

**Sygn. akt: KIO 1567/16**

**WYROK**

**z dnia 6 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016 r. przez **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Budimex S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 814 Radzyń Podlaski-Suchowola-Żminne na odcinku od km 6+600 do km 20+815 o di. 14,215 km.*

W dniu 22 sierpnia 2016 r. wykonawca Budimex S.A. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 647 Kc, art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie w § 15 ust. 4 i 5 wzoru umowy warunków odbioru robót budowlanych w taki sposób, że Zamawiający będzie uprawniony do przerywania czynności odbioru ostatecznego do czasu uzupełnienia brakujących dokumentów w operacie kolaudacyjnym lub/i usunięcia Wad Przedmiotu Umowy, w momencie kiedy roboty i dokumentacja wymieniona powyżej zostały wcześniej już poddane badaniu pod względem prawidłowości i kompletności. Zaskarżony zapis wzoru umowy precyzuje, że Zamawiający może odbiór ostateczny przerwać zawsze gdy ujawni wady, bez dookreślenia czy chodzi o wady istotne czy nieistotne, nadające się do usunięcia i nie stanowiące przeszkody w uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.
- 2) art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp, art. 505 pkt 4 Kc i art. 5 Kc w związku z art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 58 § 3 Kc, oraz w związku z art. 139 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp, poprzez zawarcie w § 11 ust. 4 pkt d wzoru umowy (Załącznik nr D do SIWZ – wzór umowy) wymagań postanowień, że umowa o podwykonawstwo zawierana przez Wykonawcę z podwykonawcą nie może zawierać postanowień o dokonywaniu potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy, a ich zawarcie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego treści § 15 ust. 5 pkt 1 wzoru umowy Odwołujący wskazał, że Zamawiający wprowadził zapis, zgodnie z którym przewidział on sześć rodzajów odbioru robót: odbiór robót ulegających zakryciu, robót zanikających, odbiór częściowy, odbiór końcowy, odbiór ostateczny oraz odbiór po okresie rękojmi.

W § 15 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający przewidział procedurę odbioru końcowego robót objętych przedmiotem umowy, której rozpoczęcie i przeprowadzenie uzależnione zostało od dostarczenia Inżynierowi kompletnej dokumentacji powykonawczej wraz z operatem kolaudacyjnym oraz dokumentów, których dołączenia do wniosku

o użytkowanie/zgłoszenia o zakończeniu robót wymaga art. 57 ustawy Prawo budowlane. Dokonanie odbioru końcowego ma zaś nastąpić po sprawdzeniu przez Inżyniera kompletności i prawidłowości operatu kolaudacyjnego (poświadczonego przez Inżyniera oddzielnym protokołem) na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę "Wykazu robót wykonanych" potwierdzonego przez Inżyniera i Inspektorów nadzoru. Wykaz ten sporządzony być na podstawie rzeczowego wykonania robót wycenionego według cen z oferty Wykonawcy. Zakończenie odbioru końcowego zostanie potwierdzone protokołem odbioru końcowego, podlegającym podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron (a więc Wykonawcę i Zamawiającego). Po dokonaniu odbioru końcowego i sprawdzeniu przez Inżyniera operatu kolaudacyjnego Wykonawca sporządza i składa wniosek o pozwolenie na użytkowanie na podstawie udzielonego przez Zamawiającego pełnomocnictwa.

Odwołujący podniósł, że procedura odbioru końcowego zgodnie z zapisem § 15 ust. 4 wzoru umowy wymaga od Wykonawcy aby zgłosił on Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego po zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy oraz aby dostarczając operat kolaudacyjny złożył oświadczenie na podstawie art. 57 ust. 1 pkt 2 i 2 ustawy Prawo budowlane, co jasno wskazuje, że przed dokonaniem odbioru końcowego Wykonawca musi wykonać całość robót objętych przedmiotem umowy. Tym samym bezpodstawne w tym miejscu wydaje się być wprowadzenie w postanowieniach wzoru umowy kolejnego odbioru (ostatecznego), który dawałby Zamawiającemu prawo do kolejnego badania prawidłowości wykonanych robót budowlanych (które przecież na etapie odbioru ostatecznego objęte są już pozwoleniem na użytkowanie i uznane na etapie odbioru końcowego za kompletne i prawidłowe przez Inżyniera). Biorąc pod uwagę, że odbiór końcowy może się odbyć po zakończeniu wszelkich robót objętych przedmiotem umowy na etapie odbioru ostatecznego nie pojawi się żadna nowa dokumentacja ani nie ulegnie zmianie ta badana przez Inżyniera na etapie odbioru końcowego.

Podobnie niezrozumiały – zdaniem Odwołującego – jest zapis w ust. 4 i 5 § 15 wzoru umowy, mówiący o obowiązku Wykonawcy przekazania Inżynierowi przed rozpoczęciem odbioru końcowego oraz następnie Zamawiającemu przed odbiorem ostatecznym operatu kolaudacyjnego – skoro jego kompletność i prawidłowość jest przedmiotem badania na etapie odbioru końcowego, który warunkuje również pośrednio przejście do etapu odbioru ostatecznego, to niezrozumiałe w tym miejscu jest wprowadzanie obowiązku przedkładania Zamawiającemu tego samego operatu ponownie – do badania pod względem kompletności i prawidłowości znów na etapie odbioru ostatecznego. Odwołujący zwrócił uwagę, że operat kolaudacyjny zgodnie z brzmieniem § 15 ust. 5 pkt 2 lit. k wzoru umowy powinien zawierać m.in. protokół odbioru końcowego robót, co już na etapie zgłoszenia gotowości do odbioru

końcowego powoduje, że złożony Inżynierowi operat musi być niekompletny (i niemożliwym na tym etapie jest jego uzupełnienie).

Odwołujący podniósł, że stosownie bowiem do art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy Pzp nie zawierają odmiennej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 - 658 Kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 Kc. Z art. 647 Kc wynika, że ustawowym obowiązkiem każdego inwestora jest odebranie od wykonawcy obiektu wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Poza dokonaniem wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w tym przekazaniem terenu budowy, dostarczeniem projektu oraz zapłatą umówionego wynagrodzenia, odbiór wykonanych robót budowlanych jest podstawowym obowiązkiem inwestora. Odbiory robót unormowane są także w art. 654 Kc, a nadto – w zakresie w jakim związane jest to z wykonywaniem robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową – dotyczy ich przepis art. 656 § 1 Kc. Zakwestionowane przez Odwołującego brzmienie § 15 ust. 5 wzoru umowy dotyczy odbioru końcowego i ostatecznego, co świadczy o jego istotnej wadze dla całego tego zagadnienia, a jednocześnie o równie poważnym zagrożeniu dla słusznych interesów wykonawcy, gdyby postanowienie to zostało zachowane w obecnym brzmieniu i nie zostało zmienione.

Zdaniem Odwołującego, w przypadku występowania w wykonanych robotach wad usuwalnych, a zatem wad niemających istotnego charakteru, Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru tych robót, zaś w już w protokole odbioru końcowego Strony powinny wskazać na czym wady polegają i sposób ich usunięcia w odpowiednim terminie. Wady usuwalne z samej definicji nie powodują bowiem niezdatności przedmiotu odbioru do użytku i nie świadczą o tym, że wykonawca nie wykonał powierzonych mu robót. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót. Biorąc pod uwagę natomiast treść cytowanego ustępu 4 i 5 w § 15 wzoru umowy, takie wady (istotne) nie mogą ujawnić się na etapie odbioru ostatecznego, skoro procedura odbioru ostatecznego może rozpocząć się nie wcześniej, niż po uzyskaniu przez Wykonawcę pozwolenia na użytkowanie – co tym samym potwierdza, że jeśli nawet przedmiot umowy dotknięty byłby jakimikolwiek wadami, to mają

one taki charakter, że nie przeszkodziły w uzyskaniu administracyjnej decyzji pozwolenia na użytkowanie. Tym samym nie mogły być one istotne. Odwołujący zwrócił uwagę, że przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie organ (powiatowy inspektor nadzoru budowlanego lub wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego) przeprowadza obowiązkowa kontrole budowy w celu stwierdzenia prowadzenia jej zgodnie z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę. Zakres kontroli obowiązkowej określa art. 59a ust. 2 ustawy Prawo budowlane, gdyby na tym etapie ujawniła się wada istotna, organ nie wydałby takiego pozwolenia. Nie jest również możliwe w świetle zapisów wzoru umowy wydania pozwolenia warunkowego, skoro § 15 ust 4 wzoru umowy wskazuje, że o pozwolenie na użytkowanie Wykonawca w imieniu Zamawiającego może ubiegać się po zakończeniu wszystkich robót objętych przedmiotem umowy.

Tym samym nie może się ostać w obecnym brzmieniu brzmienie § 15 ust 5 wzoru umowy, który *de facto* powoduje, że:

1. po zakończeniu wszelkich robót objętych przedmiotem umowy,
2. po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie,
3. po dokonaniu sprawdzenia przez Inżyniera kompletności i poprawności dokumentacji w tym operatu kołaudacyjnego,
4. po podpisaniu przez Zamawiającego protokołu odbioru końcowego i tym samym
5. po końcowym rozliczeniu rzeczowo-finansowym robót

Zamawiający wstrzymuje płatność faktury końcowej do czasu podpisania protokołu odbioru ostatecznego, co może nigdy nie nastąpić. Przytoczone bowiem zapisy wzoru umowy ( § 15 ust. 5) wskazują, że odbiór ostateczny zostanie przeprowadzony komisyjnie w ciągu 30 dni od daty otrzymania decyzji pozwolenia na użytkowanie i dostarczenia Zamawiającemu 2 egzemplarzy operatu kołaudacyjnego w wersji papierowej (oryginał +kopia) oraz w wersji elektronicznej (skan w plikach PDF), tj. kompletnej dokumentacji powykonawczej poświadczonej przez Inżyniera protokołem sprawdzenia kompletności i prawidłowości operatu kołaudacyjnego. Jeżeli natomiast podczas odbioru ostatecznego Zamawiający stwierdzi Wady Przedmiotu umowy lub braki dokumentów w operacie kołaudacyjnym, czynności odbioru ostatecznego zostaną przerwane, zaś Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnienie brakujących dokumentów w operacie kołaudacyjnym.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający poprzez zapis w § 3 ust. 11 wzoru umowy zastrzegł, że końcowa płatność w wysokości 10% wartości umowy brutto zrealizowana zostanie dopiero po dokonaniu odbioru ostatecznego. Tym samym pomimo wykonania i rozliczenia odbiorem końcowym robót stanowiących przedmiot umowy Zamawiający

zastrzegł sobie prawo do powstrzymania się z zapłatą 10% wartości wynagrodzenia do czasu usunięcia wad stwierdzonych w trakcie odbioru ostatecznego, który może być dowolną ilością razy przerywany ze względu na jakiegokolwiek wady, w tym również nieistotne.

Odwołujący podkreślił, że na etapie odbioru ostatecznego nie mogą ujawnić się wady o charakterze istotnym, skoro organ państwowy wcześniej stwierdził wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z ustawą Prawo budowlane w zakresie pozwalającym na wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego. Stwierdzenie tym samym w trakcie odbioru ostatecznego wad nieistotnych nie oznacza, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, ale oznacza jedynie, że świadczenie to zostało spełnione nienależycie i na zabezpieczenie roszczeń z tytułu nieprawidłowego (nienależytego) wykonania zobowiązania przewidziane zostało § 6 wzoru umowy.

Możliwość powstrzymania się z zapłatą 10% wynagrodzenia do czasu usunięcia ewentualnych wad odbiorowych na etapie odbioru ostatecznego wskazuje, że ta część wynagrodzenia ma z jednej strony obligować wykonawcę do usunięcia wad odbiorowych, a z drugiej strony zabezpiecza zamawiającego na wypadek nieusunięcia wad odbiorowych przez wykonawcę, co stanowi tym samym klasyczne zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Przytoczone zapisy wzoru umowy wskazują, że po dokonaniu odbioru końcowego Zamawiający będzie dysponował łącznym zabezpieczeniem w wysokości 20% wartości wynagrodzenia brutto do czasu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze ostatecznym, który dodatkowo, niezależnie od rodzaju wady (nie wskazano bowiem w § 15 ust. 5 wzoru umowy, że chodzi o wady istotne) na tym etapie stwierdzonej może zostać przez Zamawiającego arbitralnie przerwany, co rodzi obawę i realne ryzyko, że do podpisania protokołu odbioru ostatecznego nie dojdzie nigdy lub dojdzie ze znacznym opóźnieniem. To zaś spowoduje również przesunięcie terminu rozpoczęcia okresu gwarancji i rękojmi. Tym samym Zamawiający arbitralnie decyduje o dokonaniu zatrzymania części wynagrodzenia i długości okresu pomiędzy podpisaniem protokołu odbioru końcowego i ostatecznego. Odwołujący nie twierdzi, że nie ma obowiązku usunięcia wad swoich robót, lecz podnosi, że na gruncie obowiązujących przepisów zobowiązanie takie realizuje się w reżimie odpowiedzialności gwarancyjnej, a nie poprzez przerywanie odbiorów i bezpodstawne wstrzymywanie płatności za wykonane de facto prawidłowo roboty, co jest praktyką niedopuszczalną.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy odbioru robót od Wykonawcy w przypadku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach, lecz tylko w razie wad istotnych. W pozostałym zakresie jest zobowiązany dokonać odbioru, z jednoczesnym wskazaniem wykrytych wad i ustaleniem terminu ich usunięcia. W przeciwnym przypadku zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654

i 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353<sup>1</sup> Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc). Po zgłoszeniu przez Wykonawcę gotowości do odbioru robót, Zamawiający ma obowiązek odbioru dokonać, zaś w razie ujawnienia w toku odbioru wad nadających się do usunięcia, strony umowy winny wady wyspecyfikować i poczynić ustalenia dotyczące sposobu i terminu ich usunięcia, jednak dopóki w robotach nie występują wady istotne, Zamawiający nie może odmówić dokonania odbioru i zapłaty wynagrodzenia. Prawo Zamawiającego do domagania się usunięcia wad robót (zwłaszcza nieistotnych) realizowane jest na gruncie przepisów o odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości. Przyznanie zatem Zamawiającemu w § 15 ust. 5 Wzoru umowy uprawnienia do przerwania odbioru ostatecznego w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad, w tym nieistotnych jest sprzeczne z ustawą oraz naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 15 ust. 4 i 5 pkt 1 Załącznika G do SIWZ przez nadanie mu brzmienia:

- a) § 15 ust. 4 wzoru umowy: „Odbioru końcowego, w celu końcowego rozliczenia rzeczowo-finansowego zamówienia, dokonuje Inżynier z udziałem Inspektorów nadzoru, po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy na podstawie oświadczenia kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane, w terminie nie później niż 30 dni od daty zgłoszenia przez Wykonawcę zakończenia robót, pod warunkiem że Wykonawca dostarczy Inżynierowi kompletną dokumentację powykonawczą wraz z operatem kolaudacyjnym oraz dokumenty, których dołączenia do wniosku o użytkowanie/zgłoszenia o zakończeniu robót wymaga art. 57 ustawy Prawo Budowlane celem sprawdzenia i akceptacji. Dokonanie odbioru końcowego następuje, po sprawdzeniu przez Inżyniera kompletności i prawidłowości operatu kolaudacyjnego (poświadczonego przez Inżyniera oddzielnym protokołem) na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę "Wykazu robót wykonanych" potwierdzonego przez Inżyniera i Inspektorów nadzoru. Wykaz ten sporządzony winien być na podstawie rzeczowego wykonania robót wycenionego według cen z oferty Wykonawcy. Zakończenie odbioru końcowego zostanie potwierdzone protokołem odbioru końcowego, podlegającym podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron. Jeśli w trakcie odbioru końcowego stwierdzone zostaną Wady robót a wady te nadają się do usunięcia, Zamawiający dokona odbioru końcowego od Wykonawcy, a w protokole odbioru końcowego Strony wskażą roboty dotknięte wadami oraz ustalą sposób i odpowiedni termin na ich usunięcie. Po dokonaniu odbioru końcowego i sprawdzeniu przez Inżyniera operatu kolaudacyjnego Wykonawca sporządza i składa wniosek o pozwolenie

na użytkowanie na podstawie udzielonego przez Zamawiającego pełnomocnictwa."

- b) § 15 ust. 5 pkt 1: „Odbiór ostateczny Zamawiający rozpocznie w ciągu 30 dni od daty otrzymania decyzji pozwolenia na użytkowanie i dostarczenia Zamawiającemu 2 egzemplarzy operatu kolaudacyjnego w wersji papierowej (oryginał + kopia) oraz w wersji elektronicznej (skan w plikach PDF) tj. kompletnej dokumentacji powykonawczej poświadczonej przez Inżyniera protokołem sprawdzenia kompletności i prawidłowości operatu kolaudacyjnego. Jeżeli podczas odbioru ostatecznego Zamawiający stwierdzi Wady Przedmiotu umowy lub braki dokumentów w operacie kolaudacyjnym a wady te nadają się do usunięcia, Zamawiający dokona odbioru ostatecznego od Wykonawcy, a w protokole odbioru ostatecznego Strony wskażą roboty dotknięte wadami oraz ustalą sposób i odpowiedni termin na ich usunięcie."

W odniesieniu do postanowienia § 11 ust. 4 pkt d wzoru umowy Odwołujący wskazał, że wprowadza ono wymóg, aby umowa o podwykonawstwo robót budowlanych zawierana przez wykonawcę z podwykonawcą nie zawierała postanowień o *potrącaniu kwot z wynagrodzenia podwykonawcy*, pod rygorem zgłoszenia przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu. Zdaniem Odwołującego jest niedopuszczalna i pozbawiona podstaw prawnych ingerencja w zasadę swobody zawierania umów przez wykonawcę z osobami trzecimi, nieograniczoną w tym zakresie przepisem prawa, narusza dobre obyczaje kupieckie i zasadę uczciwości kupieckiej, a także stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania treści SIWZ.

Odwołujący podniósł, że potrącenie należności jest zgodną z podstawowymi regułami prawa cywilnego (art. 498 § 1 Kc), powszechną formą rozliczania wzajemnych zobowiązań, ze spełnienia świadczenia. Wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron stosunku prawnego może nastąpić poprzez przedstawienie drugiej stronie świadczenia tego samego rodzaju do potrącenia. Wymóg zawarty w § 11 ust. 4 pkt d wzoru umowy należy zatem oceniać wręcz w aspekcie utrudniania wykonawcy sposobu realizacji zamówienia. Żaden umocowany w obowiązującym prawie interes publiczny nie uzasadnia pozbawienia wykonawcy prawa do stosowania bezgotówkowej formy rozliczeń (potrąceń, kompensat) w jego relacjach z kontrahentami. Zamawiający nie jest przecież stroną tych relacji. Trudno dopatrzeć się prawnie chronionych interesów Zamawiającego, których realizacji miałyby służyć pozbawienie Wykonawcy prawa do stosowania kompensat należności w granicach umów zawartych z jego kontrahentami.

Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 505 pkt 4 Kc nie mogą być umorzone przez potrącenie: wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy



szczególne. Przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążący. Brak przepisu szczególnego, na podstawie którego zamawiający mógłby zakazać wykonawcy zamówienia publicznego dokonywania rozliczeń bezgotówkowych (jest nim potrącenie należności) w relacji umownej, jaką wykonawca nawiązuje z podwykonawcą. Podstawą taką nie jest w szczególności art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp, ponieważ – w braku przepisu szczególnego, o którym mowa w art. 505 pkt 4 Kc znajdującego zastosowanie w zakresie prawa zamówień publicznych – nie uprawnia on Zamawiającego do postawienia wykonawcy zamówienia wymagań godzących w zasadę swobody umów. Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp nie może prowadzić do wyłączenia lub ograniczenia zasady swobody umów w zakresie, w jakim nie ma wyraźnego przepisu ustawy, który zakazywałby umówienia się przez wykonawcę i podwykonawcę, o stosowanie bezgotówkowej formy rozliczeń wzajemnych w drodze potrąceń lub kompensat umownych. Uzasadniony jest więc – zdaniem Odwołującego – zarzut nadużycia prawa podmiotowego do określenia wymagań co do treści umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane.

W aspekcie zasadności prawa wykonawcy do umówienia się z podwykonawcą o bezgotówkową formę rozliczeń, Odwołujący podkreślił, że zgodnie bowiem z art. 375 § 1 Kc, dłużnik solidarny może się bronić zarzutami, które przysługują mu osobiście wobec wierzyciela, jak również tymi, które ze względu na sposób powstania lub treść zobowiązania są wspólne wszystkim dłużnikom. Należy do nich zaliczyć m.in. umorzenie zobowiązania na skutek spełnienia świadczenia ze skutkiem zaspokojenia wierzyciela i na skutek potrącenia. Co do tego ostatniego, to istota odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawcy wyklucza nie tylko odwołanie się do dokonania zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, ale i zarzutu potrącenia dokonanego w relacji inwestor – wykonawca. Za dopuszczalny uznać należy zarzut umorzenia zobowiązania w następstwie potrącenia w relacji wykonawca-podwykonawca lub inwestor-podwykonawca. W istocie zatem posiadanie przez Wykonawcę prawa do potrącenia należności przysługujących mu względem podwykonawcy, jest korzystne dla samego Zamawiającego, który może korzystać z szerszego katalogu zarzutów. Zgłoszenie przez Zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo robót budowlanych podyktowane niespełnieniem przez wykonawcę bezpodstawnych i nieważnych (art. 58 § 3 Kc) oczekiwań Zamawiającego co do treści takiej umowy, będzie zdaniem Odwołującego stanowiło przykład nienależytego współdziałania Zamawiającego w wykonywaniu zawartej umowy (art. 354 § 2 Kc) na etapie jej realizacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany § 11 ust. 4 pkt d Załącznika G do SIWZ przez nadanie mu brzmienia: „projekt umowy zawiera zapisy o zatrzymaniu kwot z wynagrodzenia podwykonawcy”.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się ogólnie do zarzutów podniesionych w odwołaniu w pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ, w tym postanowień przyszłej umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców wyłącznie przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W niniejszej sprawie Izba nie stwierdziła, aby zaskarżone postanowienia SIWZ naruszały przepisy prawa.

W zakresie zarzutu dotyczącego postanowień umowy odnoszących się do odbioru robót Izba ustaliła, że w załączniku G do SIWZ Zamawiający przewidział m.in. następujące postanowienia przyszłej umowy:

§ 15 ust. 4: Odbioru końcowego, w celu końcowego rozliczenia rzeczowo-finansowego zamówienia, dokonuje Inżynier z udziałem Inspektorów nadzoru, po całkowitym zakończeniu wszystkich robót składających się na przedmiot umowy na podstawie oświadczenia kierownika budowy oraz innych czynności przewidzianych przepisami ustawy Prawo Budowlane, w terminie nie później niż 30 dni od daty zgłoszenia przez Wykonawcę zakończenia robót, pod warunkiem że Wykonawca dostarczy Inżynierowi kompletną dokumentację powykonawczą wraz z operatem kolaudacyjnym oraz dokumenty, których dołączenia do wniosku o użytkowanie/zgłoszenia o zakończeniu robót wymaga art. 57 ustawy Prawo Budowlane celem sprawdzenia i akceptacji. Dokonanie odbioru końcowego następuje, po sprawdzeniu przez Inżyniera kompletności i prawidłowości operatu kolaudacyjnego (poświadczonego przez Inżyniera oddzielnym protokołem) na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę "Wykazu robót wykonanych" potwierdzonego przez Inżyniera i Inspektorów nadzoru. Wykaz ten sporządzony winien być na podstawie

rzeczonego wykonania robót wycenionego według cen z oferty Wykonawcy. Zakończenie odbioru końcowego zostanie potwierdzone protokołem odbioru końcowego, podlegającym podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron. Po dokonaniu odbioru końcowego i sprawdzeniu przez Inżyniera operatu kolaudacyjnego Wykonawca sporządza i składa wniosek o pozwolenie na użytkowanie na podstawie udzielonego przez Zamawiającego pełnomocnictwa.

§ 15 ust. 5: Odbiór ostateczny jest przeprowadzany komisyjnie przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego przy udziale Inżyniera, inspektorów nadzoru Inżyniera i Wykonawcy – Kierownika budowy.

1) Odbiór ostateczny Zamawiający rozpocznie w ciągu 30 dni od daty otrzymania decyzji pozwolenia na użytkowanie i dostarczenia Zamawiającemu 2 egzemplarzy operatu kolaudacyjnego w wersji papierowej (oryginał +kopia) oraz w wersji elektronicznej (skan w plikach PDF) tj. kompletnej dokumentacji powykonawczej poświadczonej przez Inżyniera protokołem sprawdzenia kompletności i prawidłowości operatu kolaudacyjnego. Jeżeli podczas odbioru ostatecznego Zamawiający stwierdzi Wady Przedmiotu umowy lub braki dokumentów w operacie kolaudacyjnym, czynności 21 odbioru ostatecznego zostaną przerwane, zaś Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnienie brakujących dokumentów w operacie kolaudacyjnym. Wykonawca niezwłocznie powiadomi Zamawiającego o usunięciu Wad Przedmiotu umowy lub/i uzupełnieniu brakujących dokumentów w operacie kolaudacyjnym. Zamawiający przystąpi do ponownego odbioru ostatecznego w wyznaczonym przez siebie terminie po usunięciu przez Wykonawcę Wad Przedmiotu umowy lub uzupełnieniu dokumentów w operacie kolaudacyjnym. Zakończenie odbioru ostatecznego zostanie potwierdzone protokołem odbioru ostatecznego, podlegającym podpisaniu przez upoważnionych przedstawicieli Stron.

Formułując przedmiotowy zarzut Odwołujący naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- art. 647 Kc, który stanowi, 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 szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia;
- art. 654 Kc, zgodnie z którym w braku odmiennego postanowienia umowy inwestor obowiązany jest na żądanie wykonawcy przyjmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia;

- art. 656 § 1 Kc, zgodnie z którym 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;
- art. 58 § 3 Kc, który stanowi, że jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana;
- art. 353<sup>1</sup> Kc, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu w pierwszej kolejności należy wskazać, że trudno powiązać podstawy faktyczne zarzutu z możliwością naruszenia przepisów, które określają: definicję robót budowlanych (art. 647 Kc), dokonywanie odbiorów częściowych (art. 654 Kc mający zastosowanie w braku odmiennej umowy stron), zakres nieważności czynności prawnej (art. 58 § 3 Kc). W odniesieniu do przepisu odsyłającego do przepisów o umowie o dzieło (art. 656 § 1 Kc), Odwołujący nie określił, którego z tych przepisów Zamawiający nie zastosował określając sporne postanowienia umowy, a trudno stwierdzić, jakie naruszenie Odwołujący miał na myśli, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że zakres faktyczny zarzutu dotyczy zasad odbioru robót budowlanych.

Odnosząc się do kwestii naruszenia art. 353<sup>1</sup> Kc, należy zauważyć, że do stwierdzenia takiego naruszenia konieczne jest wykazanie, że postanowienia umowy są sprzeczne z ustawą lub właściwością stosunku lub zasadami współżycia społecznego. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do stwierdzenia, że sporne postanowienia przyszłej umowy są sprzeczne z przepisami ustawowymi. Odwołujący nie wykazał również, na czym polega sprzeczność tych postanowień z właściwością stosunku, rozumianą jako istota przyszłego zobowiązania stron i jego swoiste cechy, a w ocenie Izby określone przez Zamawiającego zasady odbioru robót w żadnej mierze natury tego stosunku zobowiązaniowego nie zmieniają. Nie wiadomo także, jakie zasady współżycia społecznego miałyby zostać naruszone. Nie jest uzasadnione powoływanie się na art. 353<sup>1</sup> Kc w celu doprowadzenia do nadania SIWZ brzmienia korzystniejszego dla wykonawcy, nie jest bowiem tak, że postanowienia umowy przez sam fakt, że z różnych względów nie satysfakcjonują wykonawców, są sprzeczne z naturą stosunku lub zasadami współżycia społecznego. Należy również mieć na uwadze specyfikę umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, w przypadku których Zamawiający wyposażony został w większą możliwość określania

zasad realizacji umowy. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa przyznaje więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów, w tym o naruszeniu zasad współżycia społecznego.

W ocenie Izby nie można dopatrzeć się naruszenia przez Zamawiającego przepisów (w tym tych wskazanych przez Odwołującego) w fakcie, że Zamawiający zastrzegł sobie możliwość odstąpienia od odbioru ostatecznego w przypadku, gdy stwierdzi wady przedmiotu umowy lub braki dokumentów w operacie kolaudacyjnym. Po pierwsze stwierdzić należy, że dokonanie odbioru końcowego nie przesądza, że przy odbiorze ostatecznym nie zostaną stwierdzone wady. Gdyby przyjęć odmienne założenie, należałoby stwierdzić, że odbiór ostateczny byłby zbędny, Odwołujący natomiast nie kwestionował konieczności przeprowadzenia takiego odbioru. Dostrzeżenia wymaga również, że odbiór końcowy, zgodnie § 15 ust. 4 wzoru umowy, ma być przeprowadzony przez Inżyniera z udziałem Inspektorów nadzoru, a dopiero odbiór ostateczny – przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego przy udziale Inżyniera, inspektorów nadzoru Inżyniera i Wykonawcy (§ 15 ust. 5 wzoru umowy).

Możliwość stwierdzenia wad podczas odbioru ostatecznego nie przeczy fakt, że w czasie dokonywania tego odbioru obiekt będzie już miał pozwolenie na użytkowanie. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że obiekt budowlany spełnia wymogi niezbędne do wydania pozwolenia na użytkowanie, a jednocześnie nie spełnia wszystkich wymogów wynikających z zawartej umowy. Zakres kontroli przeprowadzanej przez organy nadzoru budowlanego w celu wydania pozwolenia na użytkowanie jest bowiem węższy niż zakres badania, czy obiekt budowlany został wykonany zgodnie z wszystkimi obowiązkami wynikającymi z umowy. Zgodnie z ustawą Prawo budowlane właściwy organ wydaje decyzję w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego po przeprowadzeniu obowiązkowej kontroli (art. 59 ust. 1), która prowadzona jest w celu stwierdzenia prowadzenia budowy zgodnie z ustaleniami i warunkami określonymi w pozwoleniu na budowę (art. 59a ust. 1). Wydanie pozwolenia na użytkowanie nie jest więc tożsame

z ustaleniem, że wszystkie obowiązki wykonawcy wynikające z umowy zostały wykonane i że obiekt nie ma wad, w tym wad istotnych z punktu widzenia zawartej umowy.

Po drugie, o wadliwości zakwestionowanych postanowień umowy nie może przesądzać podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że operat kolaudacyjny przy obu odbiorach będzie identyczny, ma być on bowiem kompletny już przy odbiorze końcowym. W ocenie Izby nie można w praktyce wykluczyć sytuacji, że braki w operacie kolaudacyjnym zostaną stwierdzone przy odbiorze ostatecznym, a zabezpieczenie się Zamawiającego przed taką sytuacją, czy też zagwarantowanie sobie prawa do ponownej weryfikacji dokumentacji, nie może być uznane za naruszające przepisy prawa.

Z powyższych powodów podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczące zasad przeprowadzenia odbioru ostatecznego nie zasługują na uwzględnienie. Niezależnie od powyższego zwrócić należy uwagę na tym bardziej wadliwe sformułowanie żądania zmiany § 15 ust. 5 wzoru umowy. Odwołujący domagał się bowiem wprowadzenia obowiązku dokonania odbioru w przypadku wystąpienia wad nadających się do usunięcia. Odnosząc się do tak sformułowanego żądania podkreślić należy, że Odwołujący bezpodstawnie utożsamia wady usuwalne z wadami nieistotnymi. W praktyce często wady istotne są wadami usuwalnymi, a wniosek, że usuwalność określonej wady jest okolicznością, która zobowiązuje do dokonania odbioru robót, jest nieuprawniony. Izba nie znajduje uzasadnienia aby zobowiązywać Zamawiającego do odbioru robót budowlanych w każdym przypadku, gdy wady są usuwalne, również wtedy, gdy są wadami istotnymi. Te same argumenty należy podnieść w odniesieniu do wnioskowanych zmian w § 15 ust. 4 wzoru umowy (na marginesie zauważyć należy, że żądanie to nie koresponduje z przedstawionymi w odwołaniu zarzutami, które wprost odnoszą się do zasad dokonywania odbioru ostatecznego).

Odnosząc się do przedłożonych przez Zamawiającego dowodów z dokumentów (umowa nr 3/RB/2012 wraz z aneksami, protokół nr 2/2013 odbioru ostatecznego robót oraz wniosek inwestora o wydanie pozwolenia na użytkowanie wraz z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, pismo z PARP z 25 czerwca 2014 r.), złożonych na okoliczność, że pomiędzy odbiorem końcowym a ostatecznym robót mogą wystąpić braki w operacie kolaudacyjnym, Izba uznała te dokumenty za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Dokumenty te odnoszą się bowiem do realizacji innej umowy, a Zamawiający nie wykazał tożsamości postanowień tej umowy z wzorem umowy ocenianym w niniejszym postępowaniu, w zakresie w jakim określają zasady odbioru końcowego i ostatecznego i wpływają na możliwość ujawnienia się braków w operacie kolaudacyjnym. Niezależnie jednak od tego, Izba oceniła tę kwestię zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, z powodów wskazanej we wcześniejszej części uzasadnienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego klauzuli potrącenia w umowie podwykonawczej Izba ustaliła, że zgodnie z § 11 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający złoży w formie pisemnej zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub do projektu jej zmiany, m.in. w sytuacji gdy: pkt d) projekt umowy zawiera zapisy o zatrzymywaniu lub potrącaniu kwot z wynagrodzenia podwykonawcy.

Odwołujący zarzucił, że ww. postanowienie narusza przepisy: art. 36 ust. 2 pkt 11a ustawy Pzp, art. 505 pkt 4 Kc i art. 5 Kc w związku z art. 353<sup>1</sup> Kc i art. 58 § 3 Kc, z czym w ocenie Izby nie sposób się zgodzić.

Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp stanowi, że *w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera w przypadku zamówień na roboty budowlane wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania.* Celem wprowadzenia ww. przepisu była konieczność zapewniania ochrony rozliczeń z podwykonawcami. Kierując się tym założeniem, ustawodawca przesądził, że publiczny zamawiający może wymagać od wykonawców, aby nie zawierali oni określonych postanowień w umowach podwykonawczych, pod rygorem zgłoszenia zastrzeżeń czy sprzeciwu. Wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia § 11 ust. 4 lit. d mieści się w zakresie kompetencji przyznanej zamawiającym przez art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp.

Odwołujący nie wykazał, aby działanie zamawiającego polegające na wskazaniu ww. postanowień świadczyło o nadużyciu przysługującego zamawiającemu uprawnienia w rozumieniu art. 5 Kc. Przepis ten stanowi, że *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.* Jak wcześniej wyjaśniono, celem wprowadzenia uprawnienia była ochrona podwykonawców, a w szczególności ich prawa do wynagrodzenia. W ocenie Izby Zamawiający skorzystał ze swego prawa zgodnie z jego przeznaczeniem, gdyż kwestionowana klauzula służyć ma właśnie ochronie rozliczeń z podwykonawcami. Nie wiadomo natomiast, w jaki sposób skorzystanie przez Zamawiającego z tego uprawnienia miałoby godzić w zasady współżycia społecznego, zwłaszcza że Odwołujący zaniechał wskazania, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego stoją temu na przeszkodzie.

Odwołujący nie sprostował również ciężarowi udowodnienia naruszenia art. 353<sup>1</sup> Kc. Podtrzymując wyżej prezentowane stanowisko dotyczące powyższego przepisu wskazać

dodatkowo należy, że rezygnacja z potrącenia nie spowoduje żadną miarą, że zmieni się natura (właściwość) stosunku umowy podwykonawczej w robotach budowlanych. O właściwości tego stosunku nie decyduje bowiem prawo potrącenia. Postanowienia takie nie są także sprzeczne z ustawą. Nie wiadomo też, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego miałyby zostać naruszone.

Postanowienie § 11 ust. 4 lit. d wzoru umowy nie narusza przepisu art. 498 § 1 KC. Przepis ten stanowi, że *Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym. W świetle zasady swobody kontraktowania dozwolone jest wyłączenie możliwości potrącenia. Zatem przepis art. 498 § 1 KC nie ma charakteru iuris cogentis i wyłączenie możliwości potrąceń z wynagrodzenia należnego podwykonawcy nie godzi zatem w ten przepis. Jednocześnie niezrozumiałe jest, w jaki sposób wyłączenie potrącenia w umowach podwykonawczych miałyby naruszać przepis art. 505 pkt 4 Kc, który stanowi, że nie mogą być umorzone przez potrącenie wierzytelności, co do których potrącenie jest wyłączone przez przepisy szczególne. Z przepisu tego w żaden sposób nie wynika zakaz umownego wyłączenia potrącenia.*

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....