

**WYROK**

**z dnia 13 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę **ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Gdańsku**

**orzeka:**

1. uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu z pkt c, e, g, h odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) w następujący sposób:
  - a) zmianę postanowienia pkt 4.4.1 wzoru umowy przez nadanie mu brzmienia: *„Do wykonywania samodzielnych funkcji przy realizacji robót, wykonawca zatrudni kierowników budowy wymienionych w załączonym do oferty wykazie podstawowego personelu lub innych zaaprobowanych przez zamawiającego. Zamawiający zaaprobuje każde proponowane zastąpienie jedynie wtedy, kiedy odnośne kwalifikacje i zdolności proponowanej osoby, będą takie same lub wyższe niż wymagania określone w SWZ.”;*
  - b) zmianę postanowienia pkt 5.3.3. wzoru umowy przez nadanie mu brzmienia: *„Odbioru częściowego potwierdzającego wykonanie elementu robót określonego w tabeli elementów rozliczeniowych dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń. O wykonaniu elementu robót wykonawca zawiadamia inspektora nadzoru. Inspektor nadzoru wyznacza datę dokonania odbioru częściowego nie później niż 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o zakończeniu elementu robót. Jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady istotne inspektor nadzoru odmawia dokonania odbioru do czasu ich usunięcia. Dokonanie odbioru*

*częściowego robót nie zwalnia wykonawcy z usuwania wad stwierdzonych w tym elemencie po dokonaniu odbioru częściowego oraz w trakcie odbioru końcowego i odbioru ostatecznego oraz w okresie rękojmi i gwarancji.”;*

c) zmianę postanowienia pkt 5.3.4. e) wzoru umowy przez nadanie mu brzmienia:  
*„Podpisanie protokołu odbioru końcowego nastąpi po usunięciu wad istotnych, stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego oraz po dostarczeniu zamawiającemu:*

- kompletnej dokumentacji powykonawczej,*
- instrukcji urządzeń, instalacji i kart gwarancyjnych dotyczących przedmiotu umowy,*
- inwentaryzacji zieleni wraz z instrukcją jej pielęgnacji,*
- świadectwa charakterystyki energetycznej budynków i poszczególnych mieszkań,*
- pomiarów powykonawczych mieszkań wraz z dokumentacją rysunkową – każde mieszkanie oddzielnie,*
- dokumentów, których dołączenia do wniosku o pozwolenie na użytkowanie wymaga art. 57 ustawy PB.”;*

d) zmianę postanowienia pkt 6.2.5. wzoru umowy przez nadanie mu brzmienia:  
*„Wykonawca wystawi ostatnią fakturę za wykonane roboty budowlane po podpisaniu protokołu odbioru końcowego zgodnie z punktem 5.3.4 lit. e. Wraz z ostatnią fakturą wykonawca składa zamawiającemu oświadczenia wszystkich podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu przez nich lub objęciu wystawionymi przez nich rachunkami zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o otrzymaniu w całości należnego wynagrodzenia od wykonawcy (załącznik nr 2 do umowy-załącznik dostosować dla dalszych podwykonawców).”;*

2. w pozostałym zakresie oddała odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy w części 5/9** oraz **Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Gdańsku w części 4/9** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Gdańsku** na rzecz wykonawcy **ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.**

**w Bydgoszczy** kwotę **10.190 zł 00 gr** (słownie dziesięciu tysięcy stu dziewięćdziesięciu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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, Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Gdańsku, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa czterech budynków wielorodzinnych w Gdańsku przy ul. Piotrkowskiej z wyposażeniem „pod klucz” i pracami dodatkowymi.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 listopada 2021 r. nr 2021/S 225-588600.

W dniu 29 listopada 2021 r. wykonawca ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. w Bydgoszczy, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i art. 483 k.c. poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób naruszający zasadę swobody umów, współzycia społecznego oraz równowagi kontraktowej stron w następującym zakresie:

- a) Pkt. 4.1.1 Umowy oraz pkt 6 załącznika nr 1 do SWZ;
- b) Pkt. 4.1.16 oraz 4.11.1.b Umowy;
- c) Pkt. 4.4.1 Umowy;
- d) Pkt. 5.2.1, 5.2.3 oraz 5.3.4a i 5.3.4c Umowy;
- e) Pkt. 5.3.3 Umowy;
- f) Pkt. 5.3.4a Umowy;
- g) Pkt. 5.3.4.e Umowy;
- h) Pkt. 6.2.5 Umowy;
- i) Pkt. 7.2.7 Umowy;
- j) Pkt. 8.2.1, 8.2.2a oraz 8.2.2c Umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu aby dokonał zmiany treści SWZ w zakresie wskazanym w uzasadnieniu oraz przedłużył termin składania ofert w postępowaniu o co najmniej dodatkowe 14 dni od dnia dokonania zmian treści SWZ.

#### **Ad. a)**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił następujące postanowienia:

#### 4.1.1 Umowy

*„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania ustalonego w umowie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, przepisami, normami i zasadami wiedzy technicznej, specyfikacjami technicznymi oraz WDWR i oddania go zamawiającemu w stanie kompletnym, umożliwiającym uzyskanie zgodnie z przepisami prawa pozwolenia na użytkowanie i jego prawidłowe użytkowanie, w terminie i na zasadach ustalonych w umowie. Wykonawca zobowiązany jest zweryfikować przekazaną mu dokumentację projektową. Wykonawca musi uwzględnić wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac (ryzyko wykonawcy).”*

oraz

pkt. 6 Załącznika nr 1 do SWZ:

*„Oświadczam/y, że zapoznaliśmy się z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia zamieszczonymi w SWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wytycznych do wykonania robót i nie wnosimy do nich żadnych zastrzeżeń. Oświadczamy, że uzyskaliśmy wszelkie informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania i złożenia niniejszej oferty.”*

Odwołujący podniósł, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia posługuje się dokumentacją projektową, która nie została przygotowana przez wykonawcę. Odwołujący wywiódł, że zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Zamawiający nie powinien przerzucać odpowiedzialności za prawidłowość przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia (prawidłowość dokumentacji) na wykonawcę, który już na etapie wyceny ma dokonać kompleksowej oceny prawidłowości przygotowanego projektu budowlanego i przewidzieć wszelkie możliwe sytuacje związane z prawidłowością tej dokumentacji.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 651 k.c. jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora. O tym, czy inwestor został niezwłocznie, czyli bez nieuzasadnionej zwłoki powiadomiony, przesądzą okoliczności konkretnej umowy.

Odwołujący argumentował, że konieczność złożenia zaskarżonych oświadczeń już na etapie składania oferty jest bezprawne i przerzuca odpowiedzialność finansową i organizacyjną na Wykonawcę w sposób nieuprawniony. Ponadto według odwołującego z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej.

Zdaniem odwołującego, obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

*„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania ustalonego w umowie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, przepisami, normami i zasadami wiedzy technicznej, specyfikacjami technicznymi oraz WDWR i oddania go zamawiającemu w stanie kompletnym, umożliwiającym uzyskanie zgodnie z przepisami prawa pozwolenia na użytkowanie i jego prawidłowe użytkowanie, w terminie i na zasadach ustalonych w umowie. Wykonawca zobowiązany jest zweryfikować przekazaną mu dokumentację projektową. Wykonawca musi uwzględnić z **należyłą starannością** wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia, ~~chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac (ryzyko wykonawcy).~~”*

oraz

pkt. 6 Załącznika nr 1 do SWZ:

*„Oświadczam/y, że zapoznaliśmy się z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia zamieszczonymi w SWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wytycznych do wykonania robót ~~i nie wnosimy do nich żadnych zastrzeżeń. Oświadczamy, że uzyskaliśmy wszelkie informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania i złożenia niniejszej oferty.~~”*

**Ad. b)**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

#### 4.1.16 Umowy

*„Wykonawca zobowiązany jest, nie później niż w terminie 7 dni od daty otrzymania żądania od zamawiającego przekazać dokumenty, polisy, sprawozdania, oświadczenia, zestawienia itp. niezbędne do przeprowadzenia procesu inwestycyjnego oraz dokumenty wymagane przez instytucję kredytującą przedmiot umowy.”*

oraz

#### 4.11.1

*„Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w następującej wysokości i sytuacjach:*

- 1. a) 0,1% wartości umowy brutto, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy,*
- 2. b) 0,01% wartości umowy brutto, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu innych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy, dla których w umowie podane są terminy, w tym za zwłokę w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji, oraz obowiązków określonych w pkt 4.1.5 i 4.1.6 umowy, (...).”*

W ocenie odwołującego zamawiający powinien w sposób precyzyjny opisać odpowiedzialność wykonawcy w zakresie kar umownych. Tym samym zamawiający winien jednoznacznie sprecyzować, co do których terminów wynikających z umowy przewiduje i w jakiej wysokości kary umowne. Jednocześnie odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. 4.1.16 Umowy wskazuje termin na dostarczenie dokumentów, których w żaden sposób nie precyzuje. Zdaniem odwołującego na obecnym etapie nie jest w stanie oszacować ryzyka z tym związanego, w szczególności, iż zamawiający opisując odpowiedzialność wykonawcy za naruszenie terminu odnosi również do niedookreślonej dokumentacji, która może zostać zażądana przez instytucję kredytującą.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

#### 4.1.16 Umowy

*„Wykonawca zobowiązany jest, nie później niż w terminie 7 dni od daty otrzymania żądania od zamawiającego przekazać dokumenty, polisy, sprawozdania, oświadczenia, zestawienia itp. niezbędne do przeprowadzenia procesu inwestycyjnego oraz dokumenty wymagane przez instytucję kredytującą przedmiot umowy.”*

oraz

#### 4.11.1

*„Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w następującej wysokości i sytuacjach:*

- 1. a) 0,1% wartości umowy brutto, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy,*
- 2. b) 0,01% wartości umowy brutto, za każdy dzień zwłoki ~~w wykonaniu innych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy, dla których w umowie podane są terminy, w tym za zwłokę w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji, oraz obowiązków określonych w pkt 4.1.5 i 4.1.6 umowy, (...).~~”*

#### **Ad. c)**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

##### 4.4.1 Umowy

*„Do wykonywania samodzielnych funkcji przy realizacji robót, wykonawca zatrudni kierowników budowy wymienionych w załączonym do oferty wykazie podstawowego personelu lub innych zaaprobowanych przez zamawiającego. Zamawiający zaaprobuje każde proponowane zastąpienie jedynie wtedy, kiedy odnośne kwalifikacje i zdolności proponowanej osoby, będą takie same lub wyższe niż osoby wymienionej w wykazie.”*

Odwołujący argumentował, że zamawiający w ramach kryteriów oceny oferty nie ocenia doświadczenia personelu skierowanego do realizacji zamówienia. Brak jest tym samym podstaw do tego, aby przy zmianie personelu na etapie realizacji umowy wymagać doświadczenia analogicznego do doświadczenia osób wskazanych w wykazie. Skoro na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązany jest do zaakceptowania personelu spełniającego minimalne wymagania określone w SWZ to w taki sam sposób Zamawiający winien oceniać osoby, które mogą pojawić się po stronie wykonawcy dopiero na etapie realizacji umowy.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

*„Do wykonywania samodzielnych funkcji przy realizacji robót, wykonawca zatrudni kierowników budowy wymienionych w załączonym do oferty wykazie podstawowego personelu lub innych zaaprobowanych przez zamawiającego. Zamawiający zaaprobuje każde proponowane zastąpienie jedynie wtedy, kiedy odnośne kwalifikacje i zdolności proponowanej osoby, będą takie same lub wyższe niż wymagania określone w SWZ osoby wymienionej w wykazie.”*



#### **Ad. d)**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

##### 5.2.1 Umowy

*„W przypadku ujawnienia wad w robotach, zamawiający ma prawo żądania ich usunięcia w wyznaczonym terminie, na koszt wykonawcy.”*

##### 5.2.3 Umowy

*„Jeżeli wykonawca nie przystąpi do usuwania wad bądź nie usunie ich w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, bądź usunie je w sposób niewłaściwy, zamawiający będzie miał prawo powierzyć usunięcie wad osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy.”*

##### 5.3.4 Umowy

*„Odbiór końcowy.*

*(...)*

*c) Zamawiający wyznaczy wykonawcy termin na usunięcie wad, usterek, niedoróbek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego.*

*(...).”*

Zdaniem odwołującego wskazując terminy usunięcia wad, usterek czy niedoróbek Zamawiający winien uwzględnić termin „technologicznie możliwy”. Brak takiego wskazania prowadzić może do sytuacji, w których Wykonawca w wyznaczonych umową ramach czasowych nie jest w stanie usunąć powstałych wad w sposób prawidłowy, przez co będzie, siłą rzeczy, zmuszony będzie to naruszenia umowy – wykonania napraw w sposób wadliwy lub zapłaty zastrzeżonych przez Zamawiającego kar umownych. Brak powyższego zapisu w sposób jaskrawy zaburza równowagę kontraktową stron. Odwołujący wskazał, że na obecnym etapie nie jest w stanie skalkulować ryzyka braku uwzględnienia technologicznym możliwości usuwania wad i usterek.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

##### 5.2.1 Umowy

*„W przypadku ujawnienia wad w robotach, zamawiający ma prawo żądania ich usunięcia w wyznaczonym technologicznie możliwym terminie, na koszt wykonawcy.”*

##### 5.2.3 Umowy

*„Jeżeli wykonawca nie przystąpi do usuwania wad bądź nie usunie ich w technologicznie możliwym terminie wyznaczonym przez zamawiającego, bądź usunie je w sposób niewłaściwy, zamawiający będzie miał prawo powierzyć usunięcie wad osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy, po uprzednim wezwaniu wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości w terminie 14 dni.”*

##### 5.3.4 Umowy

*„Odbiór końcowy.*

(...)

c) Zamawiający wyznaczy wykonawcy technologicznie możliwy termin na usunięcie wad, usterek, niedoróbek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego.

(...).”

#### **Ad. e)**

Odwołujący wskazał, że zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

##### 5.3.3. Umowy

*„Odbioru częściowego potwierdzającego wykonanie elementu robót określonego w tabeli elementów rozliczeniowych dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń. O wykonaniu elementu robót wykonawca zawiadamia inspektora nadzoru. Inspektor nadzoru wyznacza datę dokonania odbioru częściowego nie później niż 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o zakończeniu elementu robót. Jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady inspektor nadzoru odmawia dokonania odbioru do czasu ich usunięcia. Dokonanie odbioru częściowego robót nie zwalnia wykonawcy z usuwania wad stwierdzonych w tym elemencie po dokonaniu odbioru częściowego oraz w trakcie odbioru końcowego i odbioru ostatecznego oraz w okresie rękojmi i gwarancji.”*

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie rozgranicza wad na istotne i nieistotne, co jest sprzeczne z regulacjami wynikającymi z przepisów dot. umowy o roboty budowlane. W świetle art. 647 k.c. inwestor obowiązany jest dokonać odbioru i zapłacić wynagrodzenie należne 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 tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach inwestor jest obowiązany dokonać odbioru 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, co jednocześnie nie tamuje całego procesu odbioru. Według odwołującego, zakwestionowane zapisy powodują, że Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami przyznaje sobie możliwość ingerowania w czynność odbioru w sposób całkowicie arbitralny.

Zdaniem odwołującego, uprawnienia przyznane sobie przez zamawiającego wykraczają poza możliwości ustawowego ukształtowania stosunku stron. Według odwołującego jednocześnie brak jest podstaw do odmowy wypłaty wynagrodzenia w przypadku wystąpienia wad nieistotnych. Argumentował, że z przepisów powszechnie obowiązujących wynika, że inwestor powinien dokonać odbioru niezwłocznie po oddaniu obiektu przez wykonawcę, chyba że dłuższy termin wynika z umowy lub spowodowany jest

złożonym charakterem przedmiotu odbioru. Zasadniczo inwestor może odmówić odbioru obiektu dotkniętego wadą istotną, tj. czyniącym go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub sprzeciwiającą się w sposób wyraźny umowie, co skutkuje brakiem wymagalności roszczenia wykonawcy o wynagrodzenie. Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi (brak jest zatem podstaw do ponownego przeprowadzania czynności odbiorowych, od których uzależniona jest wypłata wynagrodzenia. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 § 1 k.c.), a takie zachowanie wierzyciela stanowi też naruszenie art. 354 § 2 k.c. Powyższe odnosi się zarówno do odbiorów częściowych jak i końcowego.

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

#### 5.3.3. Umowy

*„Odbioru częściowego potwierdzającego wykonanie elementu robót określonego w tabeli elementów rozliczeniowych dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń. O wykonaniu elementu robót wykonawca zawiadamia inspektora nadzoru.*

*Inspektor nadzoru wyznacza datę dokonania odbioru częściowego nie później niż 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o zakończeniu elementu robót. Jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady istotne inspektor nadzoru odmawia dokonania odbioru do czasu ich usunięcia. Dokonanie odbioru częściowego robót nie zwalnia wykonawcy z usuwania wad stwierdzonych w tym elemencie po dokonaniu odbioru częściowego oraz w trakcie odbioru końcowego i odbioru ostatecznego oraz w okresie rękojmi i gwarancji.”*

#### **Ad. f)**

Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

#### 5.3.4.

*„Odbiór końcowy.*

*a) Odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót na podstawie oświadczenia kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy PB.*

*(...)”*

Odwołujący argumentował, że zamawiający we wskazanym zapisie ponownie ingeruje w podstawy do dokonania odbioru końcowego robót. W zaskarżonym zakresie uzasadnienia odwołujący odwołał się do argumentacji opisanej powyżej pod lit. e) uzasadnienia. W ocenie odwołującego zamawiający powinien jednoznacznie sprecyzować podstawy do dokonania odbioru końcowego bez odnoszenia się do klauzul generalnych.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

5.3.4.

„Odbiór końcowy.

a) Odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót na podstawie oświadczenia kierownika budowy ~~oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy PB.~~

(...).”

#### **Ad. g)**

Odwołujący wskazał, że zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

5.3.4 Umowy

e) *Podpisanie protokołu odbioru końcowego nastąpi po usunięciu wad, usterek, niedoróbek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego oraz po dostarczeniu zamawiającemu:*

- kompletnej dokumentacji powykonawczej,
- instrukcji urzędzeń, instalacji i kart gwarancyjnych dotyczących przedmiotu umowy,
- inwentaryzacji zieleni wraz z instrukcją jej pielęgnacji,
- świadectwa charakterystyki energetycznej budynków i poszczególnych mieszkań,
- pomiarów powykonawczych mieszkań wraz z dokumentacją rysunkową – każde mieszkanie oddzielnie,
- dokumentów, których dołączenia do wniosku o pozwolenie na użytkowanie wymaga art. 57 ustawy PB.

Odwołujący podniósł, że w zaskarżonym zakresie uzasadnienia znajdzie argumentacja opisana pod lit. e) uzasadnienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

5.3.4 Umowy

e) *Podpisanie protokołu odbioru końcowego nastąpi po usunięciu wad istotnych, ~~usterek, niedoróbek~~ stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego oraz po dostarczeniu zamawiającemu:*

- kompletnej dokumentacji powykonawczej,
- instrukcji urzędzeń, instalacji i kart gwarancyjnych dotyczących przedmiotu umowy,
- inwentaryzacji zieleni wraz z instrukcją jej pielęgnacji,
- świadectwa charakterystyki energetycznej budynków i poszczególnych mieszkań,
- pomiarów powykonawczych mieszkań wraz z dokumentacją rysunkową – każde mieszkanie oddzielnie,

- dokumentów, których dołączenia do wniosku o pozwolenie na użytkowanie wymaga art. 57 ustawy PB.

**Ad. h)**

Odwołujący wskazał, że zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

6.2.5 Umowy

*„Wykonawca wystawi ostateczną fakturę za wykonane roboty budowlane po podpisaniu protokołu odbioru końcowego zgodnie z punktem 5.3.4 lit. e. i uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie przedmiotu umowy. Wraz z ostateczną fakturą wykonawca składa zamawiającemu oświadczenia wszystkich podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu przez nich lub objęciu wystawionymi przez nich rachunkami zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o otrzymaniu w całości należnego wynagrodzenia od wykonawcy (załącznik nr 2 do umowy- załącznik dostosować dla dalszych podwykonawców).”*

Odwołujący podniósł, że brak jest podstaw uzależniających możliwość wymagania zapłaty wynagrodzenia od sytuacji nie związanych z obowiązkami wykonawcy. Argumentował, że zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy wykonawca nie jest zobowiązany do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Powiązania możliwości wystawienia faktury od uzyskania pozwolenia na użytkowanie powoduje, że Zamawiający będzie mógł w sposób całkowicie niezwiązany z obowiązkami wykonawcy przesunąć termin wystawienia faktury, a co za tym idzie termin jej zapłaty.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

6.2.5 Umowy

*„Wykonawca wystawi ostateczną fakturę za wykonane roboty budowlane po podpisaniu protokołu odbioru końcowego zgodnie z punktem 5.3.4 lit. e. ~~i uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie przedmiotu umowy~~. Wraz z ostateczną fakturą wykonawca składa zamawiającemu oświadczenia wszystkich podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu przez nich lub objęciu wystawionymi przez nich rachunkami zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o otrzymaniu w całości należnego wynagrodzenia od wykonawcy (załącznik nr 2 do umowy- załącznik dostosować dla dalszych podwykonawców).”*

**Ad. i)**

Odwołujący wskazał, że zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

7.2.7 Umowy

*„Jeżeli wykonawca dokonał istotnych napraw lub wymiany wadliwych części przedmiotu umowy, termin gwarancji i rękojmi biegnie na nowo od chwili podpisania przez obydwie strony protokołu odbioru istotnych napraw lub wymiany wadliwych części.”*

Odwołujący podniósł, że brak jest podstaw do rozpoczęcia biegu terminów gwarancji i rękojmi od nowa co do całości przedmiotu umowy w przypadku dokonywania istotnych napraw lub wymiany wadliwych części. Zdaniem odwołującego w takim zakresie termin gwarancji powinien biec na nowo tylko i wyłącznie w odniesieniu do takich elementów.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 581 § 1. KC Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej. Zdaniem odwołującego, stosując wskazany przepis w sposób odpowiedni termin gwarancji lub rękojmi powinien biec na nowo w sposób wskazany poniżej.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

#### 7.2.7 Umowy

*„Jeżeli wykonawca dokonał istotnych napraw lub wymiany wadliwych części przedmiotu umowy, termin gwarancji i rękojmi biegnie na nowo w odniesieniu do elementu co do którego dokonano istotnych napraw lub wymiany wadliwych części, od chwili podpisania przez obydwie strony protokołu odbioru istotnych napraw lub wymiany wadliwych części.”*

#### **Ad. j)**

Odwołujący wskazał, że zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

#### 8.2.1 Umowy

*„Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadkach przewidzianych przez ustawy PZP i k.c. Zamawiający i wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli druga strona narusza w sposób podstawowy postanowienia umowy.”*

#### 8.2.2 Umowy

*„Do podstawowych naruszeń umowy zaliczają się w szczególności następujące przypadki:*

*a) wykonawca bez zgody ze strony zamawiającego wstrzymuje wykonywanie robót,*

*(...)*

*c) wykonawca nie dotrzymuje terminów realizacji określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym dla poszczególnych elementów robót,*

*(...).”*

Odwołujący podniósł, że w zakresie naruszenia terminów pośrednich wynikających z Harmonogramu Rzeczowo- Finansowego nie występują jakiegokolwiek uzasadnione okoliczności. W ocenie Odwołującego przewidzenie możliwości odstąpienia w przypadku jakichkolwiek opóźnień stanowi naruszenie art. 433 pkt. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie wskazywał, że brak jest podstaw do przyjęcia, że jakiegokolwiek naruszenie terminu pośredniego opisanego w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy, nawet w przypadku kiedy wykonawca zakończy już dany zakres prac i przystąpił do dalszej realizacji umowy, co do której ustalone są inne, dalsze terminy pośrednie.

W ocenie odwołującego umowne prawo odstąpienia powinno być skonkretyzowane i nie obejmować klauzul generalnych tak jak opisał to zamawiający. Argumentował, że wykonawca nie może pozostawać w niepewności co do obowiązków umownych, których niedopełnienie stanowić będzie podstawę prawną do złożenia oświadczenia o odstąpieniu. Jednocześnie, mając na uwadze skutek w postaci rozwiązania stosunku obligacyjnego łączącego strony oraz obowiązku zapłaty kary umownej, zamawiający powinien przesłanki odstąpienia skonkretyzować i odnosić tylko do istotnych naruszeń zawartej Umowy.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

#### 8.2.1 Umowy

*„Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadkach przewidzianych przez ustawy PZP i k.c. Zamawiający i wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli druga strona narusza w sposób podstawowy postanowienia umowy, zgodnie z punktem 8.2.2 umowy.”*

#### 8.2.2 Umowy

*„Do podstawowych naruszeń umowy zaliczają się w szczególności następujące przypadki:*

*a) wykonawca bez zgody ze strony zamawiającego wstrzymuje wykonywanie robót na okres co najmniej 21 dni,*

*(...)*

*c) wykonawca ~~nie dotrzymuje terminów~~ przekracza terminy realizacji określone określonych w harmonogramie rzeczowo- finansowym dla poszczególnych elementów robót o co najmniej 21 dni,*

*(...).”*

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania, modyfikacje SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie z 6 grudnia 2021 r. zamawiający podniósł, że odwołujący przesłał mu odwołanie pocztą elektroniczną w dniu 29 listopada 2021 r. o g. 23.03 oraz za pośrednictwem platformy zakupowej w dniu 29 listopada 2021 r. o g. 23.05.07. Argumentował, że nastąpiło to w porze nocnej, po godzinach pracy zamawiającego. Na tej podstawie wywiódł, że odwołanie powinno zostać odrzucone. Argumentował, że odwołanie nie zostało mu przesłane przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Wniosek zamawiającego okazał się oczywiście bezzasadny. Zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Z kolei przepis art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, *Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.**

Odwołanie wniesiono wobec treści SWZ, która została opublikowana w dniu 19 listopada 2021 r. Nie było sporne między stronami, że dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 29 listopada 2021 r. o g. 24.00. W tej sytuacji do upływu tego terminu odwołujący powinien również przesłać zamawiającemu odpowiednio odwołanie w formie elektronicznej lub kopię odwołania w formie pisemnej w taki sposób, aby ten mógł zapoznać się z jego treścią. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp nie jest konieczne aby zamawiający przed upływem terminu na wniesienia odwołania zapoznał się z nim. Konieczne jest jedynie, aby odwołanie zostało tak mu przesłane, aby była potencjalna możliwość zapoznania się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienia odwołania. Przesłanie zamawiającemu przed upływem tego terminu treści odwołania za pośrednictwem dwóch kanałów bezpośredniego, elektronicznego porozumiewania się na odległość w dniu 29 listopada 2021 r. o g. 23.03 oraz w dniu 29 listopada 2021 r. o g. 23.05.07 oznaczało, że niewątpliwie istniała możliwość zapoznania się z nim przed upływem terminu na wniesienia odwołania. Bez znaczenie pozostawała więc



okoliczność, że nastąpiło to poza godzinami pracy zamawiającego. Wobec powyższego wniosek zamawiającego podlegał oddaleniu.

*Stosownie do 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. 353<sup>1</sup> k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

*Zgodnie z art. 647 k.c., 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.*

*Art. 483 § 1 k.c. stanowi, że Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).*

### **Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.**

#### Nietrafny okazał się zarzut a odwołania.

Zamawiający określił następujące postanowienia:

#### 4.1.1 umowy

*„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania ustalonego w umowie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, przepisami, normami i zasadami wiedzy technicznej, specyfikacjami technicznymi oraz WDWR i oddania go zamawiającemu w stanie kompletnym, umożliwiającym uzyskanie zgodnie z przepisami prawa pozwolenia na użytkowanie i jego prawidłowe użytkowanie, w terminie i na zasadach ustalonych w umowie. Wykonawca zobowiązany jest zweryfikować przekazaną mu dokumentację projektową. Wykonawca musi uwzględnić wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac (ryzyko wykonawcy).”*

oraz

pkt. 6 załącznika nr 1 do SWZ:

*„Oświadczam/y, że zapoznaliśmy się z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia zamieszczonymi w SWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wytycznych do wykonania robót i nie wnosimy do nich żadnych zastrzeżeń. Oświadczamy, że uzyskaliśmy wszelkie informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania i złożenia niniejszej oferty.”*

Odwołujący domagał się nadania wskazanym zapisom umowy następującego brzmienia:

*„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania ustalonego w umowie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, przepisami, normami i zasadami wiedzy technicznej, specyfikacjami technicznymi oraz WDWR i oddania go zamawiającemu w stanie kompletnym, umożliwiającym uzyskanie zgodnie z przepisami prawa pozwolenia na użytkowanie i jego prawidłowe użytkowanie, w terminie i na zasadach ustalonych w umowie. Wykonawca zobowiązany jest zweryfikować przekazaną mu dokumentację projektową. Wykonawca musi uwzględnić z **należyłą starannością** wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia, ~~chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac (ryzyko wykonawcy).~~”*

oraz

pkt. 6 Załącznika nr 1 do SWZ:

*„Oświadczam/y, że zapoznaliśmy się z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia zamieszczonymi w SWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, wytycznych do wykonania robót ~~i nie wnosimy do nich żadnych zastrzeżeń. Oświadczamy, że uzyskaliśmy wszelkie informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania i złożenia niniejszej oferty.~~”*

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający przewidział w postanowieniach umowy, że wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia przysługiwać będzie wynagrodzenie ryczałtowe, co nie było sporne między stronami. Kwestionowane przez odwołującego postanowienia wzoru umowy stanowiły wprost nawiązanie do przepisu art. 632 KC, który reguluje kwestię podwyższania wynagrodzenia ryczałtowego w sposób następujący:

*§ 1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.*

§ 2. *Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.*

Powyższe prowadziło do wniosku, że odwołujący podnosił iż sprzeczne z ustawą jest sformułowanie z pkt 4.1.1. wzoru umowy, które w przypadku ryczałtowego modelu wynagrodzenia sama ustawa przewiduje. Z kolei nałożenie obowiązku przeanalizowania dokumentacji projektowej, zdaniem Izby mieści się w kodeksowej zasadzie współdziałania inwestora i wykonawcy. Przejawem tej zasady jest przywoływany przez samego odwołującego przepis art. 651 KC, który stanowi, że *jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora*. Z przepisu tego wynika, że sam ustawodawca przewiduje, iż z zasady współdziałania wynika obowiązek przeanalizowania dokumentacji projektowej przez wykonawcę. Powyższe jest konsekwencją faktu, że wykonawca robót powinien być profesjonalistą i posiadać kompetencje do analizy dokumentacji projektowej, na podstawie której ma wykonać roboty budowlane. Skoro bowiem sam ustawodawca wskazuje, że wykonawca ma sygnalizować czy dokumentacja projektowa nadaje się do prawidłowego wykonania robót, to oznacza, że musi mieć w tym zakresie umiejętności pozwalające na taką ocenę. Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę, że jednocześnie odwołujący nie kwestionował, aby jakiś element przedmiotu zamówienia nie został opisany, czy został opisany nieprawidłowo czy nierzetelnie. W szczególności odwołujący w żadnym fragmencie odwołania nie wnosił o uzupełnienie tego opisu. W braku takich twierdzeń należało przyjąć, że opis jest kompletny.

Przy wyrokowaniu wzięto również pod uwagę fakt, że zamawiający przewidział w punkcie 8.1. projektu umowy możliwość dokonania zmian postanowień zawartej umowy między innymi w sytuacji:

- a) wystąpienie istotnych braków lub błędów w dokumentacji projektowej,
- b) zmiany umowy spowodowane okolicznościami, których zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć, co doprowadziło do powierzenia wykonawcy robót dodatkowych,
- c) wystąpienie zmian parametrów projektowych dla wykonywanych robót i związanej z tym koniecznością wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej,
- d) wystąpienie konieczności wykonania robót zamiennych lub innych robót niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy nieuwzględnionych w dokumentacji projektowej,

Zdaniem Izby przywołane postanowienia stanowią dodatkowe zabezpieczenia dla wykonawcy, w sytuacji gdyby na etapie realizacji robót ujawniły się takie błędy, zmiany w stosunku do pierwotnej dokumentacji projektowej, które osiągnęłyby poziom błędów czy zmian istotnych, czy skutkujących koniecznością wykonania robót dodatkowych, zamiennych czy innych niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy. Okoliczność, iż zmiana taka wymagać będzie aneksu, a więc zgody stron nie osłabiała znaczenia tych postanowień. Wychodząc z ogólnych zasad współdziałania zamawiającego z wykonawcą, można powiedzieć, że w sytuacji zaistnienia zdarzeń, o których mowa w pkt 8.1 wzoru umowy, po stronie wykonawcy pojawiać się będzie roszczenie do zamawiającego o zawarcie takiego aneksu. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba uznała zarzut za niezasadny.

#### Chybiony okazał się zarzut b odwołania.

Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

##### 4.1.16 umowy

*„Wykonawca zobowiązany jest, nie później niż w terminie 7 dni od daty otrzymania żądania od zamawiającego przekazać dokumenty, polisy, sprawozdania, oświadczenia, zestawienia itp. niezbędne do przeprowadzenia procesu inwestycyjnego oraz dokumenty wymagane przez instytucję kredytującą przedmiot umowy.”*

oraz

##### 4.11.1

*„Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w następującej wysokości i sytuacjach:*

- 1. a) 0,1% wartości umowy brutto, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy,*
- 2. b) 0,01% wartości umowy brutto, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu innych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy, dla których w umowie podane są terminy, w tym za zwłokę w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji, oraz obowiązków określonych w pkt 4.1.5 i 4.1.6 umowy, (...).”*

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom umowy następującego brzmienia:

##### 4.1.16 Umowy

*„Wykonawca zobowiązany jest, nie później niż w terminie 7 dni od daty otrzymania żądania od zamawiającego przekazać dokumenty, polisy, sprawozdania, oświadczenia, zestawienia*

*itp. niezbędne do przeprowadzenia procesu inwestycyjnego oraz dokumenty wymagane przez instytucję kredytującą przedmiot umowy.”*

oraz

#### 4.11.1

*„Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne w następującej wysokości i sytuacjach:*

- 1. a) 0,1% wartości umowy brutto, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy,*
- 2. b) 0,01% wartości umowy brutto, za każdy dzień zwłoki ~~w wykonaniu innych zobowiązań wykonawcy wynikających z umowy, dla których w umowie podane są terminy, w tym za zwłokę~~ w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji, oraz obowiązków określonych w pkt 4.1.5 i 4.1.6 umowy, (...).”*

Zdaniem Izby zamawiający dostatecznie precyzyjnie opisał odpowiedzialność wykonawcy w zakresie kar umownych, określił terminy wykonania zobowiązań i ujawnił, że ich naruszenie spowoduje zaistnienie odpowiedzialności z tytułu kar umownych.

Po pierwsze, zamawiający określił precyzyjnie siedmiodniowy termin na dostarczenie dokumentów. Wskazał, że w tym terminie należy przedstawić dokumenty wymagane przez instytucję kredytującą przedmiot umowy. Zamawiający opisał zatem zakres żądanych dokumentów. Niewymienienie enumeratywnie rodzajów dokumentów oznaczało jedynie, że mają to być wszystkie dokumenty wymagane przez instytucję kredytującą. Następnie zaś zamawiający za zwłokę w dostarczeniu takich dokumentów przewidział karę umowną. Nie można było zatem utrzymywać, że kwestionowane zapisy w sposób nieprecyzyjny regulują odpowiedzialność wykonawcy, a tylko tego rodzaju zarzut pojawił się w odwołaniu. W szczególności odwołujący nie podnosił w odwołaniu, że zamawiający nie ma prawa żądać od niego dokumentów wymaganych przez instytucję kredytującą przedmiot umowy. Jednocześnie uwzględnienie żądania odwołującego spowodowałoby, że wykonawca nie ponosiłby odpowiedzialności za zwłokę w dostarczeniu nie tylko dokumentów wymaganych przez instytucję kredytującą przedmiot umowy, ale także za zwłokę w wykonaniu innych zobowiązań, dla których w umowie padano terminy. Żądanie odwołującego było bowiem o wiele dalej idące. Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut c odwołania.

Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

#### 4.4.1 umowy

*„Do wykonywania samodzielnych funkcji przy realizacji robót, wykonawca zatrudni kierowników budowy wymienionych w załączonym do oferty wykazie podstawowego personelu lub innych zaaprobowanych przez zamawiającego. Zamawiający zaaprobuje każde proponowane zastąpienie jedynie wtedy, kiedy odnośne kwalifikacje i zdolności proponowanej osoby, będą takie same lub wyższe niż osoby wymienionej w wykazie.”*

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom umowy następującego brzmienia:

*„Do wykonywania samodzielnych funkcji przy realizacji robót, wykonawca zatrudni kierowników budowy wymienionych w załączonym do oferty wykazie podstawowego personelu lub innych zaaprobowanych przez zamawiającego. Zamawiający zaaprobuje każde proponowane zastąpienie jedynie wtedy, kiedy odnośne kwalifikacje i zdolności proponowanej osoby, będą takie same lub wyższe niż wymagania określone w SWZ osoby wymienionej w wykazie.”*

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w ramach kryteriów oceny oferty nie zamierzał oceniać kwalifikacji i zdolności personelu skierowanego do realizacji zamówienia. Zamawiający określał w SWZ jedynie minimalne wymagania co do takich kwalifikacji i zdolności. Może się również zdarzyć, że na potrzeby wykazania warunku wykonawca przewidzi do realizacji zamówienia osoby, których zdolności i kwalifikacje będą znacząco przewyższały minimum wymagane przez zamawiającego w warunku. Oczywistym jest przy tym, że pozyskanie na rynku osób o podwyższonych umiejętnościach i zdolnościach jest trudniejsze, aniżeli znalezienie osób o umiejętnościach minimalnych, wymaganych w SWZ. W takiej sytuacji, w razie konieczności zmiany personelu na etapie realizacji umowy, taki wykonawca, bez żadnego powodu stawiany byłby w znacznie gorszej sytuacji od wykonawcy, który zamierza skierować do realizacji zamówienia osoby o niższych umiejętnościach i kompetencjach. Musiałby bowiem pozyskać do realizacji zamówienia osoby o zdolnościach i umiejętnościach podwyższonych, nie niższych niż wymienione w wykazie osób, złożonym wraz z ofertą.

Zdaniem Izby kwestionowany zapis oznaczałby nierówne traktowanie wykonawców i wręcz zniechęcał do poszukiwania specjalistów o wyższych umiejętnościach i zdolnościach. Zapis ten naruszałby więc zasadę równego traktowania wykonawców, a także zasadę proporcjonalności. Nie można było się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego

przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, że w tym zakresie istnieje jakaś wątpliwość interpretacyjna, która mogłaby zostać rozwiana w trybie określonym w art. 135 ustawy Pzp. Kwestionowane postanowienie SWZ okazało się jasne i przewidywało konieczność zapewnienia osoby o kompetencjach i zdolnościach nie mniejszych niż w wykazie składanym przez wykonawcę, a nie osoby o minimalnych kompetencjach opisanych w SWZ.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut okazał się zasadny.

#### Chybiony okazał się zarzut d odwołania.

Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

##### 5.2.1 umowy

*„W przypadku ujawnienia wad w robotach, zamawiający ma prawo żądania ich usunięcia w wyznaczonym terminie, na koszt wykonawcy.”*

##### 5.2.3 umowy

*„Jeżeli wykonawca nie przystąpi do usuwania wad bądź nie usunie ich w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, bądź usunie je w sposób niewłaściwy, zamawiający będzie miał prawo powierzyć usunięcie wad osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy.”*

##### 5.3.4 umowy

*„Odbiór końcowy.*

*(...)*

*c) Zamawiający wyznaczy wykonawcy termin na usunięcie wad, usterek, niedoróbek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego.*

*(...).”*

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom umowy następującego brzemienia:

##### 5.2.1 Umowy

*„W przypadku ujawnienia wad w robotach, zamawiający ma prawo żądania ich usunięcia w wyznaczonym technologicznie możliwym terminie, na koszt wykonawcy.”*

##### 5.2.3 Umowy

*„Jeżeli wykonawca nie przystąpi do usuwania wad bądź nie usunie ich w technologicznie możliwym terminie wyznaczonym przez zamawiającego, bądź usunie je w sposób niewłaściwy, zamawiający będzie miał prawo powierzyć usunięcie wad osobie trzeciej na koszt i ryzyko wykonawcy, po uprzednim wezwaniu wykonawcy do usunięcia nieprawidłowości w terminie 14 dni.”*

##### 5.3.4 Umowy

„Odbiór końcowy.

(...)

c) Zamawiający wyznaczy wykonawcy technologicznie możliwy termin na usunięcie wad, usterek, niedoróbek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego.

(...).”

Zdaniem odwołującego wskazując terminy usunięcia wad, usterek czy niedoróbek zamawiający winien uwzględnić termin „technologicznie możliwy”. Według Izby brak takiego sformułowania nie oznaczał jeszcze, że zamawiający będzie uprawniony do wyznaczenia dowolnego terminu na usunięcie wad, który okaże się nierealny i niemożliwy technicznie. Przypomnienia wymagało, że przepisy KC przewidują zasadę współdziałania wierzyciela z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania. Z art. 354 KC wynika bowiem, że:

*§ 1. Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.*

*§ 2. W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.*

Z kolei przepis art. 640 KC stanowi, że *Jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy.*

Z zasady współdziałania wierzyciela z dłużnikiem przy wykonaniu zobowiązania należy wyprowadzić wniosek, że jeżeli na podstawie umowy wierzyciel czyli zamawiający jest uprawniony do jednostronnego wyznaczenia terminu na usunięcie wad, to nie może być to termin dowolny, ale taki, który umożliwi takie usunięcie. Wyznaczenie terminu nieodpowiedniego oznaczałoby bowiem, że w istocie wierzyciel nie współdziała zgodnie z celem społeczno-gospodarczym takiego uprawnienia, zwyczajami, z zasadami współżycia społecznego i nie zmierza do wykonania świadczenia. Taki sposób ukształtowania terminu byłby zatem naruszeniem umownych obowiązków zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zbyteczne jest doprecyzowanie w postanowieniach, iż termin na usunięcie wad wyznaczany przez zamawiającego ma być technologicznie możliwy.

Kierując się tymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

#### Zasadny okazał się zarzut e odwołania

Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:



### 5.3.3. umowy

*„Odbioru częściowego potwierdzającego wykonanie elementu robót określonego w tabeli elementów rozliczeniowych dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń. O wykonaniu elementu robót wykonawca zawiadamia inspektora nadzoru. Inspektor nadzoru wyznacza datę dokonania odbioru częściowego nie później niż 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o zakończeniu elementu robót. Jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady inspektor nadzoru odmawia dokonania odbioru do czasu ich usunięcia. Dokonanie odbioru częściowego robót nie zwalnia wykonawcy z usuwania wad stwierdzonych w tym elemencie po dokonaniu odbioru częściowego oraz w trakcie odbioru końcowego i odbioru ostatecznego oraz w okresie rękojmi i gwarancji.”*

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom umowy następującego brzemienia:

### 5.3.3. umowy

*„Odbioru częściowego potwierdzającego wykonanie elementu robót określonego w tabeli elementów rozliczeniowych dokonuje się w celu prowadzenia bieżących częściowych rozliczeń. O wykonaniu elementu robót wykonawca zawiadamia inspektora nadzoru. Inspektor nadzoru wyznacza datę dokonania odbioru częściowego nie później niż 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o zakończeniu elementu robót. Jeżeli w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady istotne inspektor nadzoru odmawia dokonania odbioru do czasu ich usunięcia. Dokonanie odbioru częściowego robót nie zwalnia wykonawcy z usuwania wad stwierdzonych w tym elemencie po dokonaniu odbioru częściowego oraz w trakcie odbioru końcowego i odbioru ostatecznego oraz w okresie rękojmi i gwarancji.”*

Rzeczywiście zamawiający w kwestionowanych postanowieniach wzoru umowy nie rozgraniczał wad na istotne i nieistotne, uznając, że również wystąpienie wad nieistotnych będzie uprawiało go do odmowy dokonania odbioru częściowego robót.

Jak słusznie wskazał odwołujący, obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 647 KC jest odebranie obiektu i zapłata umówionego wynagrodzenia. Z kolei przepis art. 654 KC statuuje zasadę powiązania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót. Zamawiający nie może powstrzymać się z odbiorem robót, które wykonawca wykonał zgodnie z dokumentacją projektową i zasadami sztuki budowlanej jedynie z powodu wystąpienia wad nieistotnych, które nie mają jakiegokolwiek wpływu na nadawanie się obiektu do użytkowania. W świetle ww. przepisów, a także orzecznictwa sądów powszechnych, tylko wystąpienie wad istotnych może być uznane za niespełnienie świadczenia skutkujące odmową dokonania odbioru. W razie stwierdzenia w toku odbioru wad nieistotnych możliwe jest ujęcie w protokole zestawienia takich uchybień i wyznaczenie

terminu na ich usunięcie przypadającego już po dokonaniu odbioru lub skorzystanie z innego uprawnienia przez inwestora z tytułu odpowiedzialności na uchybienia nieistotne. Zdaniem Izby kwestionowane postanowienia pozostają sprzeczne z ww. regulacjami wynikającymi z przepisów dot. umowy o roboty budowlane.

Niezasadna okazała się argumentacja zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie. Zdaniem zamawiającego *przy uwzględnieniu żądania odwołującego zobowiązany byłoby odebrać izolację fundamentu posiadającą wady nieistotne, w dłuższej perspektywie czasu ryzykując bezpieczeństwo przyszłych użytkowników i narażając się na ewentualne niesprecyzowane koszty naprawcze. Przyjęcie powyższego zapisu pozwoliłoby wykonawcy realizować poszczególne elementy prac w sposób nierzetelny i niezgodny z przyjętymi normami, zasadami i sztuką budowlaną oraz odmawiać wykonania prac naprawczych argumentując to odebraniem danego elementu przez zamawiającego.*

Zdaniem Izby, jeśli stwierdzone wady byłyby tego rodzaju, że zagrażałyby bezpieczeństwu użytkowników, czy okazałyby się niezgodne z normami, zasadami i sztuką budowlaną, to z pewnością nie byłyby to wady nieistotne, jak utrzymuje zamawiający, ale wady istotne uprawniające zamawiającego do odmowy odbioru takich robót.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

#### Chybiony okazał się zarzut f odwołania.

Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

5.3.4.

„Odbiór końcowy.

a) Odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót na podstawie oświadczenia kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy PB.

(...)”

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzmienia:

5.3.4.

„Odbiór końcowy.

a) Odbioru końcowego dokonuje się po całkowitym zakończeniu wszystkich robót na podstawie oświadczenia kierownika budowy ~~oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy PB.~~

Odwołujący argumentował, że zamawiający niejednoznacznie opisał podstawy do dokonania odbioru końcowego odnosząc się do klauzul generalnych.

Tak sformułowany zarzut okazał się nietrafny. Kwestionowane postanowienie umowne okazało się bowiem jasne i jednoznaczne. Oznaczało, że podstawą do dokonania odbioru końcowego jest również wykonanie innych czynności przewidzianych przepisami Prawa budowlanego. Stwierdzono jednocześnie, że zamawiający nie ma obowiązku wyszczególnienia wszystkich czynności, jakie z mocy prawa budowlanego powinny być dokonane przed odbiorem. Obowiązek taki bowiem tak czy inaczej wynika z przepisów prawa.

W trakcie rozprawy odwołujący dodatkowo argumentował, że z prawa budowlanego wynikają także takie czynności, które dokonuje się po dokonaniu odbioru robót. Jako przykład wskazał czynności z art. 22 pkt 8 prawa budowlanego (przygotowanie dokumentacji powykonawczej obiektu budowlanego) oraz 22 pkt 9 prawa budowlanego (zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy oraz uczestniczenie w czynnościach odbioru i zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad, a także przekazanie inwestorowi oświadczenia, o którym mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2.).

Odnosząc się tego rodzaju argumentacji Izba stwierdziła, że dokonywanie przez odwołującego takiej wykładni umowy jest nietrafne. Przypomnienia wymagało, że zgodnie z art. 65 KC:

*§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.*

*§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.*

Skoro celem umowy, a również godnym zamiarem stron jest wykonanie umowy zgodnie z jej treścią i prawem budowlanym, to nie można wyklądać umowy w ten sposób, że uzależnia ona dokonanie odbioru robót od wykonania czynności, które zgodnie z prawem są dokonywane po takim odbiorze. Byłaby to bowiem swego rodzaju umowa o świadczenie niemożliwe. Taką wykładnię treści umowy należało odrzucić jako absurdalną. W tej sytuacji w świetle podstawowych zasad wykładni umowy oczywistym jest, że jeżeli zamawiający jako warunek odbioru robót wymienił czynności wynikające z Prawa budowlanego, to nie mógł mieć na myśli takich czynności, które zgodnie z tym prawem dokonuje się po dokonaniu odbioru robót. Wobec powyższego zarzut f uznano za niezasadny.

#### Zarzut g okazał się zasadny.

Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

5.3.4 umowy

e) *Podpisanie protokołu odbioru końcowego nastąpi po usunięciu wad, usterek, niedoróbek stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego oraz po dostarczeniu zamawiającemu:*

- *kompletnej dokumentacji powykonawczej,*
- *instrukcji urządzeń, instalacji i kart gwarancyjnych dotyczących przedmiotu umowy,*
- *inwentaryzacji zieleni wraz z instrukcją jej pielęgnacji,*
- *świadcstwa charakterystyki energetycznej budynków i poszczególnych mieszkań,*
- *pomiarów powykonawczych mieszkań wraz z dokumentacją rysunkową – każde mieszkanie oddzielnie,*
- *dokumentów, których dołączenia do wniosku o pozwolenie na użytkowanie wymaga art. 57 ustawy PB.*

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom umowy następującego brzemienia:

#### 5.3.4 umowy

e) *Podpisanie protokołu odbioru końcowego nastąpi po usunięciu wad istotnych, ~~usterek, niedoróbek~~ stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego oraz po dostarczeniu zamawiającemu:*

- *kompletnej dokumentacji powykonawczej,*
- *instrukcji urządzeń, instalacji i kart gwarancyjnych dotyczących przedmiotu umowy,*
- *inwentaryzacji zieleni wraz z instrukcją jej pielęgnacji,*
- *świadcstwa charakterystyki energetycznej budynków i poszczególnych mieszkań,*
- *pomiarów powykonawczych mieszkań wraz z dokumentacją rysunkową – każde mieszkanie oddzielnie,*
- *dokumentów, których dołączenia do wniosku o pozwolenie na użytkowanie wymaga art. 57 ustawy PB.*

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu zarzutu g, że odwołuje się do tożsamej argumentacji zawartej w zakresie uzasadnienia zarzutu lit. e) odwołania.

Izba stwierdziła, że zarzut g zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie aktualna pozostała argumentacja przedstawiona przy rozstrzygnięciu zarzutu e odwołania dotyczącego zbliżonego postanowienia umownego regulującego odbiory częściowe.

Zarzut h okazał się zasadny.

Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

#### 6.2.5 umowy

*„Wykonawca wystawi ostatnią fakturę za wykonane roboty budowlane po podpisaniu protokołu odbioru końcowego zgodnie z punktem 5.3.4 lit. e. i uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie przedmiotu umowy. Wraz z ostatnią fakturą wykonawca składa zamawiającemu oświadczenia wszystkich podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu przez nich lub objęciu wystawionymi przez nich rachunkami zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o otrzymaniu w całości należnego wynagrodzenia od wykonawcy (załącznik nr 2 do umowy- załącznik dostosować dla dalszych podwykonawców).”*

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom umowy następującego brzmienia:

#### 6.2.5 Umowy

*„Wykonawca wystawi ostatnią fakturę za wykonane roboty budowlane po podpisaniu protokołu odbioru końcowego zgodnie z punktem 5.3.4 lit. e. ~~i uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie przedmiotu umowy.~~ Wraz z ostatnią fakturą wykonawca składa zamawiającemu oświadczenia wszystkich podwykonawców i dalszych podwykonawców o pełnym zafakturowaniu przez nich lub objęciu wystawionymi przez nich rachunkami zakresu robót wykonanych zgodnie z umowami o podwykonawstwo oraz o otrzymaniu w całości należnego wynagrodzenia od wykonawcy (załącznik nr 2 do umowy- załącznik dostosować dla dalszych podwykonawców).”*

Izba stwierdziła, że kwestionowane postanowienie uzależniało możliwość wystawienia przez wykonawcy ostatniej faktury od uzyskania przez zamawiającego pozwolenia na użytkowanie przedmiotu umowy. Na uwagę zasługiwał fakt, i co nie było sporne między stronami, że uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w świetle postanowień SWZ nie było obowiązkiem wykonawcy, ale zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy, zgodnie z pkt 1.1.2 projektu umowy, pozostawało jedynie takie wykonanie robót, aby możliwe było uzyskanie przez zamawiającego takiego pozwolenia.

W tej sytuacji, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie zależęć będzie wyłącznie od aktywności i starań zamawiającego. Uzależnienie możliwości wystawienia faktury za wykonane roboty od uzyskania takiego pozwolenia oznaczałoby, że zamawiający mógłby dowolnie kształtować termin płatności. Wykonawca nie miał bowiem żadnych gwarancji, że zamawiający wystąpi o pozwolenie niezwłocznie. Wykonawca nie miał także żadnego wpływu na termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Zdaniem Izby sporne postanowienie byłoby dopuszczalne, gdyby zgodnie z postanowieniami umowy to obowiązkiem wykonawcy było uzyskanie takiego pozwolenia.

Wobec powyższego zarzut h uznano za zasadny.

### Zarzut i okazał się niezasadny.

Zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

#### 7.2.7 umowy

*„Jeżeli wykonawca dokonał istotnych napraw lub wymiany wadliwych części przedmiotu umowy, termin gwarancji i rękojmi biegnie na nowo od chwili podpisania przez obydwie strony protokołu odbioru istotnych napraw lub wymiany wadliwych części.”*

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom Umowy następującego brzemienia:

#### 7.2.7 umowy

*„Jeżeli wykonawca dokonał istotnych napraw lub wymiany wadliwych części przedmiotu umowy, termin gwarancji i rękojmi biegnie na nowo w odniesieniu do elementu co do którego dokonano istotnych napraw lub wymiany wadliwych części, od chwili podpisania przez obydwie strony protokołu odbioru istotnych napraw lub wymiany wadliwych części.”*

Zdaniem Izby nie można było zgodzić się z odwołującym, jakoby z kwestionowanych postanowień wynikało, iż bieg terminów gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od nowa co do całości przedmiotu umowy w przypadku dokonywania istotnych napraw lub wymiany wadliwych części. W postanowieniu była wszak mowa o naprawach lub wymianach części przedmiotu umowy i wznowieniu biegu terminu gwarancji także w odniesieniu do tych części, a nie całości przedmiotu umowy, jak utrzymywał odwołujący. Z przywołanych zapisów nie wynikało więc, aby zamawiający zamierzał dokonać modyfikacji kodeksowego wzorca gwarancji, który stanowi, w art. 581 KC, iż *Jeżeli w wykonaniu swoich obowiązków gwarant dostarczył uprawnionemu z gwarancji zamiast rzeczy wadliwej rzecz wolną od wad albo dokonał istotnych napraw rzeczy objętej gwarancją, termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub zwrócenia rzeczy naprawionej. Jeżeli gwarant wymienił część rzeczy, przepis powyższy stosuje się odpowiednio do części wymienionej.*

Wobec powyższego zarzut i okazał się niezasadny.

### Zarzut j okazał się niezasadny.

Odwołujący wskazał, że zamawiający określił następujące postanowienia umowne:

#### 8.2.1 umowy

*„Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadkach przewidzianych przez ustawy PZP i k.c. Zamawiający i wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli druga strona narusza w sposób podstawowy postanowienia umowy.”*

#### 8.2.2 umowy

*„Do podstawowych naruszeń umowy zaliczają się w szczególności następujące przypadki:*

*a) wykonawca bez zgody ze strony zamawiającego wstrzymuje wykonywanie robót,*

(...)

c) wykonawca nie dotrzymuje terminów realizacji określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym dla poszczególnych elementów robót,

(...).”

Odwołujący wniósł o nadanie wskazanym zapisom umowy następującego brzemienia:

#### 8.2.1 Umowy

„Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadkach przewidzianych przez ustawy PZP i k.c. Zamawiający i wykonawca może odstąpić od umowy, jeżeli druga strona narusza w sposób podstawowy postanowienia umowy, zgodnie z punktem 8.2.2 umowy.”

#### 8.2.2 Umowy

„Do podstawowych naruszeń umowy zaliczają się w szczególności następujące przypadki:

a) wykonawca bez zgody ze strony zamawiającego wstrzymuje wykonywanie robót na okres co najmniej 21 dni,

(...)

c) wykonawca ~~nie dotrzymuje terminów~~ przekracza terminy realizacji określone określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym dla poszczególnych elementów robót o co najmniej 21 dni,

(...).”

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, że kwestionowane przez niego postanowienia naruszają przepis art. 433 pkt 1 Pzp, który stanowi, że *Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.*

Dostrzeżenia wymagało jednak, że mimo postawienia takiego zarzutu odwołujący w treści wniosku, w żaden sposób nie wskazał, jak należałoby zmienić sporne postanowienie umowne, aby czyniło ono zadość treści art. 433 pkt 1 Pzp. W przypadku zarzutów dotyczących treści SWZ oprócz sformułowania zarzutu nie mniej istotnym jest wyartykułowanie wniosku (propozycji) zmiany spornego postanowienia, czego w odwołaniu zabrakło. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący podniósł, że brak jest podstaw do przyjęcia, że jakiegokolwiek naruszenie terminu pośredniego opisanego w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy, nawet w przypadku kiedy wykonawca zakończy już dany zakres prac i przystąpił do dalszej realizacji umowy, co do której ustalone są inne, dalsze terminy pośrednie.

Zdaniem Izby płonna okazała się obawa odwołującego, jakoby naruszenie terminu pośredniego mogło doprowadzić do odstąpienia przez zamawiającego od umowy, nawet w sytuacji, gdy wykonawca zakończy już dany etap prac i przystąpi do dalszej realizacji.

Według Izby skorzystanie z uprawnień do odstąpienia od umowy, o których mowa w pkt 8.2.2. lit. a i c wzoru umowy, możliwe będzie wyłącznie w sytuacji terażniejszej, to jest gdy w dniu odstąpienia stan uprawniający do odstąpienia będzie w dalszym ciągu istniał. Jeśli wykonawca zakończył już dany etap prac, przystąpił do dalszej realizacji prac i dotrzymywał kolejnych terminów z harmonogramu, to nie będzie już – na tym etapie – podstaw do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Ponadto Izba stwierdziła, że ze sformułowanym zarzutem nie zostało powiązane żądanie. Nie wiadomo bowiem w szczególności w jaki sposób ryzyko, o którym pisze odwołujący, miałyby zostać wyeliminowane przez zastąpienie słów „nie dotrzymuje terminów” słowami „przekracza terminy o 21 dni”. Jedyne różnica między zapisem kwestionowanym a proponowanym sprowadzała się bowiem do długości przekroczenia terminu.

Wobec powyższego zarzut j podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co skutkowało częściowym uwzględnieniem odwołania.



W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ, w sposób opisany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Stosownie do § 7 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. z 2020 r. poz. 2437):

2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:

- 1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie

*wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, albo*

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

- 1) *wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;*
- 2) *koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.*

W analizowanej sprawie odwołanie okazało się zasadne w zakresie czterech zarzutów i chybione w zakresie pięciu zarzutów. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w części 5/9 i zamawiający w części 4/9. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł, oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 2.926,83 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie 22.926,83 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 22.926,83 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 12.737,13 zł (22.926,83 zł x 5/9). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.190 zł (22.926,83 zł – 12.737,13 zł), stanowiącą, po zaokrągleniu do pełnych złotych, różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b 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. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....