub koniecznością anulowania zamówień i poniesienia kosztów anulowania zamówień.

4. Naruszenie art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 3) pzp i art. 447 ust. 1 i 2 pzp poprzez:

(i) Nałożenie na Wykonawcę w § 4 ust. 15, 16, 17, 18,19 i 21 Umowy obowiązku przedstawiania dowodów zapłaty całego wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub wykazania wywiązania się ze wszystkich zobowiązań finansowych względem podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 1 pzp obowiązkiem wykonawcy jest przedstawianie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, co oznacza, że nie całe wynagrodzenie musi zostać zapłacone a jedynie jego wymagalna część jak również nie jest obowiązkiem Wykonawcy wykazywanie wywiązania się ze wszystkich zobowiązań finansowych względem podwykonawców a jedynie obowiązek wykazania zapłaty wymagalnego wynagrodzenia; (ii) Przyznanie Zamawiającemu w § 4 ust. 21 Umowy prawa do wstrzymania całości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku nieprzedstawienia wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 pzp prawo wstrzymania

zapłaty wynagrodzenia dotyczy części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty;

(iii) Nałożenie na Wykonawcę w § 4 ust. 20 Umowy obowiązku przedstawiania dodatkowych niesprecyzowanych dokumentów potwierdzających zapłatę. Zamawiający pozostawia otwarty katalog dokumentów jakich może żądać od wykonawcy pomimo tego, że zgodnie z § 4 ust. 15, 16, 17 i 18 Umowy jest zobowiązany do przedkładania potwierdzeń przelewów, oświadczeń podwykonawców o otrzymaniu zapłaty, faktur, protokołów odbioru.

(iv) Nałożenie na Wykonawcę w § 4 ust. 16 Umowy nieproporcjonalnego obowiązku zapewnienia udziału przedstawiciela Zamawiającego przy sporządzaniu treści protokołów odbioru pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą oraz narzucenia przez zamawiającego treści protokołu pomimo tego, że zamawiający nie jest stroną umowy podwykonawczej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców co nie daje zamawiającemu prawa ingerencji w sposób realizacji umów podwykonawczych a w szczególności możliwości wpływania na treść protokołów odbioru czy też brania udziału w sporządzaniu protokołów odbioru w ramach umów, których nie jest stroną.

5. Naruszenie art. 16 pkt 1 w związku z art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję przez wskazanie szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a który może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów poprzez wskazanie w Załącznik nr 11 do SWZ Dokumentacja Projektowa - Projekt Wykonawczy TOM 6 projekt wykonawczy stadionu lekkoatletycznego kategorii III w Lubinie (s. 19) konieczności wykonania nawierzchni trawiastej boiska z trawy sportowej z rolki, gdzie wymagane jest aby darn naturalna została „wzmocniona włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej.”. Z informacji dostępnych Odwołującemu wynika, że zawarty w dokumentacji opis wskazuje jedyne w Polsce plantatora, który ma przygotowaną taką murawę nie pozostawiając Odwołującemu możliwości wyboru innego dostawcy. Według wiedzy Odwołującego ani w Polsce, ani w Europie nie przygotowuje się muraw z użyciem takiej technologii. Jednocześnie brak jest możliwości zastosowania materiałów równoważnych, gdyż w SWZ przy wymogu zastosowania darni naturalnej wzmocnionej włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny” jak również nie zostały sformułowane kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

Dokonanie następujących czynności, zmiany treści załącznika nr 10 do SWZ wzór umowy poprzez:

- (i) wyeliminowanie z Umowy możliwości naliczenia kar umownych z tytułu niedotrzymania wszystkich terminów wskazanych harmonogramie rzeczowo-finansowym;
- (ii) zmiana zapisów Umowy w zakresie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi tak aby okres ten rozpoczynał się z chwilą dokonania odbioru końcowego (z chwilą wydania) tj. przejściem przedmiotu umowy przez Zamawiającego i rozpoczęcie korzystania/użytkowania przez Zamawiającego
- (iii) przyznanie Wykonawcy prawa do zgłaszania roszczeń w sytuacji wstrzymania realizacji robót przez Zamawiającego a w szczególności, gdy dojdzie do wstrzymania realizacji umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy tak aby Zamawiający był zobowiązany do zwrotu na rzecz wykonawców kosztów będących konsekwencją wstrzymania realizacji robót;
- (iv) przyznanie Wykonawcy prawa do zgłaszania roszczeń w sytuacji ograniczenia przez Zamawiającego zakresu prac objętych umową a w szczególności, gdy dojdzie do ograniczenia zakresu prac objętych umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy tak aby Zamawiający był zobowiązany do zwrotu na rzecz wykonawców kosztów będących konsekwencją;
- (v) zmiana zapisów Umowy w zakresie obowiązku przedstawiania dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom tak aby obowiązek ten był ograniczony do dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcą – wyeliminowanie obowiązku zapłaty całego należnego wynagrodzenia
- (vi) zmiana zapisów Umowy w zakresie obowiązku przedstawiania dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom tak aby niewywiązanie się z tego obowiązku nie skutkowało zatrzymaniem całości wynagrodzenia wykonawcy a było ograniczone do części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty obowiązek
- (vii) zmianę zapisów umowy tak aby katalog dokumentów potwierdzających zapłatę na rzecz podwykonawców, jakie ma obowiązek przedstawić Wykonawca był katalogiem zamkniętym a ewentualne przedstawianie dodatkowych dokumentów było ograniczone do procedury wyjaśnień przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, o której mowa w § 4 ust. 26 Umowy.
- (viii) wyeliminowanie udziału przedstawiciela zamawiającego przy sporządzaniu protokołów odbioru pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą oraz wyeliminowanie

wpływu Zamawiającego na treść protokołu odbioru pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą.

- (ix) zmianę Załącznik nr 11 do SWZ Dokumentacja Projektowa - Projekt Wykonawczy TOM 6 projekt wykonawczy stadionu lekkoatletycznego kategorii III w Lubinie (s. 19) poprzez wyeliminowanie wymagania, aby darń naturalna została „wzmocniona włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej.” ewentualnie dodanie po tym zapisie sformułowania „lub równoważny” oraz dodanie zapisów, które określiłyby kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Odwołujący mając na uwadze powyższe wskazuje na następujące proponowane brzmienie kwestionowanych postanowień:

Ad. III.(i)

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 10 do SWZ – § 14 ust. 1 pkt 5 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 14 ust. 1 pkt 5 - skreślony

Ad. III.(ii) powyżej

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 10 do SWZ – § 14 ust. 1 pkt 5 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 15 ust. 1 Wykonawca, w ramach wynagrodzenia umownego, określonego w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, udziela Zamawiającemu gwarancji na przedmiot umowy. Okres udzielonej gwarancji rozpoczyna się od dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego przedmiotu umowy. Okres udzielonej gwarancji na przedmiot umowy kończy się z upływem 5 lat liczonych od dnia dokonania przez Zamawiającego odbioru końcowego prac przedmiotu umowy, tj. z chwilą podpisania przez Zamawiającego ~~bezusterkowego~~ protokołu odbioru końcowego.

Ad. III.(iii) powyżej

Po uwzględnieniu zmiany treść załącznika nr 10 do SWZ – § 3 ust. 3 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 3 ust. 3 W okresie realizacji przedmiotu umowy Zamawiającemu przysługiwać będzie prawo wstrzymania realizacji robót na czas określony przez Zamawiającego, a także w razie zaistnienia takiej potrzeby, prawo żądania zabezpieczenia przez Wykonawcę wykonanych robót przed ich zniszczeniem. Wstrzymanie przez Zamawiającego robót oraz dokonanie przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego zabezpieczenia robót ~~nie~~ będzie stanowiło podstawy do domagania się przez Wykonawcę zapłaty na jego rzecz ~~jaki~~ ~~kol~~ ~~wiek~~ roszczeń będących

konsekwencją wstrzymania w szczególności kosztów zabezpieczenia robót oraz udokumentowanych kosztów poniesionych w okresie wstrzymania w szczególności: media, kontenery zaplecza budowy, inne koszty zaplecza budowy, personel Wykonawcy, koszty finansowania, ochrona budowy, koszty przedłużenia umów podwykonawczych. W sytuacji niniejszej Zamawiający zobowiązuje się do zawarcia aneksu do niniejszej umowy, mocą którego zmianie ulegnie zarówno wynagrodzenie Wykonawcy celem pokrycia kosztów wstrzymania, termin realizacji przedmiotu niniejszej umowy poprzez jego wydłużenie o ilość dni wstrzymania realizacji robót, jak i harmonogram rzeczowo finansowy w zakresie będącym konsekwencją wydłużenia terminu realizacji przedmiotu niniejszej umowy.

Ad. III.(iv) powyżej

Po uwzględnieniu zmiany treści załącznika nr 10 do SWZ – § 1 ust. 5 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 1 ust. 5 Zamawiającemu przysługuje prawo ograniczenia zakresu prac określonego niniejszą umową. O ograniczeniu zakresu prac Zamawiający pisemnie powiadomi Wykonawcę. W przypadku ograniczenia zakresu prac wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmniejszeniu o wartość niewykonanych prac. Wartość niniejsza będzie ustalana według kosztorysu szczegółowego sporządzonego w oparciu o ceny określone w ofercie Wykonawcy stanowiącego załącznik do harmonogramu rzeczowo-finansowego zgodnie z § 8 ust. 6 niniejszej umowy. Wykonawcy ~~nie przysługują żadne~~ roszczenia ani ~~kary~~ związane z ograniczeniem robót przez Zamawiającego będących konsekwencją ograniczenia zakresu prac (np. koszty anulowania zamówień, koszty zamówionych a niewykorzystanych materiałów, koszty wstrzymania robót w toku itp.). W takim przypadku minimalna wartość świadczenia Wykonawcy nie będzie niższa niż 80% wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy. W sytuacji niniejszej Zamawiający zobowiązuje się do zawarcia aneksu do niniejszej umowy, mocą którego zmianie ulegnie zarówno wynagrodzenie Wykonawcy celem pokrycia kosztów wstrzymania oraz w razie potrzeby termin realizacji przedmiotu niniejszej umowy, jak i harmonogram rzeczowo-finansowy w zakresie będącym konsekwencją ograniczenia zakresu prac.

Ad. III.(v-viii) powyżej

Po uwzględnieniu zmiany treści załącznika nr 10 do SWZ – § 4 ust. 15, 16 Umowy otrzymuje brzmienie:

§ 4 ust. 15 Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego należnego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy za odebrane roboty budowlane jest uprzednie przedstawienie przez Wykonawcę pisemnych dowodów zapłaty (potwierdzeń zaksięgowanych przelewów bankowych) potwierdzających zapłatę całości ~~należnego~~ wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom

oraz dalszym podwykonawcom, którzy zawarli zaakceptowane przez Zamawiającego umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane lub którzy zawarli przedłożone Zamawiającemu umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, biorących udział w realizacji odebranych robót budowlanych za zrealizowany przez nich zakres zamówienia będący przedmiotem rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą.

§ 4 ust. 16 Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego należnego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie przez Wykonawcę wraz z dokumentami, o których mowa w ust. 15 niniejszego paragrafu, poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii protokołów odbioru robót od podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy zawarli zaakceptowane przez Zamawiającego umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, biorących udział w realizacji odebranych robót budowlanych za zrealizowany przez nich zakres zamówienia będących przedmiotem rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą wraz z poświadczonymi za zgodność z oryginałem kopiami wystawionych przez nich w tym zakresie faktur (rachunków), a także oświadczeniami tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców, że wymagalne należności za ww. roboty zostały na ich rzecz w całości uregulowane wyczerpując w całości roszczenia o zapłatę wymagalnego wynagrodzenia z tytułu ich wykonania (wzór projektu oświadczenia stanowi załącznik do niniejszej umowy). ~~Protokoły odbioru robót sporządzone pomiędzy podwykonawcami, dalszymi podwykonawcami, a Wykonawcą winny być sporządzone przy udziale Zamawiającego w formie pozwalającej na ustalenie, jakie prace i za jaką wartość zrealizował odpowiednio podwykonawca, bądź dalszy podwykonawca oraz zawierać informacje co do rodzaju oraz ilości wykorzystanych przez nich materiałów budowlanych przy realizacji zakresu prac stanowiących przedmiot odbioru.~~

§ 4 ust. 17 Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego należnego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie przez Wykonawcę wraz z dokumentami, o których mowa w ust. 15 niniejszego paragrafu, poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii opłaconych faktur lub rachunków wystawionych przez podwykonawców, którzy zawarli przedłożone Zamawiającemu umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy, biorących udział w realizacji odebranych robót budowlanych pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawę na plac budowy wszystkich materiałów budowlanych objętych ww. fakturami lub rachunkami oraz oświadczeniami tych podwykonawców, że ww. faktury lub rachunki zawierają wszystkie zrealizowane przez niego dostawy materiałów budowlanych w okresie stanowiącym przedmiot rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą oraz że wymagalne wynagrodzenie

zostało ~~one~~ w całości uregulowane wyczerpując w całości roszczenia z tytułu wymagalnego wynagrodzenia ~~ich wykonania~~ (wzór oświadczenia stanowi załącznik do niniejszej umowy).

§ 4 ust. 18 Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego należnego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie przez Wykonawcę wraz z dokumentami, o których mowa w ust. 15 niniejszego paragrafu, poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii opłaconych faktur lub rachunków wystawionych przez podwykonawców, którzy zawarli zaakceptowane przez Zamawiającemu umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są usługi, biorących udział w realizacji odebranych robót budowlanych za zrealizowany przez nich zakres zamówienia będący przedmiotem rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą oraz oświadczeniami tych podwykonawców, że wymagalne wynagrodzenie ~~należności~~ za ww. usługi zostało ~~z~~ na ich rzecz w całości uregulowane wyczerpując w całości roszczenia z tytułu wymagalnego wynagrodzenia ~~ich wykonania~~ (wzór projektu oświadczenia stanowi załącznik do niniejszej umowy).

§ 4 ust. 19 W przypadku wykonania przez podwykonawców lub dalszych podwykonawców robót budowlanych, dostaw lub usług rozliczanych fakturami częściowymi, złożenie oświadczeń przez ww. podwykonawców lub dalszych podwykonawców, o których mowa w ust. 16, 17 i 18 niniejszego paragrafu, stwierdzających wywiązanie się wobec nich z obowiązku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia ~~ze wszystkich zobowiązań finansowych~~ z tytułu wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług, za zrealizowany przez nich zakres zamówienia będących przedmiotem rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą, niezbędne jest przy każdorazowym rozliczeniu faktury.

§ 4 ust. 20 skreślony

§ 4 ust. 21 W przypadku braku przedstawienia przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających zapłatę należnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom z tytułu wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług za zrealizowany przez nich zakres zamówienia będących przedmiotem rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą, w tym wszystkich dokumentów zapłaty, o których mowa w ust. 15-20 niniejszego paragrafu, Zamawiający uprawniony jest wstrzymać wypłatę należnego Wykonawcy wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane w ~~całości~~ części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. W sytuacji niniejszej Zamawiający dokona płatności ~~wstrzymanego~~ wstrzymanej części Wynagrodzenia Wykonawcy za odebrane roboty budowlane w terminie 30 dni od dnia przedłożenia ostatniego z ww. wymaganych dokumentów zapłaty wynagrodzenia należnego danemu podwykonawcy lub

dalszemu podwykonawcy ~~podwykonawcom~~ lub ~~dalszym podwykonawcom~~ z tytułu wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług za zrealizowany przez nich zakres zamówienia będący przedmiotem rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą.

Odwołujący wskazał, że:

- 1. Ustanowiony przez zamawiającego rygor zapłaty kar umownych w przypadku niedotrzymania któregokolwiek z terminów określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym jest nieproporcjonalną sankcją względem wykonawcy z uwagi na to, że zamawiający nie określił żadnych kluczowych terminów zakończenia przedmiotu umowy poza terminem końcowym. Co więcej na chwilę składania ofert treść harmonogramu rzeczowo-finansowego nie jest znana, gdyż zostanie on zgodnie z § 8 ust. 2 stworzony dopiero po zawarciu umowy. Dodatkowo harmonogram rzeczowo - finansowy będzie podlegał zatwierdzeniu przez Zamawiającego co oznacza, że na chwilę składania ofert Wykonawca nie zna warunków tego zatwierdzenia oraz czy i jak te warunki będą się przekładać na terminy wynikające z harmonogramu.**

Wykonawca przygotowując ofertę powinien mieć możliwość oszacowania ryzyk związanych z realizacją przedmiotu umowy. Jednym z takich ryzyk jest ryzyko terminowe i powiązane z tym ryzyko naliczenia kar umownych na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania. Mając na względzie treść zapisów SWZ jak i Umowy Wykonawca nie jest w stanie ustalić, jakie są terminy realizacji poszczególnych terminów wynikających z harmonogramu rzeczowo - finansowego (dalej HRF), gdyż terminy te będą określone dopiero po zawarciu umowy HRF. Zgodnie z § 8 ust. 2 Umowy HRF jest przygotowywany przez Wykonawcę. Teoretycznie pozwala to na oszacowanie, jakie terminy zostaną ustalone w HRF jednak nie jest to do końca możliwe z uwagi na to, że wykonawca nie ma tym zakresie swobody, ale musi uzyskać zatwierdzenie HRF przez Zamawiającego. Na etapie zatwierdzenia HRF Zamawiający może oczekiwać wprowadzenia zmian lub modyfikacji, które są nieprzewidywalne na etapie składania oferty.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że zgodnie z art. 436 pkt 1 pzp umowa w sprawie zamówienia może zawierać planowane termin wykonania poszczególnych części roboty budowlanej. Zamawiający w SWZ w tym również w projekcie umowy nie przewidział żadnych terminów wykonania poszczególnych części przedmiotu umowy. Ustalony został jedynie termin końcowy. Oznacza to, że wykonanie określonych części przedmiotu zamówienia nie jest kluczowe dla Zamawiającego a istotny jest dla niego końcowy efekt w postaci zakończenia przedmiotu umowy w określonym terminie. W ocenie Odwołującego z

uwagi na zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt 3) pzp skutkuje to tym, że uzasadnione jest ustalenie kary umownej za niedotrzymanie terminu końcowego. Jednocześnie nieproporcjonalnym jest ustalenie kary umownej za naruszenie każdego z poszczególnych terminów przewidzianych w HRF. Zastrzeżenie takich kar jest nadużyciem uprawnień zamawiającego do kształtowania treści zapisów umownych a kary umowne w takim wypadku tracą swój charakter stymulujący wykonawcę do terminowej realizacji umowy a przybierają wyłącznie charakter represyjny. Co więcej zamawiający ma możliwość naliczenia kar niedotrzymanie poszczególnych terminów wskazanych w HRF nawet w sytuacji gdy wykonawca dotrzyma jedyne terminu ustalonego w umowie to jest terminu końcowego.

- 2. Zgodnie z art. 568 § 1 kc, który znajduje zastosowanie do umów o roboty budowlane zgodnie z art. 656 § 1 w zw. z art. 638 kc terminy wykonywania uprawnień wynikających z rękojmi liczone są od daty wydania rzecz kupującemu. Brak jest podstaw do przesuwania rozpoczęcia biegu okresu rękojmi na inny termin, tym bardziej, że umowa nie przewiduje „bezusterkowego odbioru końcowego” a nawet gdyby przewidywała to taki odbiór byłby niezgodny z art. 647 kc.**

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora. Z chwilą dokonania odbioru dochodzi do przekazania przedmiotu umowy o roboty budowlane z wykonawcy na inwestora co należy utożsamiać z „wydaniem rzecz” w rozumieniu art. 568 § 1 kc.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzeczniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w

przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

W tym zakresie można powołać się na następujące wyroki Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07

1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.
2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97

W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".

Z uzasadnienia

Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki uspołecznionej.

Zamawiający w § 13 ust 4 pkt 1 umowy przewidział, że wady i usterki nieistotne nie będą blokować dokonania odbioru końcowego i w takiej sytuacji zamawiający dokona odbioru. Oznacza to, że w przypadku wystąpienia wad nieistotnych dojdzie pomiędzy stronami do odbioru końcowego a przedmiot umowy zostanie wydany zamawiającemu i rozpocznie korzystanie z niego. Skutkować powinno to zgodnie z art. 568 § 1 kc rozpoczęciem okresu rękojmi.

Jednocześnie w § 11 umowy zamawiający wskazał, jakie odbiory będą dokonywane w związku z Umową. Pośród tych odbiorów nie został wymieniony „bezusterkowy odbiór końcowy” a który jest w wskazany w § 15 ust. 1 Umowy. Tym samym skoro umowa nie przewiduje „bezusterkowego odbioru końcowego” to tym samym brak jest podstaw do powiązania rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi z odbiorem, który nie jest przewidziany pomiędzy stronami.

3. Przyznanie Zamawiającemu prawa do „bez kosztowego” wstrzymania realizacji prac objętych umową narusza równowagę stron stosunku umownego i przyznaje zamawiającemu prawo do kształtowania tego zobowiązania jednostronnie zamawiającemu pozbawiając jednocześnie wykonawcę możliwości zrekompensowania kosztów, które były nieprzewidywalne w chwili składania oferty.

Wskazać należy, że wstrzymanie robót budowlanych w toku ich wykonywania nie jest bez kosztowe dla wykonawcy. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu kalkuluje cenę oferty nie tylko z uwzględnieniem bezpośrednich kosztów wytworzenia (materiały i robocizna) ale również z uwzględnieniem kosztów pośrednich, które obejmują również koszty ogólne budowy. Wielkość tych kosztów jest kalkulowana z uwzględnieniem zakładanego terminu realizacji przedmiotu zamówienia tj. ten sam przedmiot zamówienia będzie miał inne koszty ogólne budowy w zależności od tego czy zostanie zrealizowany w różnym terminie np. czy w 16 czy 17 miesięcy.

Zgodnie z § 3 ust. 1 Umowy planowy termin realizacji przedmiotu umowy wynosi 16 miesięcy. Dla tego okresu realizacji Wykonawca kalkuluje koszt pośrednie (koszty ogólne budowy) takie jak

- (i) media
- (ii) kontenery zaplecza budowy
- (iii) koszty dzierżawy terenu (o ile wystąpią)
- (iv) personel Wykonawcy

(v) koszty finansowania (koszty utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty przedłużenia ubezpieczeń)

(vi) ochrona budowy

W przypadku przedłużenia okresu realizacji przedmiotu umowy ponad przewidziane w umowie 16 miesięcy z powodu wstrzymania realizacji prac przez Zamawiającego, Wykonawca będzie ponosił wyże koszty mediów (dodatkowy koszty prądu, wody itp. za dodatkowy czas), koszty z tytułu dłuższego korzystania z kontenerów przy jednoczesnym braku możliwości wykorzystania ich na innych budowach, konieczność zapłaty pensji dla personelu wykonawcy, który to personel nie będzie mógłby skierowany na inne budowle, w przypadku przedłużenia czasu trwania umowy wykonawca będzie musiał przedłużyć ważność zabezpieczenia należytego wykonania umowy a zakładając złożenie zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej będzie musiał zapłacić na rzecz banku wynagrodzenie za przedłużenie ważności zabezpieczenia, analogicznie ma się z sytuacja z przedłużeniem ubezpieczenia OC i CAR, przez okres wstrzymania pomimo niewykonywania robot budowlanych wykonawca będzie musiał pokryć koszty ochrony.

Poza tym w przypadku wstrzymania wykonawca może zostać zobowiązany przez Zamawiającego do zabezpieczenia wykonanych robót przed ich uszkodzeniem. Na chwilę obecną wykonawca nie jest w stanie ustalić w jakim momencie może dojść do wstrzymania robót a tym samym nie jest w stanie ustalić jakie prace będą wymagały zabezpieczenia a tym samym, jakie koszty zabezpieczenia uwzględnić w ofercie.

Wykonawca kalkuluje koszty ogólne budowy przy zakładanym terminie realizacji. W sytuacji, gdy termin realizacji ulega przedłużeniu, skutkuje to zwiększonymi kosztami ogólnymi budowy w okresie przedłużenia. Na chwilę obecną Wykonawca nie jest w stanie skalkulować czy i kiedy dojdzie do wstrzymania realizacji robót ani jaki długo będzie trwało wstrzymanie robót ani nawet czy będzie miało to miejsce raz czy kilka razy w toku wykonywania umowy.

Wykonawca nie chce pozbawiać Zamawiającego prawa do wstrzymania wykonywania przedmiotu umowy, jeżeli taka jest potrzeba Zamawiającego. W sytuacji, gdy zamawiający ma taką potrzebę to może dokonać wstrzymania wykonywania przedmiotu umowy jednak nie może realizować tej potrzeby ze szkodą dla wykonawcy, który będzie ponosił konsekwencje finansowe wstrzymania robót (koszty zabezpieczenia, koszty ogólne budowy) a jednocześnie wykonawca nie ma możliwości skalkulowania tych kosztów i uwzględnienia ich w wynagrodzeniu wykonawcy. Zatem skoro Zamawiający chce mieć możliwość wstrzymania wykonywania przedmiotu umowy to powinien w takiej sytuacji zrekompensować Wykonawcy koszty, które są konsekwencją tego wstrzymania.

Nie budzi żadnych wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, iż to zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, uprawnienie to nie ma jednak charakteru absolutnego i doznaje szeregu ograniczeń. Wynika to m.in. z ograniczeń zasady swobody umów przewidzianych w kodeksie cywilnym, znajdujący zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Należy przypomnieć, iż Strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego, co odpowiada zasadzie swobody umów, która została wyrażona w art. 353(1) k.c. Przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego kształtowania umowy poprzez przedłużenie czasu jej wykonywania w wyniku wstrzymania wykonywania robót narusza te zasady gdyż odbywa się kosztem drugiej strony czyli wykonawcy, który nie ma wpływu ani na moment zawieszenia ani na czas jego trwania i nie ma możliwości skalkulowania tej okoliczności w wynagrodzeniu.

4. Przyznanie Zamawiającemu prawa do „bez kosztowego” ograniczenia zakresu prac objętych umową narusza równowagę stron stosunku umownego i przyznaje zamawiającemu prawo do kształtowania tego zobowiązania jednostronnie zamawiającemu pozbawiając jednocześnie wykonawcę możliwości zrekompensowania konsekwencji finansowych takiego ograniczenia, a które były nieprzewidywalne w chwili składania oferty.

Wykonawca nie chce pozbawiać Zamawiającego prawa do ograniczenia zakresu przedmiotu umowy, jeżeli taka jest potrzeba Zamawiającego. Wykonawca nie kwestionuje również limitu ograniczenia (20%) wynikające z § 1 ust. 5 Umowy.

W ocenie wykonawcy naruszające za naruszającą art. 8 ust. 1 pzp, art. 16 pkt 3 pzp w zw. 3531 kc uznać należy możliwość ograniczenia zakresu prac z jednoczesnym pozbawieniem wykonawcy możliwości zgłaszania przez wykonawcę jakichkolwiek roszczeń w związku z ograniczeniem zakresu prac, co wyraźnie zastrzegł zamawiający w § 1 ust. 5 Umowy. Zamawiający przewidział jedynie obniżenie wynagrodzenia według kosztorysu. Zwrócić należy uwagę, że na chwilę składania ofert wykonawca nie jest w stanie oszacować takich okoliczności jak:

- jaka część zamówienia może zostać ograniczona;
- kiedy nastąpi ograniczenie;
- z jakim wyprzedzeniem wykonawca zostanie powiadomiony o ograniczeniu zakresu.

Brak powyższych informacji powoduje, że wykonawca w żaden sposób nie jest w stanie uwzględnić ich w składanej ofercie. Wykonawca nie jest w stanie też podjąć działań, które przeciwdziałałyby skutkom ograniczenia zakresu tak aby nie powstawały z tego powodu negatywne konsekwencje finansowe czy to dla wykonawcy czy to dla podwykonawców. Oczywiście Wykonawca może w umowach z podwykonawcami i dostawcami przewidzieć możliwość ograniczenia zakresu prac danego podwykonawcy na analogicznej zasadzie tj zmniejszenie zakresu prac podwykonawcy czy dostawcy o 20%. Najprawdopodobniej w części umów podwykonawczych taką klauzulę udałoby się zawrzeć.

Niemniej jednak wobec braku możliwości ustalenia zakresu ograniczenia prac przez zamawiającego brak jest możliwości ustalenia jak te ograniczenie będzie wpływać na zakres prac wynikających z umów podwykonawczych czy umów dostawy. Dla przykładu ograniczenie zakresu przedmiotu umowy np. poprzez wyłączenie dostawy określonego materiału skutkować może ograniczeniem umowy dostawy o 100%. Ograniczenie zakresu prac w danej branży np. instalacyjnej w relacjach zamawiający – wykonawca może mieścić się w limicie 20% zaś w realizacji wykonawca – podwykonawca może skutkować ograniczeniem zakresu umowy podwykonawczej np. 70%. W tym układzie, aby zapewnić bez kosztowe ograniczenie zakresu prac w relacji zamawiający – wykonawca rozwiązanie wykonawca w relacji wykonawca – podwykonawca powinien przewidzieć możliwość ograniczenia zakresu umów podwykonawczych w dowolnym momencie o 100%. Uwzględniając realia rynkowe uzyskanie bez kosztowego anulowania umów podwykonawczych czy dostawy jest nierealne a nawet gdyby któryś z podwykonawców zgodziłby się na taki zapis, to oznaczałoby przerzucenie na tego podwykonawcę kosztów decyzji zamawiającego. Co więcej możliwość bez kosztowego ograniczenia zakresu prac bez wskazania ustalenia, kiedy takie ograniczenie ma nastąpić nie uwzględnia konieczności planowania procesu budowlane z wyprzedzeniem to jest wykonawca, aby zapewnić terminową realizację prac musi zawierać umowy podwykonawcze i dostawy z odpowiednim wyprzedzeniem. Podwykonawcy planując własną działalność rezerwują zasoby a danym okresie czasu, aby móc zrealizować umowę z wykonawcą. Ograniczenie zakresu prac bez żadnych ram czasowych nie uwzględnia również konieczności tzw. produkcji w toku czy też produkcji materiałów pod konkretne zamówienie. Część materiałów i urządzeń nie jest dostępna z magazynach, ale ich produkcja jest rozpoczynana po złożeniu zamówienia przez wykonawcę. Pomiędzy złożeniem zamówienia a dostarczeniem materiałów lub urządzeń na budowę może minąć nawet kilka miesięcy. W przypadku ograniczenia zakresu prac przez Zamawiającego po złożeniu zamówienia przez wykonawcę nie ma możliwość bez kosztowego anulowania złożonego zamówienia.

Uwzględniając powyższe przyznanie Zamawiającemu prawa do jednostronnego kształtowania umowy poprzez bez kosztowe ograniczenie zakresu przedmiotu umowy narusza tę zasadę swobody umów, która została wyrażona w art. 353(1) k.c., gdyż odbywa się kosztem drugiej strony czyli wykonawcy, który nie ma wpływu ani na moment ograniczenia, ani zakres prac objętych ograniczeniem i tym samym ani nie ma możliwości skalkulowania tej okoliczności w wynagrodzeniu ani możliwości podjęcia innych działań, które pozwalałyby na bez kosztowe ograniczenie zakresu prac.

5. W ocenie Odwołującego zapisy § 4 ust. 15-21 Umowy naruszają art. 447 ust. 1 i 2 pzp, gdyż:

- (i) nakładają na wykonawcę obowiązek zapłaty podwykonawcom wynagrodzenia, które nie jest wymagalne;**
- (ii) dają zamawiającemu możliwość wstrzymania zapłaty całego wynagrodzenia należnego wykonawcy nawet jak brak dowodów zapłaty dotyczy jedynie części wynagrodzenia;**
- (iii) dają zamawiającemu możliwość ingerencji w realizację umów, których nie jest stroną to jest podwykonawczych, poprzez konieczność zapewnienia udziału przedstawiciela zamawiającego przy dokonywaniu odbioru w ramach umów podwykonawczych oraz narzucaniu treści protokołów odbioru w ramach umów podwykonawczych;**
- (iv) konieczność przedkładania dokumentów nie przewidzianych w umowie pomimo szerokiego katalogu dokumentów, które musi przedkładać wykonawca dla otrzymania płatności.**

W ocenie odwołującego zapisy § 4 ust. 15 – 21 Umowy pozostają w oczywistej sprzeczności z art. 447 ust. 1 i 2 pzp. Zgodnie z art. 447 ust. 1 pzp wykonawca ma obowiązek przedkładać dowody zapłaty „wymagalnego wynagrodzenia” na rzecz podwykonawców. Z treści tego przepisu nie wynika obowiązek przedkładania:

- dowodów zapłaty należnego wynagrodzenia. Wynagrodzenie należne to nie to samo co wynagrodzenie wymagalne. Wynagrodzenie jest należne z chwilą spełnienia świadczenia, czyli z chwilą np. dostawy lub wykonania określonego zakresu prac. Dla postawienia tego należnego wynagrodzenia w stan wymagalności konieczne jest spełnienie dodatkowych czynności np. przedłożenie oświadczeń o zapłacie na rzecz dalszych podwykonawców czy też wystawienie i przekazanie faktury VAT.

- dowodów wywiązania się ze wszystkich zobowiązań finansowych względem podwykonawców. Art. 447 ust. 1 i 2 pzp dotyczy tylko i wyłącznie obowiązku wykazania zapłaty wynagrodzenia wynikającego z umowy podwykonawczej, gdyż to wynagrodzenie jest

objęte solidarną odpowiedzialnością zamawiającego. Sformułowanie „wszystkie zobowiązania finansowe” zawarte np. w § 4 ust. 19 Umowy jest pojęciem szerszym niż ‘wymagalne wynagrodzenie” gdyż obejmuje zobowiązania nie mające charakteru wynagrodzenia np. odsetki, roszczenia odszkodowawcze, roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia itp. a które nie są objęte solidarną odpowiedzialnością.

Jednocześnie art. 447 ust. 2 pzp przyznaje zamawiającemu prawo do wstrzymania wynagrodzenia wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty. Przepis ten absolutnie nie daje zamawiającemu prawa do wstrzymania całości wynagrodzenia wykonawcy co zostało przewidziane w § 4 ust. 21 Umowy.

Również żaden przepis pzp czy kc nie daje zamawiającemu prawa do ingerowania w stosunek podwykonawczy w sposób opisany § 4 ust. 16 Umowy to jest obligujący wykonawcę do zapewnienia udziału zamawiającego w sporządzaniu protokołów odbioru w ramach umów podwykonawczych czy też narzucający treść protokołów odbioru.

- 6. W ocenie Odwołujące zapisy SWZ zostały sformułowane w sposób naruszający art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 pzp, poprzez obowiązek zastosowania przewidzianego w dokumentacji projektowej „darni naturalnej wzmocnionej włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej”, gdyż charakteryzuje produkt konkretnego wytwórcy. Chcą zrealizować przedmiot zamówienia wykonawca będzie zmuszony do zamówienia wskazanej w dokumentacji projektowej murawy u jednego producenta. Prowadzi to do uprzywilejowania wykonawców, którzy są w stanie zamówić ten produkt od jego wytwórcy co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie zamawiający nie dopuścił możliwości stosowania rozwiązań równoważnych i nie podał kryteriów oceny równoważności.**

Wykonawca wskazuje, że na standardowym i powszechnie stosowanym produktem do wykonania nawierzchni trawiastej boisk sportowych jest trawa z rolki bez wzmocnienia włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej. Z informacji dostępnych Odwołującemu jest wiele negatywnych opinii na temat tego rozwiązania i w załączeniu do tego pytania przekazujemy jedną z nich, otrzymaną od specjalisty w zakresie muraw naturalnej.

Dowód: opinia przedstawiciela MurawaPlus

Odwołujący zwraca uwagę, że podczas wycinania darni na plantacji większość tych włókien zostaje na polu. Rolka takiej murawy ma 2,5 cm grubości, z czego 1,5 cm to warstwa korzeni. Tym samym bardzo niewiele tych włókien znajduje się docelowo w warstwie korzeniowej. Po rozpoznaniu rynku Odwołujący wskazuje, że zawarty w dokumentacji projektowej wymóg wskazuje na jedynego w Polsce plantatora, który ma przygotowaną taką murawę. Odwołujący nie ma możliwości pozyskania murawy zgodnej z dokumentacją projektową od innego producenta i tym samym odwołujący pozbawiony jest możliwości wyboru dostawcy. Według wiedzy Odwołującego ani w Polsce ani w Europie nie przygotowuje się muraw z użyciem takiej technologii, ponieważ wiąże się to z kilkukrotnie wyższymi kosztami wykonania i eksploatacji tych muraw.

Odwołujący wskazuje, iż z informacji pozyskanych od producentów muraw wynika, że darni wzmocniona może wykazywać gorsze warunki przy kolejnym użytkowaniu, gdyż znacznie wolniej się regeneruje niż zwykła murawa. Koszty utrzymania darni ze wzmocnieniami są nieproporcjonalnie wysokie w stosunku do uzyskanych efektów, dlatego też zachowując pełną a wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność i efekty jakościowe wystarczającym jest zastosowanie darni bez wzmocnienia.

Odwołujący nie kwestionuje prawa zamawiającego do opisanego przedmiotu zamówienia zgodnie z obiektywnymi jego potrzebami. Zamawiający może przy tym określić oczekiwane parametry produktu na wysokim poziomie, także, jeśli miałyby to nawet wiązać się z niemożnością zaoferowania przedmiotu zamówienia przez znaczną liczbę uczestników rynku właściwego. Niemniej jednak w takim wypadku konsekwencją opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie cech charakterystycznych konkretnego produktu pochodzącego od konkretnego producenta jest ustawowy obowiązek wskazania w opisie, iż dopuszcza się produkt równoważny ze wskazaniem stosownie do art. 99 ust. 6 pzp wraz ze wskazaniem kryteriów stosowanych w celu oceny równoważności. Zamawiający w dokumentacji projektowej wskazał na produkt pochodzący od jednego podmiotu jednak nie wskazał jednocześnie, że dopuszcza możliwość stosowania rozwiązań równoważnych oraz kryteriów równoważności.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 czerwca 2022 r. uwzględnił w części zarzuty odwołania w zakresie zarzutu 2, 3, 4 pkt (ii), 5 i wnosil o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i 4 pkt (i), (iii), (iv).

Zamawiający podniósł wskazując na poniższe:

Do ZARZUTU NR 1.

Strona Odwołująca zarzuca Zamawiającemu naruszenie **art. 16 pkt 3 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na: Zastrzeżenie w § 14 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 10 do SWZ projekt umowy (dalej: Umowa) kar umownych rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych za uchybienie w dotrzymaniu poszczególnych terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym — brak jest uzasadnienia, aby każdy z terminów w harmonogramie był zagrożony karą umowną, interes zamawiającego jest wystarczający zabezpieczony poprzez ustalenie terminu na wykonanie terminu końcowego.

Zamawiający wnosi o nieuwzględnienie tego zarzutu, za czym przemawiają następujące okoliczności:

- niewskazanie przez odwołującego się uzasadnienia dlaczego kary umowne uważa za wygórowane,
- pominięcie i wyłączenie z rozważań okoliczności, że zgodnie z §8 ust. 1 projektu Umowy, Harmonogram rzeczowo-finansowy opracowywany jest przez Wykonawcę, co oznacza, że Wykonawca ma bezpośredni wpływ na szczegółowe określenie zakresu prac realizowanych w poszczególnych etapach oraz terminów ich wykonania; pozwala to Wykonawcy na oszacowanie ryzyka finansowego związanego ze zwłoką w niedotrzymaniu wyznaczonych przez siebie terminów wykonania poszczególnych etapów robót,
- zastrzeżenie w umowie kar umownych na wypadek zwłoki w wykonaniu zobowiązania jest dla Zamawiającego prawnie dopuszczalne (art. 353(1) kc), a opracowany przez Wykonawcę harmonogram rzeczowo-finansowy porządkuje proces inwestycyjny,
- do Umowy zastosowanie ma art. 484§2 k.c. - przewidujący możliwość zmniejszenia wysokości kary umownej z powodu wykonania umowy oraz z powodu rażącego wygórowania kary. W tych okolicznościach zarzut rażącego wygórowania i nieproporcjonalności kary jest bezzasadny.

Do ZARZUTU NR 2.

Odnosząc się do zawartego w odwołaniu zarzutu 2 - Naruszenie **art. 8 ust. 1 pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 568 § 1 kc, art. 638 kc i art. 656 § 1 kc poprzez ustalenie w § 15 ust. 1 Umowy, że:** Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy zgodnie z § 13 ust. 4 pkt 2 umowy Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady i usterki nieistotne. Z chwilą dokonania odbioru końcowego Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i

będzie go użytkował. Przy zaproponowany zapisie umowy oznaczać będzie to, że wbrew art. 568 § 1 kc okres rękojmi nie rozpocznie się z chwilą wydania przedmiotu umowy zamawiającemu;

Zamawiający uznaje ten zarzut i przychylił się do wskazanej przez Odwołującego się propozycji zapisu §15 ust. 1 projektu Umowy.

Do ZARZUTU NR 3.

Ad (i) - Zamawiający uznaje ten zarzut, jednakże wnosi o usunięcie ust. 3 z §3 projektu Umowy. Brak zgody na jego modyfikację.

Ad (ii) - Zamawiający uznaje ten zarzut, jednakże wnosi o usunięcie ust. 5 z §1 projektu Umowy. Brak zgody na jego modyfikację.

Do ZARZUTU nr 4

Zamawiający wnosi o oddalenie tego zarzutu w części dot. pkt (i), (iii) i (iv).

Zdaniem Odwołującego nie wszystkie zapisy §4 ust. 15 -21 projektu umowy stoją w sprzeczności z art. 447 ust. 1 i 2 pzp

Ad (i) Zamawiający wnosi o nieuwzględnienie zarzutu wprowadzenia przez Zamawiającego nieprzewidzianego w art. 447 pzp mechanizmu zabezpieczającego należne podwykonawcom i dalszym podwykonawcom wynagrodzenie z tytułu wykonanych robót budowlanych poprzez użycie przez użyte przez Zamawiającego w §4 ust. 15 umowy wyrażenia „*potwierdzenia zapłaty w całości należnego wynagrodzenia podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom*”.

Wprawdzie w art. 447 pzp użyto frazy „wynagrodzenia należnego wykonawcy” a w odniesieniu udokumentowania rozliczenia podwykonawcy i dalszych podwykonawców, frazy „dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia”, jednak nie ma to w tym kontekście tak zawoalowanego znaczenia. Wyrażenie „należnego wynagrodzenia podwykonawcy oraz dalszemu podwykonawcy” tożsame jest ze stanem wymagalności tego świadczenia.

Aspekt ochrony podwykonawców oraz dalszych podwykonawców przewidziany w art. 447 upzp odnieść należy do bezwzględnego charakteru art. 647 (1)§1 kc wprowadzającego solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy „za zapłatę **wynagrodzenia należnego podwykonawcy** z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych (...)”. Powołany przepis mówi o wynagrodzeniu należnym podwykonawcy. Wprowadzając rozróżnienie stanu wiarygodności podwykonawcy jako należnej i odrębnie jako wymagalnej pozbawiamy podwykonawców i dalszych podwykonawców ochrony przewidzianej art. 447 upzp. Zapisy §4

ust. 15 - 21 stanowią dozwoloną prawem i słuszną ochronę Zamawiającego oraz podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Ad (ii) Zamawiający uznaje zarzut do treści §4 ust. 20 umowy, a dotyczący możliwości nieuprawnionego wstrzymania zapłaty całości wynagrodzenia w przypadku braku dowodu zapłaty jedynie części wynagrodzenia podwykonawcy oraz dalszego podwykonawcy. Zamawiający akceptuje przedstawioną przez Odwołującego się propozycję zamiany §4 ust. 21.

Ad (iii) Zamawiający wnosi o nieuwzględnienie tego zarzutu. Uprawnienie Zamawiającego przewidziane w §4 ust. 20 umowy ma na celu ochronę interesów podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz samego inwestora. Ustęp dotyczy sytuacji wystąpienia uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, co do zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom i dotyczy weryfikacji oświadczenia potwierdzającego płatność. W tym przypadku otwarty katalog możliwych dowodów nie oznacza istnienia niezmiernych możliwości. Przepis ten nie narusza ustawy pzp i nie nakłada na wykonawcę nieuzasadnionych i nadmiernych obciążeń.

Ad (iv) Zamawiający wnosi o nieuwzględnienie tego zarzutu. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na powstanie nieproporcjonalnego obowiązku zapewnienia udziału przedstawiciela Zamawiającego przy sporządzaniu pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami protokołów odbioru robót. Udział Zamawiającego w tej czynności zabezpiecza interesy podwykonawców oraz dalszych podwykonawców i samego Zamawiającego.

Do ZARZUTU NR 5

Zamawiający wyraża zgodę na rezygnację ze wzmocnienia włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej trawy z rolki.

Zamawiający modyfikuje skład gatunkowy trawy na:

- życica trwała (*Lolium perenne* L.) 0 - 40% co najmniej dwie odmiany,
- wiechlina łąkowa (*Poa pratensis* L.) 60 - 100% co najmniej dwie odmiany w gatunku.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Stan faktyczny:

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2022/S 111-309804w dniu 10.06.2022 r.

W dniu 20 czerwca 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 16 pkt 3 pzp, art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 kc w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc ze względu na: Zastrzeżenie w § 14 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 10 do SWZ projekt umowy (dalej: Umowa) kar umownych rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych za uchybienie w dotrzymaniu poszczególnych terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym – brak jest uzasadnienia, aby każdy z terminów w harmonogramie był zagrożony karą umowną, interes zamawiającego jest wystarczająco zabezpieczony poprzez ustalenie terminu na wykonanie terminu końcowego;
2. Naruszenie art. 8 ust. 1 pzp w związku z art. 353¹ kc, art. 568 § 1 kc, art. 638 kc i art. 656 § 1 kc poprzez ustalenie w § 15 ust. 1 Umowy, że:
 - (i) Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy zgodnie z § 13 ust. 4 pkt 2 umowy Zamawiający jest zobowiązany do dokonania odbioru końcowego, w przypadku, gdy występują jedynie wady i usterki nieistotne. Z chwilą dokonania odbioru końcowego Zamawiający przejmie przedmiot Umowy i będzie go użytkował. Przy zaproponowany zapisie umowy oznaczać będzie to, że wbrew art. 568 § 1 kc okres rękojmi nie rozpocznie się z chwilą wydania przedmiotu umowy zamawiającemu;
3. Naruszenie art. 8 ust. 1 pzp, art. 16 pkt 3 pzp art. 433 pkt 3 pzp w zw. 353¹ kc poprzez: (i) nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 3 ust. 3 Umowy arbitralnego prawa do wstrzymania realizacji robót, na czas który zostanie dowolnie ustalony przez Zamawiającego z jednoczesnym wyłączeniem odpowiedzialności finansowej Zamawiającego za skutki takiego wstrzymania, gdyż

zamawiający wyłączył możliwość zgłaszania jakichkolwiek roszczeń przez wykonawcę pomimo tego, że wykonawca zobowiązany będzie do poniesienia kosztów wstrzymania robót jak również będzie zobowiązany do ponoszenia kosztów ogólnych budowy przez okres wstrzymania (np.: koszty ochrony, koszty personelu, koszty utrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, koszty utrzymania zaplecza budowy itp.) jak również może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą względem podwykonawców i dostawców, którzy nie będą mogli realizować umów. Wykonawca nie jest w stanie uwzględnić kosztów wstrzymania w składanej ofercie, gdyż nie zna ani daty wstrzymania ani czasu wstrzymania.

(ii) nadużycie przez Zamawiającego uprawnienia wynikającego ze swobody kształtowania warunków umowy poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 1 ust. 5 Umowy arbitralnego prawa do ograniczenia zakresu prac objętych umową z jednoczesnym wyłączeniem prawa wykonawcy do zgłaszania jakichkolwiek roszczeń przez Wykonawcę. Zamawiający może dokonać ograniczenia zakresu prac w dowolnym momencie bez uprzedzenia Wykonawcy. W chwili ograniczenia prac wykonawca może mieć już zamówione lub wyprodukowane materiały a ograniczenie zakresu prac skutkować będzie koniecznością zapłaty za zamówione lub wyprodukowane materiały lub koniecznością anulowania zamówień i poniesienia kosztów anulowania zamówień.

4. Naruszenie art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 3) pzp i art. 447 ust. 1 i 2 pzp poprzez:

(i) Nałożenie na Wykonawcę w § 4 ust. 15, 16, 17, 18,19 i 21 Umowy obowiązku przedstawiania dowodów zapłaty całego wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub wykazania wywiązania się ze wszystkich zobowiązań finansowych względem podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 1 pzp obowiązkiem wykonawcy jest przedstawianie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, co oznacza, że nie całe wynagrodzenie musi zostać zapłacone a jedynie jego wymagalna część jak również nie jest obowiązkiem Wykonawcy wykazywanie wywiązania się ze wszystkich zobowiązań finansowych względem podwykonawców a jedynie obowiązek wykazania zapłaty wymagalnego wynagrodzenia; (ii) Przyznanie Zamawiającemu w § 4 ust. 21 Umowy prawa do wstrzymania całości wynagrodzenia należnego Wykonawcy w przypadku nieprzedstawienia wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców podczas gdy zgodnie z art. 447 ust. 2 pzp prawo wstrzymania zapłaty wynagrodzenia dotyczy części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty;

(iii) Nałożenie na Wykonawcę w § 4 ust. 20 Umowy obowiązku przedstawiania dodatkowych niesprecyzowanych dokumentów potwierdzających zapłatę.

Zamawiający pozostawia otwarty katalog dokumentów jakich może żądać od wykonawcy pomimo tego, że zgodnie z § 4 ust. 15, 16, 17 i 18 Umowy jest zobowiązany do przedkładania potwierdzeń przelewów, oświadczeń podwykonawców o otrzymaniu zapłaty, faktur, protokołów odbioru.

(iv) Nałożenie na Wykonawcę w § 4 ust. 16 Umowy nieproporcjonalnego obowiązku zapewnienia udziału przedstawiciela Zamawiającego przy sporządzaniu treści protokołów odbioru pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą oraz narzucenia przez zamawiającego treści protokołu pomimo tego, że zamawiający nie jest stroną umowy podwykonawczej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców co nie daje zamawiającemu prawa ingerencji w sposób realizacji umów podwykonawczych a w szczególności możliwości wpływania na treść protokołów odbioru czy też brania udziału w sporządzaniu protokołów odbioru w ramach umów, których nie jest stroną.

5. Naruszenie art. 16 pkt 1 w związku z art. 99 ust. 2, 4, 5 i 6 pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję przez wskazanie szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a który może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów poprzez wskazanie w Załącznik nr 11 do SWZ Dokumentacja Projektowa - Projekt Wykonawczy TOM 6 projekt wykonawczy stadionu lekkoatletycznego kategorii III w Lubinie (s. 19) konieczności wykonania nawierzchni trawiastej boiska z trawy sportowej z rolki, gdzie wymagane jest aby darni naturalna została „wzmocniona włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej”. Z informacji dostępnych Odwołującemu wynika, że zawarty w dokumentacji opis wskazuje jedyne w Polsce plantatora, który ma przygotowaną taką murawę nie pozostawiając Odwołującemu możliwości wyboru innego dostawcy. Według wiedzy Odwołującego ani w Polsce, ani w Europie nie przygotowuje się muraw z użyciem takiej technologii. Jednocześnie brak jest możliwości zastosowania materiałów równoważnych, gdyż w SWZ przy wymogu zastosowania darni naturalnej wzmocnionej włóknami syntetycznymi w warstwie korzeniowej nie towarzyszą wyrazy „lub równoważny” jak również nie zostały sformułowane kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 czerwca 2022 r. uwzględnił w części zarzuty odwołania w zakresie zarzutu 2, 3, 4 pkt (ii), 5 i wnosił o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i 4 pkt (i), (iii), (iv).

Stan prawny:

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 99 ust. 2, 4, 5, 6 ustawy PZP:

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Zgodnie z art. 433 pkt 3 ustawy PZP, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Zgodnie z art. 447 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę:

1) wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych;

2) całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych, zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,

2) udzielenie kolejnej zaliczki

- w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 353¹ KC, 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.

Zgodnie z art. 647 KC, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do

przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 484 § 2 KC, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Zgodnie z art. 483 KC:

§ 1. Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

§ 2. Dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej.

Zgodnie z art. 473 § 1 KC, dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Zgodnie z art. 568 § 1 KC, Sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości - przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu. Jeżeli kupującym jest konsument a przedmiotem sprzedaży jest używana rzecz ruchoma, odpowiedzialność sprzedawcy może zostać ograniczona, nie mniej niż do roku od dnia wydania rzeczy kupującemu.

Zgodnie z art. 638 KC:

§ 1. Do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Odpowiedzialność przyjmującego zamówienie jest wyłączona, jeżeli wada dzieła powstała z przyczyny tkwiącej w materiale dostarczonym przez zamawiającego.

§ 2. Jeżeli zamawiającemu udzielono gwarancji na wykonane dzieło, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się odpowiednio.

Zgodnie z art. 656 § 1 KC, Do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu albo wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową, do rękojmi za wady wykonanego obiektu, jak również do uprawnienia

inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło.

Stanowisko Izby:

Zarzut Odwołującego (pkt 1 odwołania) w zakresie wprowadzenia przez Zamawiającego w § 14 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy kar umownych rażąco wygórowanych i nieproporcjonalnych za uchybienie w dotrzymaniu poszczególnych terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym oraz zarzut Odwołującego (pkt 4 (iv) odwołania) w zakresie nałożenia na Wykonawcę w § 4 ust. 16 wzoru umowy nieproporcjonalnego obowiązku zapewnienia udziału przedstawiciela Zamawiającego przy sporządzaniu treści protokołów odbioru pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, są zdaniem Izby niezasadne.

W zakresie tych zarzutów w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy PZP), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W ocenie Izby ww. zarzuty nie zmierzają do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy treści korzystnej dla Odwołującego.

Zamawiający w § 14 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy, stanowiący załącznik nr 10 do SWZ, wprowadził następujący zapis w brzmieniu: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za zwłokę w wykonaniu poszczególnych elementów w stosunku do terminów przyjętych w harmonogramie rzeczowo-finansowym w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej umowy, za każdy dzień zwłoki”.

Zgodnie z § 8 ust. 2 wzoru umowy, harmonogram rzeczowo- finansowy wraz z kosztorysem, o którym mowa w ust. 5 poniżej, opracowywany jest przez Wykonawcę w terminie do 21 dni od daty zawarcia niniejszej umowy zgodnie z wymogami zawartymi w § 3 oraz § 7 niniejszej umowy i zatwierdzany jest przez Zamawiającego. Stosownie do § 8 ust. 5 wzoru umowy,

załącznikiem do harmonogramu rzeczowo-finansowego jest kosztorys szczegółowy sporządzony przez Wykonawcę.

Oznacza to zdaniem Izby, że zarówno harmonogram rzeczowo-finansowy oraz kosztorys szczegółowy są opracowywane przez Wykonawcę, czego wydaje się nie zauważa Odwołujący.

Izba zważa, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający w kształtowaniu zaskarżonych postanowień umownych przekroczył granice wyznaczone przepisami ustawy PZP i Kodeksu cywilnego.

Zdaniem Izby zakwestionowane postanowienia umowne stanowią dla Odwołującego określoną dolegliwość i są dla niego niekorzystne, czego jednak nie można utożsamiać z naruszeniem przepisów ustawowych.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, Zamawiający zobowiązany jest podać w SWZ projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, a swoboda zamawiającego w tym zakresie ograniczona jest przepisami ustawy PZP, a także przepisami Kodeksu cywilnego dotyczącymi zobowiązań umownych. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów czy postanowień przyszłej umowy o roboty budowlane. Odwołujący natomiast nie przedstawił materiału dowodowego na poparcie argumentacji, która świadczyłaby o wystąpieniu takiego naruszenia w niniejszej sprawie.

Izba wskazuje, że w harmonogramie rzeczowo-finansowym może znajdować się wiele elementów m.in. koszty robót przygotowawczych, koszty robót konstrukcyjno-budowlanych, koszty robót instalacyjnych, koszty robót wykończeniowych, koszty urządzeń i wyposażenia, koszty zagospodarowania terenu, koszty dokumentacji projektowej, o czym świadczy dowód w postaci harmonogramu rzeczowo-finansowego dla robót budowlanych polegających na zaprojektowaniu i wybudowaniu hali lekkoatletycznej wraz z częścią szatniowo-sanitarną,

częścią biurowo-administracyjną z uwzględnieniem przyległych funkcji, dotyczącego innej inwestycji, który to został wniesiony przez Odwołującego na rozprawie.

Zdaniem Izby powyższy dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ jedynie przedstawia opis robót wraz z ich wartością brutto dotyczący innego postępowania, a Odwołujący nie wykazał, dlaczego w niniejszym postępowaniu kary umowne za zwłokę w wykonaniu poszczególnych elementów w stosunku do terminów przyjętych w harmonogramie rzeczowo-finansowym w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto, są rażąco wygórowane i nieproporcjonalne za uchybienia w dotrzymaniu poszczególnych terminów wskazanych w harmonogramie rzeczowo-finansowym.

Izba uważa, że w przedmiotowym postępowaniu ustalony został termin końcowy wykonania zamówienia, tj. 16 miesięcy od dnia podpisania umowy (rozdział III pkt 2 SWZ, § 3 ust. 1 wzoru umowy). Izba uważa, że również termin końcowy jest obciążony karą umowną (§ 14 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy), na co wskazywał także Odwołujący na rozprawie. Izba nie zgadza się jednak z Odwołującym, aby zastrzeżenie kar umownych za zwłokę w wykonaniu poszczególnych elementów w stosunku do terminów przyjętych w harmonogramie rzeczowo-finansowym było nadużyciem uprawnień Zamawiającego do kształtowania treści zapisów umownych oraz że kary te w takim wypadku tracą swój charakter stymulacyjny, a przybierają wyłącznie charakter represyjny.

Należy bowiem wziąć pod uwagę, że funkcją kar umownych jest nie tylko naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu (co wynika z art. 480 § 1 KC), kary te pełnią również funkcję prewencyjną, motywując wykonawcę do należytego wykonania przedmiotu umowy i minimalizując ryzyko niedotrzymania jej postanowień. Zdaniem Izby sposób ustalania kar określony przez Zamawiającego (zarówno co do kary umownej w stosunku do terminu końcowego czy terminów przyjętych w harmonogramie rzeczowo-finansowym) stanowić będzie dla wykonawców motywację do terminowego wykonywania obowiązków, nie prowadząc jednocześnie do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał jakoby kary umowne określone przez zamawiającego w § 14 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy miały funkcję dochodową dla Zamawiającego („bezpodstawnie przysparzającego korzyści Zamawiającemu”), są zdaniem Izby gołostowne niemające pokrycia w materiale dowodowym.

Izba uważa, że Odwołujący z jednej strony wskazuje że „nie jest w stanie skalkulować wysokości kar umownych ze względu na to, że nie wiadomo za jakie elementy w harmonogramie, które zamawiający zaakceptuje, będą karani”, a z drugiej strony wnosił na rozprawie o obniżenie kar umownych do wysokości 0,01% wysokości wynagrodzenia umownego, z zastrzeżeniem anulacji kar umownych pośrednich w ramach harmonogramu w przypadku dotrzymania realizacji terminu końcowego, wnosząc dowód w postaci umowy o roboty budowlane z dnia 7 kwietnia 2020 r. dotyczącej innego postępowania.

Jednakże zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał dlaczego kary umowne miałyby być obniżone do 0,01% wysokości wynagrodzenia umownego, a nie np. do 0,02% czy 0,03% wysokości wynagrodzenia umownego w przedmiotowym postępowaniu. W związku z powyższym, zdaniem Izby powyższy dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z § 14 ust. 4 wzoru umowy, łączna wysokość kar umownych naliczonych na podstawie niniejszej umowy ograniczona jest do wysokości 25% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 7 ust.1 niniejszej umowy, co oznacza zdaniem Izby, że Zamawiający ustalił limit wysokości kar umownych w stosunku do określonego procentu wynagrodzenia umownego brutto, zarówno co do kar umownych nałożonych w przypadku niedotrzymania terminu końcowego czy poszczególnych terminów wynikających z harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Nadto Izba uważa, że nawet gdyby się okazało w trakcie wykonywania umowy, że nałożona kara umowna byłaby rażąco wygórowana, Wykonawca zawsze będzie miał możliwość wystąpić z żądaniem do sądu o miarkowanie wysokości tej kary, stosownie do art. 484 § 2 KC.

Odnosnie zarzutu w pkt 4 (iv) zawartego w odwołaniu, Izba stoi na stanowisku, że zastosowany przez Zamawiającego w § 4 ust. 16 wzoru umowy obowiązek zapewnienia udziału przedstawiciela Zamawiającego przy sporządzaniu treści protokołów odbioru pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą a dalszymi podwykonawcami, jest zastosowany w sposób proporcjonalny nienaruszający przepisu art. 16 pkt 3 ustawy PZP ani art. 447 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

Zgodnie z § 4 ust. 16 wzoru umowy: „Warunkiem zapłaty przez Zamawiającego należnego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie przez Wykonawcę wraz z dokumentami, o których mowa w ust. 15 niniejszego paragrafu, poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii protokołów odbioru robót od

podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy zawarli zaakceptowane przez Zamawiającego umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, biorących udział w realizacji odebranych robót budowlanych za zrealizowany przez nich zakres zamówienia będących przedmiotem rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą wraz z poświadczonymi za zgodność z oryginałem kopiami wystawionych przez nich w tym zakresie faktur (rachunków), a także oświadczeniami tych podwykonawców lub dalszych podwykonawców, że wymagalne należności za ww. roboty zostały na ich rzecz w całości uregulowane wyczerpując w całości roszczenia o zapłatę wymagalnego wynagrodzenia z tytułu ich wykonania (wzór projektu oświadczenia stanowi załącznik do niniejszej umowy). Protokoły odbioru robót sporządzone pomiędzy podwykonawcami, dalszymi podwykonawcami, a Wykonawcą winny być sporządzone przy udziale Zamawiającego w formie pozwalającej na ustalenie, jakie prace i za jaką wartość zrealizował odpowiednio podwykonawca, bądź dalszy podwykonawca oraz zawierać informację co do rodzaju oraz ilości wykorzystanych przez nich materiałów budowlanych przy realizacji zakresu prac stanowiących przedmiot odbioru”.

Izba wskazuje, że zarzut Odwołującego skoncentrował się na ostatnim zdaniu § 4 ust. 16 wzoru umowy, tj. „Protokoły odbioru robót sporządzone pomiędzy podwykonawcami, dalszymi podwykonawcami, a Wykonawcą winny być sporządzone przy udziale Zamawiającego w formie pozwalającej na ustalenie, jakie prace i za jaką wartość zrealizował odpowiednio podwykonawca, bądź dalszy podwykonawca oraz zawierać informację co do rodzaju oraz ilości wykorzystanych przez nich materiałów budowlanych przy realizacji zakresu prac stanowiących przedmiot odbioru”.

Izba zważa, że Odwołujący nie przedstawił ani jednego dowodu wskazującego na powstanie nieproporcjonalnego obowiązku zapewnienia udziału przedstawiciela Zamawiającego przy sporządzaniu pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami protokołów odbioru robót.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 431 ustawy PZP: „Zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwanej dalej „umową”, w celu należytej realizacji zamówienia”, o czym wydaje się zapomina Odwołujący.

Mając powyższe na uwadze, obawy Odwołującego, że zapis ten zablokuje możliwości dokonywania odbioru robót wykonanych przez podwykonawcę i może wpłynąć na opóźnienie w realizacji umowy podwykonawczej i narazić Odwołującego na sankcje z powodu braku

terminowej zapłaty za wykonane roboty, są zdaniem Izby gołosłowne niemające pokrycia w dokumentacji postępowania ani w materiale dowodowym. To samo dotyczy obaw Odwołującego „czy udział zamawiającego będzie aktywny, pojawi się w konkretnym terminie czy np. odmówi odbioru robót nie stawiając się na powyższą czynność”.

Zdaniem Izby, nie może być również mowy, aby zapis ten był „nadmierny” w stosunku do art. 447 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Zgodnie bowiem z art. 447 ust. 1 i 2 ustawy PZP:

1. W przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę:

1) wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach, warunkiem zapłaty, przez zamawiającego, drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych;

2) całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych, zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, o których mowa w art. 464 ust. 1, biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,

2) udzielenie kolejnej zaliczki

- w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Z powyższej normy prawnej nie wynika, aby Zamawiający miał jakkolwiek zakaz wprowadzenia do postanowień umownych możliwości udziału Zamawiającego przy sporządzaniu protokołów odbioru robót o określonej treści sporządzonych pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami.

Nadto Izba zważa, że nawet podwójne badanie przez Zamawiającego wykorzystywanych materiałów budowlanych przy realizacji zakresu prac stanowiących przedmiot odbioru w ramach dwóch umów, tj. umowy wykonawczej i podwykonawczej, na co wskazywał Odwołujący na rozprawie, nie może stanowić o naruszeniu art. 447 ust.1 i 2 ustawy PZP czy art. 16 pkt 3 ustawy PZP.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku powyższym, Izba pominęła dywagacje Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 437 ust. 1 pkt 1, 3, 4, 5 ustawy PZP i art. 647¹ KC, wskazane na rozprawie, a nie ujęte w zarzutach zawartych w odwołaniu.

Izba dodatkowo wskazuje, że umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w pkt 2, 3, 4 (ii), 5 odwołania ze względu na uwzględnienie powyższych zarzutów przez Zamawiającego oraz umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w pkt 4 (i), (iii) odwołania ze względu na cofnięcie zarzutów przez Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 9 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: