

WYROK
z dnia 29 listopada 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 listopada 2019 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 listopada 2019 roku** przez wykonawcę **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Uniwersytet Medyczny w Łodzi, z siedzibą w Łodzi**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w petitum odwołania nr 1, 2, 5 i nakazuje wprowadzenie we wzorzec umowy następujących zmian w brzmieniu:
 - a) § 3 ust 2 lit i) Etap IX obejmujący usunięcie wszystkich stwierdzonych wad istotnych oraz zrealizowanie całości dostaw i przekazanie Zamawiającemu obiektu do użytkowania w terminie do 29 kwietnia 2022 r.;
 - b) § 12 ust 2 lit d) W przypadku stwierdzenia wad istotnych wskazanych w § 12 ust 4 niniejszej Umowy, Zamawiający zarządzi przerwę w czynnościach odbioru do czasu usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych wad istotnych. Dalsze czynności odbioru realizowane będą wedle procedury jak dla dokonania odbioru. Stwierdzenia jedynie wad nieistotnych nie wstrzymuje czynności odbioru końcowego, z tym, że w protokole odbioru końcowego Strony wymienią wskazane wady i uzgodnią termin na ich usunięcie.

- c) § 12 ust. 4. Procedura odbioru końcowego rozpoczyna się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót i dostaw składających się na przedmiot umowy, a także definitywnym pobudowlanym posprzątaniu całości obiektu będącego przedmiotem umowy. Zamawiający dokona odbioru końcowego po usunięciu wszystkich istotnych wad zgłoszonych przez Zamawiającego. Gotowość do odbioru końcowego Wykonawca zgłasza Zamawiającemu.
- d) § 12 ust. 9 W ramach pobudowlanego sprzątania obiektu Wykonawca zobowiązany jest na zakończenie Etapu IX do profesjonalnego posprzątania całego obiektu w standardzie realizowanym przez specjalistyczne firmy sprzątające, oferujące tego typu usługi wraz z zabezpieczeniem i konserwacją powierzchni w zakresie, w jakim jest to możliwe w ramach dostępnych technologii. Sprzątanie winno obejmować także mycie wszystkich okien, podłóg, schodów, balustrad itp. do stanu nadającego się bezpośrednio do odbioru obiektu przez sanepid i zasiedlenia przez użytkowników. Wykonawca przy odbiorze Końcowym nie będzie zobowiązany do ponownego sprzątania obiektu, z tym jednak, iż realizując prace Etapu IX w zakresie usunięcia wad istotnych zobowiązany będzie, do bieżącego utrzymania czystości. Jeżeli Wykonawca zgłosi obiekt do odbioru nieposprzątanym uznaje się, iż upoważnił Zamawiającego do zlecenia podmiotowi trzeciemu posprzątanie obiektu na koszt i ryzyko Wykonawcy. W takim przypadku za datę zakończenia prac uznaje się zakończenie prac ekipy sprzątającej.
- e) § 13 ust. 2 lit. a) wykreślenie sformułowania „bezusterkowy” przy odbiorze końcowym
- f) § 9 ust. 6 lit. a) pisemnych oświadczeń wszystkich podwykonawców o dokonaniu zapłaty na ich rzecz 100% wymagalnych należności za wykonane prace i użyte materiały przy realizacji inwestycji objętej przedmiotową umową lub oświadczeń podwykonawców o zrzeczeniu się względem Zamawiającego roszczeń o zapłatę z tego tytułu lub też innych dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Brak tych oświadczeń lub dowodów zapłaty stanowi podstawę do wstrzymania odpowiedniej części wynagrodzenia wykonawcy w części równej sumie kwoty wynikających z nieprzedstawionych oświadczeń podwykonawców lub dowodów zapłaty. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 5. W przypadku braku zapłaty należności na rzecz podwykonawców Zamawiający dopuszcza możliwość rozliczenia wynagrodzenia z tytułu wykonanych prac poprzez zapłatę wynagrodzenia należnego Wykonawcy bezpośrednio na rzecz podwykonawcy na podstawie

dyspozycji przelewu wydanej na piśmie przez Wykonawcę i potwierdzonego przez podwykonawcę salda należności (wymagalnych i niewymagalnych), o ile w ten sposób dojdzie do zaspokojenia wszystkich niezaspokojonych podwykonawców;

g) dostosowanie do zmiany § 9 ust. 6 lit. a umowy wzoru oświadczenia stanowiącego załącznik nr 5 - Oświadczenie podwykonawcy o otrzymaniu zapłaty - treść załącznika powinna odnosić się do wymagalnych należności (wymagalnej części wynagrodzenia)

2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;
3. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Uniwersytet Medyczny w Łodzi z siedzibą w Łodzi** i:
 - a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - b) zasądza od **Zamawiającego: Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z siedzibą w Łodzi** na rzecz **Odwołującego: STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** kwotę w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 14 listopada 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części w „pzp” odwołanie złożył wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Drugi etap budowy Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi wraz z Akademickim Ośrodkiem Onkologicznym”, prowadzi Zamawiający - Uniwersytet Medyczny w Łodzi, z siedzibą w Łodzi. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 4 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 212-519063.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w tym warunków wzoru umowy. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 3 ust 2 lit. i), § 12 ust. 2 lit. d), ust. 4, ust. 9 prawa do odmowy dokonania odbioru etapu realizacji inwestycji (odbiór częściowy) oraz odbioru końcowego do czasu usunięcia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.
2. art. 150 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 pzp poprzez ustalenie w § 13 ust. 2 lit. a), wzoru umowy, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy (70%) zostanie zwrócone po bezusterkowym odbiorze końcowym. Zgodnie z art. 151 ust. 1 pzp zabezpieczenie należytego wykonania umowy powinno zostać zwrócone wykonawcy po wykonaniu zamówienia i uznaniu przez zamawiającego za należyte wykonane. Oznacza to, że zabezpieczenie powinno zostać zwrócone po odbiorze końcowym a nie po bezusterkowym odbiorze końcowym.

3. art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 (1) kc poprzez zastrzeżenie w § 15 ust. 1:

(i) w § 15 ust. 1 lit. e) wzoru umowy kary umownej z tytułu niewykonania w całości lub części przedmiotu umowy, która w zasadzie będzie się dublować bądź z karą z lit a) tj. za nieterminową realizację umowy lub z karą z lit) b tj. za odstąpienie od umowy;

(ii) w § 15 ust. 1 lit. p) wzoru Umowy kary umownej bez precyzyjnego określenia podstawy jej naliczania - za każde nienależyte wykonanie umowy;

(iii) w § 15 ust. 1 lit. a), c), k), o) wzoru umowy kary umownej za „opóźnienie” w wykonaniu określonych obowiązków umownych. Zapis taki może sugerować, że zamawiający będzie dążył do nałożenia kar umownych w każdym wypadku, nawet jeżeli niewykonanie zobowiązania umownego nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Tak ogólna zmiana reguł odpowiedzialności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc, który wymaga sprecyzowania okoliczności, które pomimo braku winy wykonawcy skutkować będą naliczeniem kary umownej,

4. art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 pzp w zw. z art. 395 §2 kc i art. 494 §1 kc poprzez dopuszczenie w § 3 ust. 6 wzoru umowy możliwość dokończenia prac przez Zamawiającego na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy, w sytuacji gdy w wyniku odstąpienia od umowy traktuje się ją jako nie zawartą (skutek ex tunc), a Zamawiającemu przysługują w takiej sytuacji roszczenia odszkodowawcze.

5. art. 143a ust. 1 pkt 1 pzp oraz ust. 2 pzp w zw. z art. 139 ust. 2 pzp i art. 7 ust. 1 pzp poprzez możliwość wstrzymania zgodnie z § 9 ust. 6 lit. a) wzoru umowy zapłaty którejkolwiek części wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku nie przedłożenia dokumentów potwierdzających dokonanie zapłaty 100% należności za wykonane prace i użyte materiały przy realizacji inwestycji wszystkich podwykonawców, w sytuacji gdy zgodnie z art. 143a pzp możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia następuje tylko w odpowiedniej części, to jest w zakresie, w którym nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Zamawiający w świetle art. 143a pzp nie powinien odmawiać przyjęcia faktury wykonawcy ale powinien mieć prawo do wstrzymania odpowiedniej części wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w świetle art. 143a pzp nie powinien mieć również prawa do wstrzymywania wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli podwykonawca w oświadczeniu wskaże, że jakaś część wynagrodzenia podwykonawcy jest niewymagalna. Dodatkowo zauważyć należy, że art. 143a ust. 2 pzp mówi o dowodach zapłaty wynagrodzenia podwykonawców, a ograniczenie tych dowodów wyłącznie do oświadczeń podwykonawców jest niezasadne w świetle art. 143a ust. 2 pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ tj. Załącznika nr 3 do SIWZ wzór umowy w następujący sposób:

1) Zmiana zapisów umowy w taki sposób, aby odbiór końcowy, jak i etapów następował w przypadku będzie gdy nie ma wad istotnych. Zmiana powinna obejmować Etap IX, który powinien obejmować przekazanie obiektu Zamawiającemu do użytkowania po usunięciu wszystkich wad istotnych. Zmiana w zakresie § 12 ust. 2 lit. d) poprzez usunięcie rozszerzenia definicji wad istotnych, o wady nieistotne, których naprawy przekroczą 500.000,00 złotych netto lub czas potrzebny do ich usunięcia przekroczy okres 7 dni roboczych. Zmiana w zakresie § 12 ust. 4 poprzez usunięcie rozszerzenia wad, których stwierdzenie może spowodować wstrzymanie odbioru końcowego o wady nieistotne, których naprawy przekroczą 500.000,00 złotych netto lub czas potrzebny do ich usunięcia przekroczy okres 7 dni roboczych. Zmiana w zakresie § 12 ust. 9, która powiązana jest ze zmianą Etapu IX poprzez doprecyzowanie, że Etap IX obejmuje usunięcie wad istotnych.

Po uwzględnieniu zmiany treść wzoru umowy powinna być następująca:

§ 3 ust 2 lit i) Etap IX obejmujący usunięcie wszystkich stwierdzonych wad istotnych oraz zrealizowanie całości dostaw i przekazanie Zamawiającemu obiektu do użytkowania w terminie do 29 kwietnia 2022 r.

§ 12 ust 2 lit d). W przypadku stwierdzenia wad istotnych wskazanych w § 12 ust 4 niniejszej Umowy, Zamawiający zarządzi przerwę w czynnościach odbioru do czasu usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych wad istotnych. Dalsze czynności odbioru realizowane będą wedle procedury jak dla dokonania odbioru. Stwierdzenia jedynie wad nieistotnych nie wstrzymuje czynności odbioru końcowego, z tym, że w protokole odbioru końcowego Strony wymienią wskazane wady i uzgodnią termin na ich usunięcie.

§ 12 ust. 4. Procedura odbioru końcowego rozpoczyna się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót i dostaw składających się na przedmiot umowy, a także definitywnym pobudowlanym posprzątaniu całości obiektu będącego przedmiotem umowy. Zamawiający dokona odbioru końcowego po usunięciu wszystkich istotnych wad zgłoszonych przez Zamawiającego. Gotowość do obioru końcowego Wykonawca zgłasza Zamawiającemu.

§ 12 ust. 9 W ramach pobudowlanego sprzątania obiektu Wykonawca zobowiązany jest na zakończenie Etapu IX do profesjonalnego posprzątania całego obiektu w standardzie realizowanym przez specjalistyczne firmy sprzątające, oferujące tego typu usługi wraz z zabezpieczeniem i konserwacją powierzchni w zakresie, w jakim jest to możliwe w ramach dostępnych technologii. Sprzątanie winno obejmować także mycie wszystkich okien, podłóg, schodów, balustrad itp. do stanu nadającego się bezpośrednio do odbioru obiektu przez sanepid i zasiedlenia przez użytkowników. Wykonawca przy odbiorze Końcowym nie będzie zobowiązany do ponownego sprzątania obiektu, z tym jednak, iż realizując prace Etapu IX

w zakresie usunięcia wad istotnych zobowiązany będzie, do bieżącego utrzymania czystości. Jeżeli Wykonawca zgłosi obiekt do odbioru nieposprzątanym uznaje się, iż upoważnił Zamawiającego do zlecenia podmiotowi trzeciemu posprzątanie obiektu na koszt i ryzyko Wykonawcy. W takim przypadku za datę zakończenia prac uznaje się zakończenie prac ekipy sprzątającej. ”

2) Zmiana w zakresie § 13 ust. 2 lit. a) poprzez wykreślenie sformułowania „bezusterkowy” przy odbiorze końcowym, od którego liczony jest termin zwrotu 70% kwoty gwarancji należytego wykonania i dostosowanie tego zapisu do treści art. 150 ust. 1 pzp.

Po uwzględnieniu zmiany treść wzoru umowy powinna być następująca:

§ 13 ust. 2 lit a). Kwoty gwarancji należytego wykonania umowy wniesione przez Wykonawcę zostaną zwrócone, a w przypadku przedłożonych gwarancji ubezpieczeniowych lub bankowych zwolnione według następującego harmonogramu:

a) 70% wniesionej kwoty gwarancji należytego wykonania zostanie zwrócona Wykonawcy w terminie 30 dni od daty po końcowym odbiorze przedmiotu umowy i uznania przez Zamawiającego robót za należyte wykonanie.

3) Zmiany w § 15 ust. 1 wzoru umowy powinny eliminować z katalogu kar, te kary które się dublują, tak aby wykonawca nie był karany dwa razy za to samo - wykreślenie kary z lit e). Wyeliminowana powinna być również kara umożliwiająca obciążenie wykonawcy za bliżej niesprecyzowane naruszenia umowy - wykreślenie kary z lit. p). Wykluczona powinna być możliwość karania wykonawcy za przypadki nieterminowej realizacji umowy w sytuacji gdy jest to spowodowane przyczynami niezależnymi od wykonawcy, za które nie odpowiada - zamiana „opóźnienia” na „zwłokę” w przypadku kar przewidziany w lit a), c), k), o).

Po uwzględnieniu zmiany treść wzoru umowy powinna być następująca:

§ 15 ust 1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu niezależne od siebie kary umowne:

a) Każdorazowo w przypadku zaistnienia zwłoki w stosunku do któregośkolwiek z terminów określonych w § 3 ust 1 lub § 3 ust 2 niniejszej umowy w wysokości:

a) za pierwsze 30 dni zwłoki kara umowna w wysokości 0,025 % wartości brutto wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, wskazanego w § 8 ust. 1, za każdy dzień zwłoki, liczone od dnia następnego po upływie tego terminu do dnia wykonania przewidzianego zakresu działania za kolejne dni zwłoki kara umowna w wysokości 0,05 % wartości brutto wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, wskazanego w § 8 ust. 1, za każdy dzień zwłoki, liczone od dnia następnego po upływie tego terminu do dnia wykonania przewidzianego zakresu działania

Kary naliczane będą niezależnie od siebie za każdy przypadek naruszenia terminów i są niezależne względem siebie. Kary za zwłokę w realizacji etapów prac I-VII podlegać będą anulowaniu w przypadku, gdyby wykonawca pomimo uchybienia terminom realizacji

poszczególnych etapów prac dochował terminu zakończenia etapów VIII i IX. W takim przypadku kwoty potrącone na rzecz kar umownych za naruszenie terminów wykonania prac danego etapu staną się wymagalne w dacie płatności wynagrodzenia za ostatni etap prac.

b) z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca - w wysokości 10% wartości brutto wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy wskazanej w § 8 ust 1;

c) w przypadku zwłoki w usuwaniu wad i usterek w okresie gwarancji w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie lub w przypadku nieprzystąpienia do ich usunięcia w terminie przewidzianym w umowie w wysokości 1000 zł (jeden tysiąc złotych) za każdy dzień zwłoki, liczone od dnia następnego po upływie wyznaczonego terminu odpowiednio do dnia ich usunięcia lub dnia przystąpienia do ich usunięcia;

d) z tytułu naruszenia zapisów Regulaminu Placu Budowy wskazanego w § 5 ust. 10 kara umowna w kwocie 500 zł (pięćset złotych) za każdy przypadek naruszenia, z tym, iż w przypadku stwierdzenia przez inspektorów nadzoru lub innych przedstawicieli Zamawiającego, iż na budowie znajdują się pracownicy pod wpływem alkoholu, narkotyków lub innych środków odurzających Wykonawca zapłaci karę umowną w kwocie 1500 zł (jeden tysiąc pięćset złotych) za każdy przypadek (każdą osobę);

e) skreślony;

f) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5.000 zł;

g) w przypadku nieprzedłożenia w przewidzianym umową terminie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, projektu jej zmiany lub poświadczonej za godność z oryginałem kopii zawartej umowy Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5.000 zł;

h) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5.000 zł;

i) w przypadku braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5.000 zł;

j) w przypadku naruszenia zapisów § 1 ust. 10 niniejszej umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w kwocie 10 % wartości wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1 umowy;

k) w przypadku zwłoki w przekazaniu placu budowy lub dokumentacji zgodnie z zapisem § 16 ust. 3 lit d w wysokości 0,2% wartości brutto wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, wskazanego w § 8 ust. 1, za każdy dzień zwłoki, liczone od dnia

następnego po upływie terminu na przekazanie Zamawiającemu placu budowy do dnia ich przekazania;

l) w przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień § 16 ust. 3 z wyjątkiem uchybienia terminowi, o którym mowa w § 16 ust. 3 lit d- karę umowną w wysokości 10% wartości brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazanej w § 8 ust. 1 umowy;

m) w przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień § 21 - karę umowną w wysokości 10.000 zł za każdy przypadek naruszenia

n) W przypadku naruszenia przez Wykonawcę postanowień § 1 ust. 11 Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,02 % wartości brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wskazanej w § 8 ust. 1 umowy za każdy dzień naruszenia;

o) Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku zwłoki w stosunku do harmonogramu ustalonego w trybie § 3 ust. 4 w wysokości 0,01 % wartości brutto wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy, wskazanego w § 8 ust. 1, za każdy dzień zwłoki, liczone od dnia następnego po upływie tego terminu do dnia wykonania;

p) skreślony;

4) Zmiana § 3 ust. 6 wzoru umowy powinna eliminować możliwość prowadzenia działań zastępczych w sytuacji odstąpienia od umowy. Po uwzględnieniu zmiany treść wzoru umowy powinna być następująca:

§ 3 ust. 6 wzoru umowy skreślony

5) Zmiany w § 9 ust. 6 lit. a) wzoru umowy oraz Załącznika nr 5 do wzoru umowy mają dostosować zapisy umowy do treści art. 143a ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pzp w taki sposób, aby Zamawiający w przypadku nieprzedłożenia przez Wykonawcę dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców nie wstrzymywał zapłaty całości wynagrodzenia ale miał prawo do wstrzymania jedynie tej części wynagrodzenia w zakresie, której brakuje odpowiednich dowodów potwierdzających zapłatę. Zamawiający nie powinien mieć również możliwości odmowy przyjęcia faktury ale jedynie możliwość wstrzymania się z zapłatą części wynagrodzenia wynikającego z faktury w zakresie, w jakim brakuje dowodów zapłaty. Wykreślone powinno być uprawnienie Zamawiającego do wstrzymywania wynagrodzenia wykonawcy jeżeli podwykonawca w oświadczeniu wskaże, że jakaś część wynagrodzenia podwykonawcy jest niewymagalna. Wykonawca powinien mieć możliwość wykazania zapłaty na rzecz podwykonawców nie tylko oświadczeniami podwykonawców ale również innymi dowodami.

Powiązana z powyższym zmiana załącznika nr 5 do umowy - Oświadczenie podwykonawcy o otrzymaniu zapłaty - treść załącznika powinna odnosić się do wymagalnych należności (wymagalnej części wynagrodzenia)

Po uwzględnieniu zmiany treści SIWZ - wzoru umowy oraz załącznika nr 5 do umowy - wzór oświadczenia podwykonawcy - powinna być następująca:

§ 9 ust. 6 lit. a) pisemnych oświadczeń wszystkich podwykonawców o dokonaniu zapłaty na ich rzecz 100% wymagalnych należności za wykonane prace i użyte materiały przy realizacji inwestycji objętej przedmiotową umową lub oświadczeń podwykonawców o zrzeczeniu się względem Zamawiającego roszczeń o zapłatę z tego tytułu lub też innych dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Brak tych oświadczeń lub dowodów zapłaty stanowi podstawę do wstrzymania odpowiedniej części wynagrodzenia wykonawcy w części równej sumie kwoty wynikających z nieprzedstawionych oświadczeń podwykonawców lub dowodów zapłaty. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 5. W przypadku braku zapłaty należności na rzecz podwykonawców Zamawiający dopuszcza możliwość rozliczenia wynagrodzenia z tytułu wykonanych prac poprzez zapłatę wynagrodzenia należnego Wykonawcy bezpośrednio na rzecz podwykonawcy na podstawie dyspozycji przelewu wydanej na piśmie przez Wykonawcę i potwierdzonego przez podwykonawcę salda należności (wymagalnych i niewymagalnych), o ile w ten sposób dojdzie do zaspokojenia wszystkich niezaspokojonych podwykonawców.;

Treść Załącznika nr 5 do umowy

Oświadczenie podwykonawcy o otrzymaniu zapłaty

Działając, jako podwykonawcarealizującego na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Łodzi prace w zakresie umowy nr ZP/.../2019 z dnia ... zgodnie z umową na podwykonawstwo zawartą pomiędzy w/w a naszym przedsiębiorstwem z dnia....uregulowała w 100% na naszą rzecz wymagalne wynagrodzenie za dotychczas (tj. do dnia złożenia niniejszego oświadczenia), wykonane prace, materiały użyte przy realizacji inwestycji objętej przedmiotową umową oraz urządzenia i inne dostarczone przez nas w ramach realizacji niniejszej umowy. W związku z powyższym oświadczam, iż z tego tytułu nie będę zgłaszała w stosunku do Uniwersytetu Medycznego w Łodzi żadnych roszczeń.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zapisy zawarte w SIWZ, a w szczególności wzorce umowy będącym załącznikiem do SIWZ są niezgodne z pzp i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), gdyż w sposób niezgodny z kc wprowadza odbiór bezusterkowy. Zamawiający niezgodnie z kc próbuje zmienić zasady odpowiedzialności związane z niewykonaniem lub nieprawidłowym wykonaniem umowy i rozszerzyć

odpowiedzialność wykonawcy za wszystkie przypadki niewykonania umowy, nawet gdy następuje to z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Zamawiający w sposób niezgodny z pzp oczekuje zapłaty niewymagalnych roszczeń podwykonawców. Zamawiający dąży do przyznania sobie uprawnień do prowadzenia działań zastępczych w przypadku odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy działania takie można prowadzić tylko w stosunku do istniejącej umowy. Skoro treść SIWZ i wzoru umowy narusza zasady Pzp oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

Uzasadnienie zarzutów:

1. Zamawiający wbrew obowiązкови dokonania odbioru wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru, czy to końcowego, czy to częściowego (odbioru etapów realizacji inwestycji) w każdym przypadku wystąpienia wad. Odbiory bezusterkowe są sprzeczne 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.

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. Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, 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. Odwołujący przywołał następujące wyroki Sądu Najwyższego: wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07; wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97; wyrok z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90); wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12.

Powyższe oznacza, że treść § 3 ust. 2 lit. i), § 12 ust. 2 lit. d), ust. 4, ust. 9 wzoru umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania odbioru częściowego lub końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

2. W § 13 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający powiązał datę zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy z odbiorem bezusterkowym. W sytuacji, gdy zamawiający jest zobowiązany do odbioru przedmiotu umowy jeżeli nie ma wad istotnych i ma możliwość rozpoczęcia korzystania z niego, to zamawiający powinien dokonać zwrotu zabezpieczenia.

Obowiązek taki wynika wprost z art. 151 ust. 1 pzp. Zgodnie z art. 151 ust. 1 pzp Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Potwierdzeniem wykonania zamówienia jest dokonanie odbioru końcowego przez zamawiającego. Protokół odbioru końcowego ma charakter pokwitowania spełnienia świadczenia (tak wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12). Jest on potwierdzeniem wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego przedmiotu umowy za wykonany należyte. Jest to tym bardziej uzasadnione, że po odbiorze końcowym zamawiający przystępuje do użytkowania obiektu, czyli zaczyna korzystać z przedmiotu zamówienia (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu - I Wydział Cywilny z dnia 4 kwietnia 2017 r. I ACa 1288/16).

3. Kary umowne przewidziane w § 15 ust. 1 wzoru umowy zostały zastrzeżone na wypadek opóźnienia, co sugeruje dążenie zamawiającego do zmiany ogólnych reguł odpowiedzialności wynikających z art. 471 kc (odpowiedzialność za okoliczności, za które winę ponosi dłużnik) na odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym, czyli za każdy przypadek niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązania, nawet jeżeli jest to wynikiem okoliczności niezależnych od wykonawcy. Taka ogólna zmiana reguł

odpowiedzialności bez sprecyzowania konkretnych okoliczności jest sprzeczna z art. 473 § 1 kc.

Jak wynika z treści art. 473 § 1 Kodeksu Cywilnego 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 Wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 27 września 2013 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 748/12, jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 KC muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (analogicznie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt V CSK 28/17 oraz w wyroku z dnia 6 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 180/10).

Oznacza to, że nieprawidłowa jest próba zmiany reguł odpowiedzialności wynikających z art. 471 kc poprzez ogólne posłużenie się sformułowaniem „opóźnienie” bez sprecyzowania konkretnych okoliczności skutkujących zmianą zasad odpowiedzialności. W konsekwencji sformułowanie „opóźnienie” zawarte w zapisach umownych powinno zostać zastąpione sformułowaniem „zwłoka”.

4. Z katalogu kar przewidzianych w § 15 ust. 1 wzoru powinny być wykreślone kary umowne, które się dublują, w myśl zasady, że wykonawca nie powinien być karany dwa razy za to samo. Obawa ta jest tym bardziej uzasadniona, że w § 15 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że kary umowne są od siebie niezależne, co stwarza ryzyko naliczania kar podwójnych (dwa razy za to samo).

Odwołać można się do poglądów doktryny, zgodnie z którymi możliwe jest ustanowienie w danym zobowiązaniu kilku odrębnych kar umownych - ustanowionych w tej samej lub różnej wysokości na wypadek naruszenia poszczególnych obowiązków składających się na łączący wierzyciela i dłużnika stosunek zobowiązaniowy. Kary te nie mogą się jednak wzajemnie wykluczać, w tym znaczeniu że nie mogą zmierzać do kompensaty tego samego uszczerbku wierzyciela (por. J. Jastrzębski, K. Pasko, Odstąpienie od umowy, s. 14-17, w braku odmiennych wskazówek zastrzeżona kara umowna ma kompensować wszystkie postaci naruszenia zobowiązania, tamże, s. 14, Kodeks cywilny. Komentarz red. dr hab. Konrad Osajda, 2019. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 stycznia 2011 r. w sprawie I CSK 315/10).

Kara umowna przewidziana w lit e) wzoru umowy kary umownej z tytułu niewykonania w całości lub części przedmiotu umowy, w ocenie odwołującego dublować się bądź z karą z lit a) tj. za nieterminową realizację umowy lub z karą z lit) b) tj. za odstąpienie

od umowy. W tych przypadkach kary umowne zmierzają do rekompensaty tego samego uszczerbku zamawiającego związanego z niewykonaniem umowy tj. niewykonania umowy w sytuacji, gdy umowa została zrealizowana nieterminowo lub też od umowy odstąpiono.

5. Zgodnie z art. 483 kc wyeliminowana powinna być również kara umożliwiająca obciążenie wykonawcy za bliżej niesprecyzowane naruszenia umowy - wykreślenie kary z lit. p).

Sposób zastrzegania kary umownej. Kara umowna zwykle zastrzegana jest w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania zobowiązania (np. zwłoka, braki ilościowe lub jakościowe przedmiotu świadczenia) lub niewykonaniem zobowiązania (zob. P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1145). W wyroku SN z 17.12.2008 r., I CSK 240/08, Legalis wskazano, że do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej zalicza się określenie zobowiązania lub pojedynczego obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie rodzi obowiązek zapłaty kary umownej (tak wyrok SA w Łodzi z 2.10.2015 r., I ACa 383/15. Legalis).

Zamawiający powinien zatem sprecyzować przesłanki naliczenia kary umownej wskazać na konkretne zobowiązanie umowne zagrożone karą umowną a nie odwoływać się ogólnie do każdego, nawet najdrobniejszego przypadku nienależytego wykonania umowy.

6. W § 3 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość dokończenia prac na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy (działania zastępcze) w przypadku odstąpienia od umowy w całości lub części, co jest sprzeczne z art. 494 § 1 kc, który traktuje umowę, od której odstąpiono jako niezawartą. Brak jest podstaw do wykonania prac na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy (działania zastępcze), jeżeli umowa traktowana jest jako nieistniejąca - działania zastępcze można wykonywać tylko w zastępstwie podmiotu zobowiązanego, które nie realizuje przedmiotu umowy.

Zgodnie z poglądami doktryny, jak i orzecznictwa, odstąpienie od umowy powoduje, że umowę traktuje się jak nie zawartą. Strony nawzajem powinny sobie zwrócić spełnione świadczenia a strona, która odstąpiła od umowy może domagać się odszkodowania wynikłego z niewykonania zobowiązania (tak wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 17 czerwca 2015 r. w sprawie o sygn.. akt I CSK 622/14).

Zaproponowany przez Zamawiającego w § 3 ust. 6 wzoru umowy zapis daje zamawiającemu prawo do dalszego powierzenia prac innemu wykonawcy na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy w przypadku jeżeli doszło do odstąpienia od umowy w całości lub części. Zakładając, że zamawiający odstąpiłby od umowy, gdy zaawansowanie prac wyniosło 50% i dokończył pozostałe 50% prac na koszt wykonawcy, to w świetle zapisu

§ 3 ust. 6 wzoru umowy mógłby obciążyć wykonawcę całością kosztów prac. Zapis taki pomija okoliczność, że za część prac zrealizowaną przez inny podmiot wykonawca (od którego umowy odstąpiono) nie otrzymałby wynagrodzenia a zamawiający całości kosztów dokończenia prac przerzucił na wykonawcę, co skutkowałoby tym, że wykonawca w istocie finansuje realizację inwestycji a zamawiający nie ponosi z tego tytułu żadnych kosztów. W świetle art. 494 § 1 kc zamawiający oczywiście może dokończyć inwestycję przy pomocy innego podmiotu, jednak może w takiej sytuacji domagać się odszkodowania a nie zwrotu kosztów prac - szkodę w tym wypadku stanowi wyższa wartość dokończenia prac przez inny podmiot niż gdyby prace realizował wykonawca. Oznacza to, że zaproponowany zapis jako sprzeczny z art. 494 § 1 kc powinien zostać usunięty z treści umowy.

7. Art. 143a ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 pzp jednoznacznie wskazuje, że w przypadku umów o roboty budowlane Zamawiający może się wstrzymać z zapłatą części wynagrodzenia należnego Wykonawcy, jeżeli Wykonawca nie przedstawi dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego. Przepis ten nie umożliwia odmowy przyjęcia faktury od wykonawcy. Przepis ten nie umożliwia również wstrzymywania zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, w związku z niewymagalnymi roszczeniami podwykonawców.

Zgodnie z art. 143a ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pzp 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. 143c ust. 1 biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych. 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.

Zamawiający w § 9 ust. 6 lit a) wzoru umowy niegodnie z powyższym przepisem ograniczył dowody zapłaty wynagrodzenia podwykonawców jedynie do oświadczeń podwykonawców, gdy art. 143 ust. 1 pkt 1 pzp nie wprowadza takiego ograniczenia. Oznacza to, że wykonawca może przedstawić inne dowodowy świadczące o zapłacie wynagrodzenia np. potwierdzenie przelewu, oświadczenie o potrąceniu itp.

Art. 143 ust. 2 pzp nie daje prawa do odmowy przyjęcia faktury ale daje prawo do powstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia. Oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek przyjęcia faktury, jednak ma prawo do powstrzymania się z jej zapłatą wynagrodzenia wynikającego z faktury w odpowiedniej części tj. w części, w której brakuje dowodów zapłaty

wymagalnego wynagrodzenia. Zamawiający wbrew powyższemu przepisowi przyznał sobie uprawnienie do powstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia, jeżeli jakaś część wynagrodzenia podwykonawcy jest niewymagalna. Art. 143 ust. 2 pzp daje prawo wyłącznie do wstrzymania się przez zamawiającego z zapłatą tylko jak wynagrodzenie wymagalne nie zostało zapłacone a zapis wskazany we wzorze wykracza (rozszerza) poza kompetencję ustawową do powstrzymania się z zapłatą.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że podmiot wnoszący odwołanie posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 Pzp. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prowadzi i ogłasza na stronie internetowej Urzędu listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej. Odwołujący wniósł odwołanie jako organizacja wpisana dnia 22 lipca 2005r. na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05). W przypadku Odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia, poniesienie szkody oraz możliwość jej poniesienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp nie stanowią przesłanki wniesienia odwołania. Odwołujący w tym wypadku działa w interesie wykonawców zainteresowanych organizowanym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Kontrola działań Zamawiającego objęta odwołaniem, które mogą naruszać przepisy Pzp, a także ograniczać konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie Wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia wpisuje się w przesłanki określone w art. 179 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości przedstawiając szeroka argumentację faktyczną i prawną przemawiającą za takim stanowiskiem.

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył zapisy wzoru umowy istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

1/2/ Zarzut bezusterkowego odbioru i zwolnienia zabezpieczenia po bezusterkowym odbiorze.

Izba podziela stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu, a także stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 8 listopada 2019 roku, sygn. akt KIO 2017, 2027/19.

Niewątpliwie podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, 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. Ujawnienie podczas odbioru nieistotnych wad (usterek), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejście obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Taki stan rzeczy i wykładnię przepisów kodeksu cywilnego potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych, w tym orzecznictwo Sądu Najwyższego przywołane przez Odwołującego w odwołaniu.

Podczas budowy dużych i skomplikowanych obiektów i dużej wartości prac budowlanych, niewątpliwie może dojść do ujawnienia podczas odbiorów drobnych usterek, których ujawnienie nie powoduje jednak, że nie jest możliwe korzystanie z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Zamawiający próbuje natomiast we wzorze umowy ustanowić zasadę, że odbiór końcowy możliwy będzie dopiero po usunięciu wszystkich wad, tak istotnych, jak i drobnych, nieistotnych usterek. Co znamienne, Zamawiający uważa, że może przystąpić do odbioru, jeżeli usunięte zostaną wady nieistotne o łącznej wartości przekraczającej 500 000,00 zł netto, lub czas konieczny do ich usunięcia przekroczy 7 dni roboczych. W odpowiedzi na odwołanie stwierdzono, że *„biorąc pod uwagę skalę, ale przede wszystkim rodzaj inwestycji, nie można oczekiwać od zamawiającego, iż przeprowadzi*

odbior końcowy, chociaż łączna wartość wad nawet nieistotnych będzie na poziomie kilku milionów złotych". W tym zakresie dostrzeżenia wymaga, że określenie granicy istotności usterki w wysokości kwoty 500 000,00 zł w odniesieniu do przewidywanej kwoty za wykonanie robót budowlanych i dodatkowo sumowanie do tej kwoty wartości wszystkich stwierdzonych usterek graniczy niemal z pewnością, że taka sytuacja będzie miała miejsce. Jest to kwota na tyle niska, że przy takiej specyfice realizowanego obiektu osiągnięcie kwoty 500 000, 00 zł jest niemal pewne. To zaś oznacza, że Zamawiający niejako z góry zakłada, że przystąpienie do odbioru końcowego nastąpi, jeżeli wszystkie uchybienia zostaną najpierw usunięte. Ustalenie takich zasad dla całego obiektu w ocenie składu orzekającego Izby nie jest właściwe.

Izba zdaje sobie sprawę, że można na obiekcie wyodrębnić części (pomieszczenia), w których po ich oddaniu do użytkowania niemożliwe lub utrudnione będzie dalsze prowadzenie prac, nawet w zakresie usuwania drobnych usterek albowiem wymagają one sterylności i odpowiedniego przygotowania do realizacji przeznaczonych im funkcji (blok operacyjny, sterylizatornia, laboratorium, SOR). Jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby takie pomieszczenia wyodrębnić i ustalić odmienne zasady odbioru prac, właśnie z uwagi na ich specyfikę i konieczność zapewnienia zasad sterylności lub ciągłego działania. Wówczas można także uznać, że dla pomieszczeń podwyższonego ryzyka związanego z prowadzoną przez Zamawiającego działalnością na obiekcie każda wada ma charakter istotny. Nie jest natomiast właściwe ustalenie zasady bezusterkowego odbioru dla całego obiektu jako takiego.

Z zarzutem poprzednim związane było również ustalone we wzorze umowy uprawnienie Zamawiającego zwolnienia 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 30 dni od odbioru bez usterek przedmiotu umowy i uznania przez Zamawiającego zadania za należyte wykonane.

W ocenie Izby konieczna stała się korekta przedmiotowego postanowienia wzoru przez wykreślenie słowa „bezusterkowy”. Poza tym w ocenie składu orzekającego Izby, nawet w przypadku wykreślenia sformułowania o bezusterkowym odbiorze, zwolnienie części zabezpieczenia umownego jest możliwe, w sytuacji, gdy Zamawiający stwierdzi, że zadanie jest należyte wykonane. Trudno uznać za prawidłowo, należyte wykonane zadanie, gdzie w ramach odbioru obiektu stwierdzono wady na tyle istotne, że warunkują one możliwość normalnego użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Dopiero więc zapewne takiego stanu uruchamiało będzie roszczenie Wykonawcy o zwolnienie części zabezpieczenia. Nie należy natomiast utożsamiać pojęcia „odbior bezusterkowy” z pojęciem „należytego wykonania zamówienia”, bowiem to ostatnie jest pojęciem szerszym,

odnoszącym się, w ocenie składu, do szerszego katalogu przesłanek stanowiącego o prawidłowej realizacji zadania inwestycyjnego.

Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c. (tak wyrok Sąd Apelacyjny w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r. sygn. akt: V ACa 88/2009).

Z tych powodów Izba uwzględniła zarzuty i nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów wzoru umowy w sposób wskazany w sentencji niniejszego orzeczenia.

3/ Kary umowne

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Tytułem wprowadzenia do problematyki kontroli postanowień wzorców umownych w postępowaniu odwoławczym, w szczególności w aspekcie określenia wysokości kar umownych i zasad ich naliczania, godzi się przypomnieć, że zasada swobody kontraktowania, której naruszenia - w przekonaniu Odwołującego - miał się dopuścić Zamawiający, doznaje w sferze zamówień publicznych istotnych ograniczeń. Zamawiający jest zazwyczaj uprzywilejowaną stroną umowy, bowiem to on kształtuje jej warunki, które następnie muszą być w całości zaakceptowane przez wykonawcę, pozbawionego możliwości ich zmiany w drodze negocjacji. Dominująca pozycja zamawiającego w stosunkach obligacyjnych w zamówieniach publicznych wprowadzona została nieprzypadkowo. Warto pamiętać, że zamawiający dysponują środkami publicznymi, którymi należy gospodarować w ściśle określony sposób (tak ustawa o finansach publicznych), oraz że udzielając zamówień publicznych realizują cele wykraczające poza ich bieżące funkcjonowanie a realizujące zazwyczaj interes publiczny odnoszący się do ogółu społeczeństwa. Nie można wreszcie tracić z pola widzenia i tej okoliczności, że zamawiający nie mają swobody wyboru kontrahenta - strony umowy. W tym zakresie ograniczeni są procedurami udzielania zamówień publicznych, które formalizują sposób wyboru drugiej strony kontraktu.

Przechodząc do omówienia zarzutów dotyczących kar umownych przedstawione dotąd rozważania należy uzupełnić o stwierdzenie, że Izba nie rozstrzyga w postępowaniu odwoławczym zarzutów dotyczących zasadności naliczania określonej kary umownej. Ocena

taka, ograniczona do zindywidualizowanego okolicznościami przypadku, należy bowiem do sądu powszechnego. Rolą KIO jest zaś generalna ocena, czy wprowadzenie określonych kar umownych do wzoru umowy wpływa, bądź może wpływać, na krąg potencjalnych wykonawców. W tym kontekście pamiętać trzeba, że - po pierwsze - postanowienia wzoru umowy są wspólne wszystkim wykonawcom i będą dotyczyły w równym stopniu każdego wykonawcy, który uzyska zamówienie i zawrze z zamawiającym umowę na jego realizację. Po drugie - wykonawcom przyznano istotny instrument służący przeciwdziałaniu ryzyku naliczania kar umownych w postaci wyłącznego uprawnienia do ukształtowania ceny oferty w sposób owo ryzyko niwelujący, bądź minimalizujący.

W świetle orzecznictwa ukształtowanego na gruncie art. 473 Kc, stanowiącego podstawę kwestionowanego odwołaniem rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy, wystarczy wskazanie, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za opóźnienie. Brak jest zatem podstaw do nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika (zob. wyrok SN z 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12, Legalis 551637).

Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Kara za nienależyte wykonanie nie jest tożsama z karą za niedotrzymanie umownych terminów realizacji zamówienia lub karą za odstąpienie od umowy. Ta pierwsza odnosi się do wyznaczonych w umowie terminów realizacji poszczególnych etapów i terminu końcowego. Natomiast karę za nienależyte wykonanie zamówienia odnosić należy do zasad staranności realizacji zadania, stwierdzenia wad istotnych, czyli sfery oceny pracy wykonawcy realizującego daną inwestycję. Zdaniem Izby okoliczności, w których Zamawiający uprawniony będzie do naliczania kar zostały we wzorze umowy wystarczająco precyzyjnie opisane. Poza tym wprowadzono maksymalną wysokość kar umownych na poziomie 20% wynagrodzenia brutto.

Reasumując, w granicach swobody kontraktowej (art. 353¹ Kc, art. 473 § 1 Kc) strony mogą umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania. Zatem skoro przepisy o karze umownej za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 Kc i następane) mają charakter dyspozytywny, to kara umowna może być zastrzeżona zarówno za zwłokę jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie. W wypadku kary umownej za opóźnienie chroniony jest szczególny interes wierzyciela polegający na terminowym wykonaniu zobowiązania, istotny zwłaszcza w tzw. zobowiązaniach terminowych (tak Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 16 stycznia 2013 r., sygn. akt II CSK 331/12)

4/ Umowne prawo odstąpienia

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie

Izba w składzie rozpoznającym zarzuty odwołania podziela stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie referujące do skutków prawnych odstąpienia od umowy o roboty budowlane i błędnego uznania w zarzutach odwołania, iż w takim przypadku mamy do czynienia z umową nie zawartą ze skutkiem *ex tunc*.

Przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie pogłębiona i rzeczowa analiza orzecznictwa sądów powszechnych, w tym przede wszystkim Sądu Najwyższego wyraźnie wskazuje na odrębności w przypadku umownego prawa odstąpienia od umowy o roboty budowlane.

Generalną zasadą jest, jak słusznie podniósł w zarzucie Odwołujący, że odstąpienie od umowy to prawo kształtujące oświadczenie woli. Na jego mocy umowa jest traktowana tak, jakby nigdy nie została zawarta. Musi ono mieć stosowną formę. Jeżeli umowa została zawarta w formie pisemnej, jej rozwiązanie za zgodą stron, odstąpienie od niej albo jej wypowiedzenie także powinno być stwierdzone pismem. Zasadniczo zgodnie z art. 392 § 2 kc w razie wykonania prawa odstąpienia umowa uważana jest za niezawartą. W konsekwencji to, co strony już świadczyły, ulega zwrotowi w stanie niezmienionym, chyba że zmiana była konieczna w granicach zwykłego zarządu. Za świadczone usługi oraz za korzystanie z rzeczy należy się drugiej stronie wynagrodzenie.

Skutki odstąpienia od umowy o roboty budowlane orzecznictwo sądów powszechnych określa jednak odmiennie. W wyroku z 9 września 2011 r. (I CSK 696/2010, LexPolonica nr 3873674) Sąd Najwyższy podkreślił, że strony takiej umowy, zastrzegając prawo odstąpienia od niej, mogą ustalić jego skutki i obowiązki stron w razie wykonania tego prawa inaczej, niż przewiduje art. 395 § 2 kc. Mogą ustalić, że odstąpienie ma skutek *ex nunc* (od chwili złożenia oświadczenia o odstąpieniu) i odnosi się do niespełnionej przed złożeniem oświadczenia części świadczeń stron. W ocenie SN omawiany przepis kodeksu cywilnego określający skutek wykonania prawa odstąpienia od umowy i obowiązki stron w razie odstąpienia nie może być rozumiany jako prawo bezwzględnie obowiązujące. Zdaniem sądu skoro strony w zależności od ich woli mogą zastrzec prawo odstąpienia od umowy, mogą też określić skutki odstąpienia. Jest to możliwe niezależnie od charakteru umowy i świadczeń, do których strony były zobowiązane. Dopiero gdy w przypadku umownego prawa odstąpienia strony nie postanowiły inaczej, kodeksowe regulacje określone w art. 395 § 2 k.c. znajdują zastosowanie w pełni.

Zgodzić należy się zatem z Zamawiającym, że treść przepisu 395 § 2 kc umożliwia przewidzenie odmiennych skutków prawnych odstąpienia niż określone tym przepisem.

Takie postanowienia wzoru umowy nie naruszają przepisów prawa powszechnie obowiązujących i nie stoją w sprzeczności z zasadą swobody umów.

5/ Zasady rozliczania z podwykonawcami

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 143a ustawy Pzp 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. 143c 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. 143c 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.

W § 9 ust. 6 wzoru umowy Zamawiający wymaga złożenia pisemnych oświadczeń wszystkich podwykonawców o dokonaniu zapłaty na ich rzecz 100% należności za wykonane prace i użyte materiały oraz oświadczeń o zrzeczeniu się wobec Zamawiającego roszczeń o zapłatę z tego tytułu. Brak tych oświadczeń ma stanowić odmowę przyjęcia faktury przez Zamawiającego. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 5 do wzoru umowy.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że przywołana regulacja prawna art. 143a ustawy Pzp daje Zamawiającemu możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia tylko w odpowiedniej części, jeżeli nie przedstawiono dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom. O ile można zgodzić się, że zapisy wzoru umowy w przedmiotowym postępowaniu, tam gdzie mowa jest o zapłacie 100% należności

za wykonane prace i użyte materiały odnoszą się do zapłaty wynagrodzenia „za części” zamówienia wykonane przez podwykonawcę, o tyle dalszy zapis § 9 jest wprost niezgodny z treścią przepisu będącego podstawą zarzutu. Mowa tu przede wszystkim o ustalonym w umowie prawie Zamawiającego do odmowy przyjęcia faktury od wykonawcy i konieczności przedstawienia oświadczeń od podwykonawców.

Przepisy ustawy Pzp jasno stanowią, że zamawiający może wstrzymać wypłatę nagrodzenia w tej części, gdzie nie złożono mu dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego – wymagalnego na rzecz podwykonawcy. Regulacja nie odnosi się do prawa do nieprzyjęcia faktury i nie ogranicza do złożenia przez podwykonawców oświadczeń. Odróżnić należy samą czynność przyjęcia, czy też złożenia faktury przez Wykonawcę, a czynność uczynienia zadość zobowiązaniu pieniężnemu wynikającemu z tego dokumentu, jeżeli do spełnienia takiego świadczenia konieczne jest przedstawienie dodatkowych dokumentów potwierdzających jego zasadność, wymagalność.

Możliwe jest złożenie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia, co oznacza, że mogą to być także inne dokumenty, niż same oświadczenia. Zamawiający w świetle art. 143a pzp nie ma również prawa do wstrzymywania wynagrodzenia wykonawcy, jeżeli podwykonawca w oświadczeniu wskaże, że jakaś część wynagrodzenia podwykonawcy jest niewymagalna.

Konkludując, w tym zakresie zarzut odwołania zasługiwał na uwzględnienie. Izba nakazała Zamawiającemu zmianę zapisów wzoru umowy w brzmieniu określonym sentencją orzeczenia.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp i nakazała stosowane zmiany w zapisach wzoru umowy i załącznikach do tego wzoru.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....