

Sygn. akt KIO 233/19

WYROK
z dnia 25 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Emilia Garbala
Emil Kawa

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 r. przez wykonawcę MIRBUD S.A. w Skierniewicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Ursynów w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża MIRBUD S.A. w Skierniewicach i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MIRBUD S.A. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Ursynów w Warszawie – wszczęło w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa kompleksu oświatowego przedszkolno-szkolnego przy ul. Zaruby w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 stycznia 2019 r. pod numerem 2019/S 022-047136. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający opublikował na swojej stronie specyfikację istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ” w związku z czym 11 lutego 2019 r. wykonawca MIRBUD S.A. w Skierniewicach wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

„1. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp (i) w związku z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego, a także (ii) w związku z art. 656 kodeksu cywilnego w związku z art. 638 i 353¹ kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużyć własnego prawa podmiotowego, tym samym Zamawiający w sposób nielegalny przyznał sobie (Zamawiającemu) w § 9 ust. 6 pkt 1 wzoru umowy prawo do odmowy dokonania odbioru końcowego (stanowiącego potwierdzenie wykonania wszystkich zobowiązań przez Generalnego Wykonawcę wynikających z umowy, w tym potwierdzenie terminu wykonania umowy oraz przejęcie inwestycji przez Zamawiającego) oraz do odmowy zapłaty wynagrodzenia w rozumieniu art. 647 kodeksu cywilnego w każdym wypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny, co jest sprzeczne z zasadami prawa popartymi judykaturą;

2. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp (i) w związku z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego, a także (ii) w związku z art. 656 kodeksu cywilnego w związku z art. 638 i 353¹ kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużyć własnego prawa

podmiotowego; tym samym Zamawiający w sposób nielegalny przyznał sobie (Zamawiającemu) w § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy prawo do naliczenia 10% kary umownej w każdym jednym przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, przez co Zamawiający jest w stanie w przypadku drobnych niedoskonałości naliczyć kary umowne równe wynagrodzeniu Wykonawcy, co w sposób rażąco narusza równowagę stosunku prawnego;

3. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp (i) w związku z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego, a także (ii) w związku z art. 656 kodeksu cywilnego w związku z art. 638 i 353¹ kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużyć własnego prawa podmiotowego; tym samym Zamawiający w sposób nielegalny zaniechał wprowadzenia ograniczenia naliczenia kar umownych, przez co kary te mogą w szybkim tempie nie tylko dorównać wartości całego wynagrodzenia Wykonawcy, lecz nawet przewyższyć je;

4. art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (i) w związku z art. 5 i 353¹ kodeksu cywilnego, a także (ii) w związku z art. 656 kodeksu cywilnego w związku z art. 638 i 353¹ kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron i prowadzący do nadużyć własnego prawa podmiotowego; tym samym Zamawiający w sposób nielegalny przyznał sobie (Zamawiającemu) w § 12 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy prawo do odstąpienia od umowy w przypadku przerwania przez Wykonawcę wykonania robót z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, na okres dłuższy niż 7 dni, przez co Zamawiający w sposób niewspółmierny przerzuca na wykonawcę wszelkie ryzyka związane z działaniami i zaniechaniami osób trzecich (z wyłączeniem siły wyższej).”

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu, aby:

„1. zmienił treść Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania;

2. dokonaną zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na, stronie internetowej na której SIWZ jest udostępniana;

3. przesunął termin składania ofert o niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach.”

Szczegółowe żądania odwołujący sformułował żądając odpowiednio:

Ad. 1. zmiany § 9 ust. 6 ust. 1 Załącznika nr 14 SIWZ "Wzór umowy" z:

„Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu będą przysługiwały następujące uprawnienia, w przypadku:

- 1) Wad nadających się do usunięcia - Zamawiający odmówi odbioru do czasu usunięcia wad wyznaczając jednocześnie termin na ich usunięcie", na:

„Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu będą przysługiwały następujące uprawnienia, w przypadku:

- 1) wad nadających się do usunięcia - Komisja podpisze protokołu odbioru końcowego (tj. Zamawiający dokona odbioru) oraz sporządzi Listę Wad Nieistotnych i Usterek, która będzie stanowić załącznik do protokołu odbioru końcowego; równocześnie Zamawiający wyznaczy termin nie przekraczający 30 dni na usunięcie wad wskazanych w Liście Wad Nieistotnych i Usterek, przy czym w uzasadnionych przypadkach termin ten zostanie wydłużony; usunięcie wad nadających się do usunięcia Listy Wad Nieistotnych i Usterek, przez Generalnego Wykonawcę zostanie potwierdzone stosownym protokołem podpisanym przez Komisję i będzie oznaczało potwierdzenie wykonania wszystkich zobowiązań wynikających z podpisanego protokołu odbioru końcowego";

Ad. 2. skreślenia § 10 ust. 1 pkt. 5) Załącznika nr 14 SIWZ "Wzór umowy" w brzmieniu: „Z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Przedmiotu umowy, Wykonawca jest zobowiązany zapłacić na rzecz Zamawiającego następujące kary umowne: (...)

Ad. 3. nadania § 10 ust. 2 wzoru umowy brzmienia „Zamawiający ma prawo kumulować kary umowne określone w ust. 1 niniejszego paragrafu, z zastrzeżeniem, że naliczone kary umowne nie mogą przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 6 ust 1";

Ad. 4. zmiany § 12 ust. 1 ust. 2 Załącznika nr 14 SIWZ „Wzór umowy”, w brzmieniu: „Zamawiający w okresie do 31.07.2020 r. może odstąpić od umowy w ciągu 30 dni od upływu terminów wymienionych w pkt 1), 2), 4), 5) oraz od upływu terminy wyznaczonego zgodnie z pkt 2) w następujących przypadkach: (...)

2) przerwania przez Wykonawcę wykonywania robót z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego - za wyjątkiem przyczyn spowodowanych siłą wyższą - zaś przerwa będzie trwała dłużej niż 7 dni", na:

„Zamawiający w okresie do 31.07.2020 r. może odstąpić od umowy w ciągu 30 dni od upływu terminów wymienionych w pkt 1), 2), 4), 5) oraz od upływu terminy wyznaczonego zgodnie z pkt 2) w następujących okolicznościach: (...)

2) przerwania przez Wykonawcę wykonywania robót z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, zaś przerwa będzie trwała dłużej niż 14 dni.

Odwołujący wniósł również o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, jako czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, tj. o wyznaczenie terminu składania ofert najwcześniej na dzień 19 marca 2019 r.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron wniósł 18 lutego 2019 r. pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że zmienił kwestionowane postanowienia wzoru umowy w ten sposób, że:

Ad. 1. nadał § 9 ust. 6 pkt 1 wzoru umowy brzmienie:

Ad. 1. „Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady Zamawiającemu będą przysługiwały następujące uprawnienia, w przypadku:

- 1) wykonania przedmiotu umowy niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej
- Zamawiający odmówi odbioru do czasu usunięcia wad wyznaczając jednocześnie termin na ich usunięcie;

Ad. 2. skreślił § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy;

Ad. 3. nadał § 10 ust. 2 wzoru umowy brzmienie:

„Zamawiający ma prawo kumulować kary umowne określone w ust. 1 niniejszego paragrafu do wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w nadał § 8 ust. 1”;

Ad. 4. nadał § 12 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy brzmienie:

„Zamawiający w okresie do 31.07.2020 r. może odstąpić od umowy w ciągu 30 dni od upływu terminów wymienionych w pkt 1), 2), 4), 5) oraz od upływu terminy wyznaczonego zgodnie z pkt 3) w następujących przypadkach: (...)

- 2) przerwania przez Wykonawcę wykonywania robót z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego - za wyjątkiem przyczyn spowodowanych siłą wyższą - zaś przerwa będzie trwała dłużej niż 14 dni”.

Zamawiający przedłużył termin składania ofert do 7 marca 2019 r., godz. 12.00.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron odwołujący oświadczył, że zarzuty opisane w pkt 2 i 3 odwołania po zmianie SIWZ uznaje za bezsporne, a przedłużony termin składania ofert jest satysfakcjonujący. Odwołujący podtrzymał zarzuty 1 i 4. Zamawiający oświadczył, że uwzględnił zarzuty 2 i 3.

Izba ustaliła, że odwołanie w spornym zakresie nie podlega odrzuceniu i skierowała je na rozprawę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku kwestionowania przez wykonawcę postanowień SIWZ, w tym stanowiących jej część postanowień wzoru umowy przesłanki zawarte w powołanym przepisie należy wyklądać szeroko. Każdy wykonawca zainteresowany danym zamówieniem ma interes w tym, aby postanowienia wzoru umowy nie naruszały obowiązujących przepisów ustawy i kodeksu cywilnego i nie narażały go na poniesienie szkody, w szczególności przez swój nadmiernie restrykcyjny charakter.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. 1. Przede wszystkim Izba zważyła, że kwestionowane postanowienie wzoru umowy, nie odnosi się wyłącznie do odbioru końcowego, ale stosuje się do wszystkich rodzajów odbiorów przewidzianych przez zamawiającego w § 9 wzoru umowy, a zatem również odbiorów zanikowych i częściowych.

W drugiej kolejności należy dostrzec, że zamawiający zmienił postanowienie § 9 ust. 6 pkt 1 wzoru umowy. Zgodnie z jego brzmieniem aktualnym w dniu rozprawy oraz w dacie wydania wyroku, prawo do odmowy odbioru wykonanych robót budowlanych nie jest zastrzeżone na rzecz zamawiającego w przypadku każdej wady, niezależnie od jej rodzaju i znaczenia dla całej inwestycji, ale ogranicza się do wad polegających na wykonaniu przedmiotu umowy niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Odpowiada to definicji wad istotnych wypracowanych w orzecznictwie powołanym przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania (m.in.: wyroki Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 r. sygn. akt V CSK 99/07, z 7 kwietnia 1998 r. sygn. akt II CKN 673/97, 7 marca 2013r., sygn. akt II CSK 476/12).

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, którego dopuścił się zamawiający, czyli wskazanego w wywodach uzasadnienia art. 647 k.c. (w związku z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp) nie ma, ani nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania domagał się bowiem ograniczenia prawa zamawiającego do odmowy odbioru wykonanych robót do sytuacji, gdy przedmiot zamówienia obciążają wady istotne. W takiej sytuacji słusznym prawem zamawiającego jest wyznaczenie odpowiedniego terminu w celu usunięcia wad.

Art. 647 k.c. stanowi bowiem, że 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

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

W konsekwencji uprawnienia zamawiającego wynikające z § 9 ust. 6 pkt 1 wzoru umowy ograniczają się do wad istotnych możliwych do usunięcia. Zakres przedmiotowy § 9 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy reguluje natomiast uprawnienia zamawiającego w sytuacji stwierdzenia wad nieusuwalnych.

Izba uznała, że oczekiwanie zamawiającego bieżącego usuwania przez wykonawcę wad i usterek o nieistotnym charakterze nie narusza ani art. 647 k.c., ani pozostałych przepisów kodeksu cywilnego powołanych przez odwołującego, zwłaszcza, że – co było niesporne - istotność wady jest ocenna. Art. 656 § 1 stanowi bowiem, że 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. Natomiast art. 638 k.c. § 1 k.c. głosi, że 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. Zgodnie z § 2 tego artykułu jeżeli zamawiającemu udzielono gwarancji na wykonane dzieło, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się odpowiednio.

Zauważyć też należy, że zadośćuczynienie żądaniu sformułowanemu przez odwołującego i podtrzymanemu pomimo zmiany § 9 ust. 6 pkt 1 wzoru umowy prowadziłyby do sytuacji, w której umowa *de facto* nie dawała zamawiającemu możliwość odmowy odbioru robót w sytuacji, w której zamawiający stwierdziłby wady istotne przedmiotu umowy nadające się do usunięcia. Literalne brzmienie żądania odwołującego zobowiązuje bowiem zamawiającego do dokonania odbioru i wyznaczenie jedynie terminu na dokonanie odbioru wad i usterek o charakterze nieistotnym.

Ad. 4. Kwestionowane przez odwołującego postanowienie § 12 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy nie narusza powołanych przez odwołującego przepisów kodeksu cywilnego.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany jest pogląd, że obciążenie wykonawcy konsekwencjami działań i zaniechań osób lub podmiotów trzecich, na które wykonawca nie ma wpływu, narusza prawo. Jednak w okolicznościach sprawy pogląd ten nie znajduje zastosowania. § 12 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy w swoim literalnym brzmieniu wyłącza odpowiedzialność wykonawcy za przerwanie robót jedynie w razie zaistnienia przyczyn leżących po stronie zamawiającego albo spowodowanych siłą wyższą, jednak nie można czytać ich w oderwaniu od pozostałych postanowień umowy.

W § 15 ust. 2 wzoru umowy zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy w następujących sytuacjach mających znaczenie dla terminowego wykonania robót:

- 1) wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych, których przykładowy katalog zamawiający sformułował;
- 2) gdy wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych lub zamiennych albo zamówień dodatkowych, wystąpienia niebezpieczeństwa kolizji z inwestycjami planowanymi lub prowadzonymi równoległe przez inne podmioty w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tej kolizji;
- 3) wystąpią opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, będące następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;
- 4) braku możliwości wykonania robót z powodu niedopuszczenia do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania z przyczyn niezależnych od wykonawcy;
- 5) wystąpienie siły wyższej, zdefiniowanej jako zdarzenie zewnętrzne wobec łączącej strony więzi prawnej:
 - niezależne od stron;
 - którego strony nie mogły przewidzieć przed zawarciem umowy;
 - którego nie można uniknąć, ani któremu strony nie mogły zapobiec, przy zachowaniu należytej staranności.

W ocenie składu orzekającego katalog przesłanek zmiany umowy wyczerpuje zdarzenia niezależne od odwołującego, które mogą wystąpić w toku wykonywania robót budowlanych. Należy mieć na względzie, że przedmiot umowy obejmuje jedynie wykonanie robót budowlanych na podstawie prawomocnego pozwolenia na budowę, a sam odwołujący na rozprawie nie potrafił wskazać zdarzenia zawnionego przez osobę trzecią, które mogłoby spowodować przerwanie robót budowlanych na okres dłuższy niż 14 dni.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....