

Sygn. akt: KIO/UZP/ 233/09

WYROK
z dnia 12 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek
Członkowie: Jolanta Markowska
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/~~w dniach~~ 10 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „HOCHTIEF Polska” Sp. z o.o., 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Akademia Medyczna w Gdańsku, 80-210 Gdańsk, ul. M.Skłodowskiej-Curie 3A protestu/~~protestów~~* z dnia 6 lutego 2009 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża „HOCHTIEF Polska” Sp. z o.o., 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez „HOCHTIEF Polska” Sp. z o.o.,
01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „HOCHTIEF Polska” Sp. z o.o., **01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14.**

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę obiektu Centrum Medycyny Inwazyjnej (CMI) Akademii Medycznej w Gdańsku* (numer referencyjny AMG/CMI/BIII/1/2009). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 24 stycznia 2009r. 2009/S 16-022415.

Wobec treści załącznika nr 4 do siwz – wzoru umowy, protest do zamawiającego wniósł w dniu 6 lutego 2009 roku wykonawca HOCHTIEF Polska Sp. z o.o., rozstrzygnięty przez zamawiającego w dniu 16 lutego 2009 roku (data zamieszczenia informacji na stronie internetowej, doręczonej wykonawcy w dniu 18 lutego 2009 roku). W dniu 26 lutego 2009 roku od rozstrzygnięcia protestu wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przekazując jego treść zamawiającemu 25 lutego 2009 roku.

W odwołaniu, wykonawca zarzucił zamawiającemu, w związku z rozstrzygnięciem protestu, naruszenie art. 7 ust. 1, art. 179 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, pozostające w związku z naruszeniami przepisów art. 57 Prawa Budowlanego oraz art. 32 i art. 33 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego i art. 5 oraz art. 647 Kodeksu cywilnego. Wniósł o nakazanie unieważnienia treści załącznika nr 4 wzór umowy, ewentualnie nakazanie powtórzenia czynności sporządzenia załącznika nr 4 do siwz z

uwzględnieniem zarzutów wskazanych w odwołaniu oraz przedłużenia terminu składania ofert na podstawie art. 12 a ust. 2 ustawy pzp.

W odwołaniu wykonawca uzupełnił swoje żądania względem zapisów załącznika Nr 4 do siwz, mając na uwadze sposobu rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego. W odniesieniu do poszczególnych postanowień wzoru umowy, odwołujący podniósł co następuje.

- 1) Wykreślenie dotychczasowej, jak i poprawionej w rozstrzygnięciu protestu, treści § 1 ust. 3, jako niezgodnego z przepisami Prawa budowlanego (art. 57 i 59 ust. 7) i niedopuszczalnego z mocy art. 387 § 1 k.c. Nałożenie na wykonawcę obowiązku uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie nie może być wiążące, gdyż stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego jest wyłącznie inwestor, a tym samym wykonawca nie może być stroną w w/w postępowaniu. Skutki uzyskania decyzji nie mogłyby obciążać wykonawcy, lecz wyłącznie inwestora, bądź ustanowionego przez niego pełnomocnika. W związku z tym, wprowadzona w rozstrzygnięciu protestu zmiana zapisu w nowym brzmieniu, wskazującym na udzielenie pełnomocnictwa wskazanej przez wykonawcę osobie fizycznej, w zakresie uzyskania przez wykonawcę decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, nie może uzasadniać nałożenia takiego obowiązku na wykonawcę. Skutki uzyskania, bądź nie uzyskania decyzji nie mogłyby obciążać przedstawiciela wykonawcy, lecz wyłącznie inwestora, bądź jego pełnomocnika jako osoby fizycznej.
- 2) Zmianę § 4 ust. 3, przez wykreślenie słów: „należy przez to rozumieć dzień podpisania Protokołu Odbioru” i dodanie słów „należy przez to rozumieć dzień zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru, o ile odbiór został dokonany”. Zamawiający błędnie odmówił uznania zarzutów podniesionych w proteście, znajdujących potwierdzenie w przytoczonej treści uzasadnienia wyroku SN z 11 stycznia 2001 r. (IV CKN 150/00 – OSNC 2001/10/153), z której wynikać ma, że w przypadku gdy w trakcie odbioru zostanie stwierdzone, że obiekt nie został wykonany zgodnie z umową, to dopiero ponowne zgłoszenie przez wykonawcę gotowości do odbioru i potwierdzenie w odbiorze jego wykonania skutkuje wykonaniem zobowiązania w dacie ponownego zgłoszenia. W przypadku potwierdzenia w akcie odbioru, że zgłoszony przez wykonawcę obiekt został zrealizowany zgodnie z umową, za datę wypełnienia przez wykonawcę swego zobowiązania należy uznać dzień zgłoszenia tego obiektu do odbioru.
- 3) Wykreślenie całej treści § 6 ust. 13. Zamawiający oddalił zarzut, chociaż oprotestowany zapis stanowi naruszenie przepisów o zakazie zmian stron umowy o zamówieniu publicznym. W wyniku przelewu wierzytelności w miejsce wykonawcy wchodziłby podwykonawca, który nie jest stroną w umowie zawieranej przez

zamawiającego z wykonawcą. Nieważność takiej czynności stwierdził jednoznacznie SN w wyroku z 13.01.2004 r. sygn. akt V CKN 97/03, w słowach "zmiana podmiotowa umowy zawartej w następstwie przetargu umożliwiająca przejęcie zamówienia publicznego przez podmiot nieuprawniony, jest nieważną czynnością prawną".

- 4) Wykreślenie całej treści § 9 ust. 4, 5, 6 i 7. Wymaganie dokumentów określających aktualną sytuację finansową już po zawarciu umowy nie jest dopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Stworzenie możliwości ciągłego żądania przez zamawiającego dokumentów określonych w § 9 ust. 4 wzoru umowy, stanowi jedynie uciążliwość dla wykonawcy. Żadne przedmiotowe dokumenty i tak nie wyeliminują ryzyka wstrzymania wykonania umowy. Zdaniem odwołującego, celem zawieranej umowy jest wykonanie przedmiotowej inwestycji, a nie zbieranie przez zamawiającego dokumentów umożliwiających dowolną ich interpretację i ewentualne odstąpienie od umowy.
- 5) Skreślenie w § 12 ust. 5 słowa „bezusterkowym”. Oddalenie protestu w tym zakresie jest nieuzasadnione na co wskazuje powołany wyrok SN z 22.06.2007 r. sygn. akt V CSK 99/07, w którym wyraźnie stwierdza, że „Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek”. Tym czasem zamawiający uzależnił wypłatę 10 % wartości umowy od bezusterkowego odbioru przedmiotu umowy. „Orzecznictwo SN przyjmuje, że inwestor ma obowiązek odbioru obiektu niezależnie od stwierdzonych wad. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, odstąpienie od umowy, a co za tym idzie na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty”.
- 6) Zmiana treści ustępu 2 § 13 na „Datą zapłaty jest dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy”. Zmiana zapisu znajduje uzasadnienie w Dyrektywie 2000/35/EC dotyczącej przeciwdziałaniu opóźnieniom w płatnościach w transakcjach handlowych, implementowanej w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323).
- 7) Wykreślenie w § 16 ust. 2 słów: „Warunkowego dla celów fakturowania” i wpisanie „końcowego Przedmiotu Umowy” oraz skreślenie dotychczasowej treści ustępu 3. Analogicznie, jak w przypadku zapisów § 12 ust. 5, skoro w trakcie odbioru zostaną stwierdzone wady nieistotne to zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru i wyznaczyć termin do ich usunięcia bądź obniżenia wynagrodzenia.
- 8) Skreślenie dotychczasowej treści punktu b w § 23 ust. 1. Przyjęcie, jako podstawy do naliczania kar umownych dat rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych elementów robót, obejmujących 200 pozycji jest sprzeczne z art. 5 kodeksu cywilnego. Rodziłoby to nieustanne konflikty pomiędzy stronami umowy co do zasadności ustalenia kar

umownych, skoro nie przewidziano żadnych procedur do uznawania robót za rozpoczęte bądź zakończone.

- 9) Doprecyzowanie na jaką wartość ma opiewać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w § 28 ust. 1. Powołany paragraf określa jedynie „sumę gwarancyjną” ubezpieczenia od „wszystkich ryzyk”. Natomiast brak jest określenia na jaką kwotę ma opiewać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. Ponieważ zamawiający odnosi sumę ubezpieczenia do wysokości wynagrodzenia, kwota ta nie jest możliwa do określenia na dzień wnoszenia protestu. Pozostaje to również w sprzeczności z określeniem wymogu sumy gwarancyjnej dla polisy „od wszystkich ryzyk”, gdzie podano: „na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż wartość wynagrodzenia określonego w § 1 ust. 1 umowy”. Gdyby zamawiający żądał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w wysokości nie mniejszej niż wartość wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 umowy, to oznaczałoby to konieczność ubezpieczenia na kwotę c.a. 300 mln złotych, co w umowie o roboty budowlane byłoby nadmiernym żądaniem i byłoby sprzeczne z art. 5 kodeksu cywilnego.
- 10) Zamieszczenie nowego zapisu w § 17 ust. 4: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za ujawnione wady, które wynikną na skutek niewłaściwego wykonania robót przez poprzedniego Wykonawcę części obiektu”. Postulowany zapis będzie pomocny, zarówno w zakresie odpowiedzialności dłużnika, jak i w zakresie roszczeń z gwarancji bądź rękojmi.

Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia protestu w zakresie podtrzymanych zarzutów uznał co następuje:

- 1) Zarzut dotyczący § 1 ust. 3 wynika z błędnego jego rozumienia przez wykonawcę, gdyż uzyskanie pozwolenia na użytkowanie będzie dokonywane oczywiście w imieniu inwestora w ramach umówionego wynagrodzenia. W celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości odnośnie możliwości reprezentowania zamawiającego przez wykonawcę w postępowaniu administracyjnym, zamawiający uwzględnił protest przez zmianę postanowienia na następujące brzmienie: „Przedmiot umowy opisany w ust. 1 lit a powyżej obejmuje również uzyskanie przez wykonawcę decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Zamawiający udzieli w tym zakresie pełnomocnictwa wskazanej przez wykonawcę osobie fizycznej”.
- 2) W ocenie zamawiającego żądanie zgłoszone względem zapisu § 4 ust. 3 o gotowości do odbioru robót niewykonanych albo wykonanych nienależycie spowoduje, iż wykonawca wskutek podniesionych zastrzeżeń zamawiającego nie skończy wykonywania przedmiotu umowy. Dlatego rozstrzygający pozostaje dzień

sporządzenia protokołu. Nie wyłącza to uprawnień wykonawcy w wypadku zwłoki zamawiającego.

- 3) W ocenie zamawiającego postanowienie wprowadzone w § 6 ust. 13 nie prowadzi do zmiany podmiotowej umowy, a jedynie do przelewu wierzytelności z takiej umowy. Do zmiany dłużnika nie dochodzi. Jako, że zamawiający ponosi odpowiedzialność za zobowiązania wykonawcy względem jego podwykonawców, to słusznym jest aby mógł nabyć od wykonawcy wierzytelność do podwykonawców o wykonanie zawartych umów.
- 4) Wzór umowy w § 9 określa te dokumenty, których zamawiający może wymagać w celu określenia aktualnej sytuacji finansowej już po zawarciu umowy. W przeważającej mierze są to te same dokumenty, co określone dla spełniania warunków udziału w postępowaniu, dostępne publicznie, a zatem ich dostarczenie nie powinno stwarzać żadnych dolegliwości. Zamawiający dąży do zminimalizowania ryzyka wstrzymania wykonania umowy na skutek znacznego pogorszenia się sytuacji finansowej wykonawcy już po wyborze oferty najkorzystniejszej, ale w trakcie realizacji umowy. Ograniczenie swobody ukształtowania treści umowy w sprawie zamówienia publicznego znajduje wyraz w ograniczeniu dopuszczalności zmiany umowy do okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie, a także kształtowania okresu trwania umowy. A zatem w pozostałym dowolność nie została wyłączona.
- 5) W ocenie zamawiającego z treści postanowienia § 12 ust. 5 wzoru umowy nie wynika, iż zamawiający uzależnia zapłatę wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad, gdyż 90 % wynagrodzenia płatne jest na podstawie oceny stopnia zaawansowania robót dla celów fakturowania stwierdzonej Protokołem Zaawansowania Robót, a pozostałe 10 % po bezusterkowym odbiorze końcowym.
- 6) Zgodnie z treścią przepisu art. 454 § 1 k.c., jeżeli miejsce spełnienia świadczenia nie jest oznaczone ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie winno być spełnione w miejscu, gdzie w chwili powstania zobowiązania dłużnik miał zamieszkanie lub siedzibę (...). Przepis ten ma charakter przepisu względnie obowiązującego - spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony stosunku zobowiązaniowego postanowiły inaczej.
- 7) Celem postanowienia § 16 ust. 2 jest w istocie możliwość wypłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy po podpisaniu Protokołu Odbioru Końcowego dla celów fakturowania w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych. Rozróżnienie wad na istotne i nieistotne, a co za tym idzie podpisanie Protokołu Odbioru Warunkowego dla celów fakturowania (w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych) bądź odmowa podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy jest zgodna z

twierdzeniem wykonawcy. Wskazywane orzeczenie SN w istocie zakazuje uzależniania wypłaty wynagrodzenia „od braku jakichkolwiek usterek”.

- 8) Wykonawca pomimo braku odbiorów częściowych powinien realizować inwestycję zgodnie z harmonogramem. Istnieje możliwość określenia zakresu prac przypadających do wykonania w określonym terminie na podstawie harmonogramu rzeczowo – finansowego. Zamawiający nie posiada innych instrumentów weryfikacji terminowej realizacji robót. Skreślenie lit b w § 23 ust. 1, uniemożliwiłoby zamawiającemu dyscyplinowanie wykonawcy do wykonania umowy w zgodzie z harmonogramem. Niezależnie od powyższego zdanie drugie kwestionowanego postanowienia gwarantuje wykonawcy zwrot kar umownych w przypadku dochowania terminu końcowego.
- 9) Suma ubezpieczenia, na jaką winna być zawarta umowa ubezpieczenia, wymagana w § 28 ust. 1, powinna odpowiadać wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a zatem nie jest możliwa do określenia na dzień wniesienia protestu.
- 10) Zgodnie z art. 471 kc wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za poprzedniego wykonawcę, a zatem wprowadzenie dodatkowego postanowienia w § 17 jest zbędne.

Skład orzekający nie stwierdził podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu i rozpatrzył odwołanie na rozprawie.

Na podstawie przedłożonej na rozprawie dokumentacji oraz złożonych przez strony wyjaśnień, ustalono i zważono co następuje.

Na wstępie Izba wskazuje, iż zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 179 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikają z kwestionowanych przez odwołującego zapisów wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do siwz. Mając na uwadze czynność, wobec której wykonawca wnosił środki ochrony prawnej, tj. sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzoru umowy, zarzuty naruszenia art. 179 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, są bezzasadne. Przede wszystkim odwołujący nie wykazał w jaki sposób zamawiający miał doprowadzić do naruszenia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który dotyczy środków ochrony prawnej. Kwestionowane zapisy wzoru umowy w żadnym zakresie nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Podobnie, nie uzasadnione jest stawianie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, który dotyczy przesłanek unieważnienia postępowania. Odwołujący nie żądał unieważnienia postępowania, jak również nie zarzucał zaniechania dokonania tej czynności przez zamawiającego. Samo odniesienie się do przesłanki wskazującej na podstawę unieważnienia postępowania, z uwagi na wadę postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie pozostaje w związku z żądaniami

formułowanymi w odwołaniu. Ewentualne stwierdzenie wady postępowania mogłoby stanowić podstawę do wniesienia protestu, a następnie odwołania, jeżeli wykonawca zarzucałby zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności unieważnienia postępowania. Żądania odwołującego sprowadzają się wyłącznie do nakazania zamawiającemu dokonania unieważnienia treści załącznika nr 4, ewentualnie dokonania ponownego jego sporządzenia, z uwzględnieniem podnoszonych zarzutów.

W związku z powyższym, Izba dokonała oceny zasadności podniesionych zarzutów względem kwestionowanych zapisów wzoru umowy, w kontekście naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Zasady te mają fundamentalne znaczenia przy udzielaniu zamówień publicznych. Mają na celu zapewnienie równego dostępu do zamówień wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Obowiązek ich przestrzegania przez zamawiającego na etapie przygotowania, jaki i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych, np. związanych z publikacją ogłoszeń, opisem przedmiotu zamówienia, ustalaniem warunków udziału w postępowaniu, czy też oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zgłoszonych zarzutów, ewentualne naruszenie tych zasad ma wynikać z zapisów wzoru umowy zakwestionowanych przez odwołującego. Przechodząc do poszczególnych postanowień wprowadzonych przez zamawiającego i kwestionowanych przez odwołującego, Izba zajęła następujące stanowisko.

1. Treść § 1 ust. 3 wzoru umowy nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący kwestionował skuteczność zapisu nakładającego na wykonawcę obowiązek uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w ramach wykonania przedmiotu umowy. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamieszczony przez zamawiającego zapis: „Przedmiot umowy opisany w ust. 1 lit a powyżej obejmuje również uzyskanie przez Wykonawcę decyzji o pozwoleniu na użytkowanie”, nie jest dotknięty nieważnością na podstawie art. 387 § 1 k.c. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przez wykonawcę jest niemożliwe do spełnienia na podstawie art. 59 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którym stroną w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie jest wyłącznie inwestor. Jak wskazał w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 czerwca 2006 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny (sygn. VII SA/Wa 247/06), przepis ten „wprowadza szczególną regulację pojęcia strony w postępowaniu w sprawie pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego i ma charakter „lex specialis” w stosunku do unormowania Kodeksu postępowania administracyjnego zawartego w art. 28 dotyczącego pojęcia strony”. Nie wyłącza on jednak możliwości działania strony przez

pełnomocnika, będącego osobą fizyczną posiadającą pełną zdolność do czynności prawnych (art. 32 i 33 § 1 k.p.a.). W rozstrzygnięciu protestu zamawiający, uwzględniając w tym zakresie żądanie wykonawcy, w celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości odnośnie możliwości reprezentowania zamawiającego przez wykonawcę w postępowaniu administracyjnym, dokonał zmiany postanowienia przez dodanie do dotychczasowej treści po kropce zdania: „Zamawiający udzieli w tym zakresie pełnomocnictwa wskazanej przez Wykonawcę osobie fizycznej”. Mając na uwadze sposób rozpatrzenia zarzutu, Izba stwierdziła, iż zarzut braku skuteczności zapisu, jak i żądanie wykreślenia treści ustępu 3 nie znajdują uzasadnienia.

2. Sposób określenia w § 4 ust. 3 WU terminu zakończenia realizacji Przedmiotu Umowy, jako dzień podpisania Protokołu Odbioru, nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w trakcie rozprawy uzasadniał konieczność zmiany zapisu w sposób przez niego proponowany, potrzebą zabezpieczenia wykonawców przed zwłoką zamawiającego w odbiorze obiektu, która mogłaby prowadzić do naliczenia kar umownych określonych w § 23 WU. Kary umowne, przewidziane w § 23 WU mogą być naliczane przez zamawiającego wyłącznie w razie wystąpienia okoliczności tam wskazanych, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca (zwłoka, odstąpienie od umowy przez zamawiającego). W przypadku zwłoki wykonawcy, co wynika wprost z art. 476 k.c., wyłączona zostaje jego odpowiedzialność za opóźnienie będące następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Zgodnie z art. 647 k.c. świadczenie zamawiającego przy umowie o roboty budowlane polega min. na odebraniu obiektu i zapłacie umówionego wynagrodzenia. W § 14 WU określony został termin dokonania przez zamawiającego odbioru końcowego Przedmiotu Umowy wynoszący 21 dni roboczych od daty gotowości odbioru zgłoszonej przez Kierownika Budowy i potwierdzonej przez Kierownika Projektu. Na tej podstawie Izba uznała, iż sposób ustalenia terminu wykonania umowy nie rodzi niebezpieczeństwa naliczenia kar umownych w przypadku, kiedy opóźnienie w odbiorze obiektu wynika ze zwłoki zamawiającego. Pomimo, iż zamawiający dokonał wskazania terminu zakończenia Przedmiotu Umowy przez odniesienie do dnia podpisania Protokołu Odbioru (końcowego), to nie przenosi to odpowiedzialności na wykonawcę będącej następstwem opóźnienia w odbiorze przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż powoływany przez odwołującego wyrok SN z 11 stycznia 2001 roku (IV CKN 150/00), potwierdza stanowisko o prawidłowości ustalenia terminu spełnienia świadczenia wykonanego zgodnie z umową na dzień zgłoszenia obiektu do odbioru, to jednak nie jest on adekwatny do przedmiotowego sporu. Nie wynika z niego bowiem niedopuszczalność ustalenia jako terminu realizacji Przedmiotu Umowy dnia dokonania odbioru końcowego obiektu, jeżeli nie ma to odniesienia do sposobu zastrzeżenia kar umownych.

3. Kwestionowany § 6 ustęp 13 WU dotyczy przelewu przez wykonawcę na rzecz zamawiającego wszystkich wierzytelności wynikających z zawartych umów z podwykonawcami, następującego z mocy samej umowy, pod warunkiem skorzystania przez którąkolwiek ze stron, z uprawnienia do odstąpienia od umowy. Odwołujący zarzuca, iż zapis ten narusza zakaz zmiany stron umowy o zamówienie publiczne. Izba nie podziela tego stanowiska, gdyż powołany zapis nie umożliwia przejęcia długu po stornie wykonawcy, czyli wstąpienia innego wykonawcy w miejsce (obowiązk) wykonawcy wybranego zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Tym samym nie może ostać się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

4. Postanowienia § 9 ustępy od 4 do 7 WU dotyczą realizacji obowiązku nałożonego na wykonawcę przekazywania zamawiającemu w okresie obowiązywania umowy dokumentów odnoszących się do sytuacji finansowej, a także udzielania wyjaśnień i informacji, podlegających ocenie zamawiającego w celu ustalenia aktualnej sytuacji finansowej wykonawcy. W przypadku pogorszenia sytuacji finansowej wykonawcy, uniemożliwiającej prawidłowe wykonanie zobowiązań umownych, zamawiający zastrzegł dla siebie prawo odstąpienia od umowy (§ 26 ust. 1 lit. b). Odwołujący, kwestionując w/w zapisy wzoru umowy uzasadniał ich niedopuszczalność tym, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają zamawiającemu uprawnień do żądania takich dokumentów podczas realizacji umowy, a jedynie regulują, jakich dokumentów może żądać zamawiający na etapie postępowania przetargowego, natomiast żądanie przedstawienia całej sprawozdawczości wykonawcy w trakcie realizacji budowy jest sprzeczne z art. 5 kodeksu cywilnego. Zamawiający wyjaśniał, iż celem, jakiemu mają służyć wprowadzone do wzoru umowy postanowienia, jest analiza sytuacji finansowej wykonawcy pod kątem oceny ryzyka wstrzymania wykonania umowy i troska o gospodarne i celowe wydatkowanie środków publicznych. Skład orzekający stwierdził, iż w odniesieniu do kwestionowanego zapisu nie znajdują zastosowania przepisy wykonawcze do ustawy – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605). Dotyczą one bowiem sposobu weryfikowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a nie weryfikacji wykonawcy, z którym zawarto umowę. Ocena dopuszczalności kwestionowanych postanowień umowy podlega kontroli na gruncie art. 5 k.c. Art. 5 k.c. ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego. Jak podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118/97, nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, ewentualnie teleologicznego punktu widzenia.

Istnieje zasada, że domniemywa się korzystania z prawa w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego i jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, co potwierdzone zostało przez SN w tezie wyroku z 22.11.2000 r. „Działanie zgodne z prawem

korzysta z domniemania zgodności z zasadami współżycia społecznego, chyba że wykazane zostaną konkretne okoliczności obalające to domniemanie". Tym samym ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających tezę o nadużyciu spoczywa na stronie, która domaga się zastosowania art. 5 k.c. Jednocześnie w doktrynie formułowany jest postulat powściągliwego stosowania art. 5 k.c. Całkowicie wyjątkowy charakter art. 5 k.c., który przełamuje zasadę, że wszystkie prawa podmiotowe korzystają z ochrony prawnej, podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997r. II CKN 118/97.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 5 kodeksu cywilnego na skutek wprowadzenia do wzoru umowy wymogu przedstawiania dokumentów finansowych. Izba przyznała, iż może wprowadzać to uciążliwość dla wykonawcy, jednak sama niedogodność nie wskazuje na niedopuszczalność weryfikacji zdolności finansowej wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia finansowanego ze środków publicznych, w związku z koniecznością dbałości o gospodarne i celowe wydatkowanie tych środków, stanowiącą o nadużyciu prawa podmiotowego.

Zarówno w treści składanych środków ochrony prawnej, jak i w toku rozprawy, wykonawca nie wskazał, w jaki sposób wprowadzone zapisy naruszają art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Skład orzekający nie mógł zatem odnieść się do zarzutu w kontekście naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 188 ustawy Pzp, to na stronie spoczywa ciężar dowodu okoliczności, z której wywodzi skutki prawne. Zapisy dotyczące oceny sytuacji finansowej wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia mogą niewątpliwie być kwestionowane jako uciążliwe, jednak nie stanowią zakresu świadczenia określonego w umowie. Stanowią ustaloną przez zamawiającego procedurę kontroli nad prawidłowością wykonywania robót.

5. Odwołujący zakwestionował użycie słowa „bezusterkowym” w odniesieniu do odbioru końcowego robót będącego podstawą zapłaty ostatniej transzy wynagrodzenia w wysokości 10 % wartości umowy (§ 12.5). Odwołujący, powołując się na orzeczenie SN z 22.06.2007 r. (V CSK 99/07), wskazywał na niedopuszczalność uzależniania zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek”. Zamawiający przewidział możliwość zapłaty wynagrodzenia do 90 % wartości umowy na podstawie faktur częściowych, a pozostałe 10 % po bezusterkowym końcowym odbiorze przedmiotu umowy. W przypadku stwierdzenia wystąpienia wad nieistotnych sporządzany będzie Protokół Odbioru Warunkowego dla celów fakturowania. Protokół Odbioru Końcowego podpisany zostanie w przypadku braku wad lub po ich usunięciu przez wykonawcę (zgodnie z Protokołem Odbioru Warunkowego) - § 16.3. W orzecznictwie wskazuje się, iż inwestor jest zobowiązany do odbioru robót budowlanych, jeżeli wykonawca zgłosił ich zakończenie (wyrok SN z 5.3.1997 II CKN 28/97). Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30.3.2006 I ACa 1900/05

stwierdził, iż jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, odstąpienie od umowy, a co za tym idzie – rzutują na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty, wady zaś nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty, co do jakości, rzutując na uprawnienia inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia. Podobnie, w powołanym przez odwołującego orzeczeniu, SN stwierdził, iż inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy. Zamawiający, zastrzegając wypłatę ostatniej transzy wynagrodzenia od bezusterkowego odbioru końcowego, uzależnił ją w ocenie Izby, od braku wystąpienia wad istotnych uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem lub wykonania przedmiotu odbioru niezgodnie z Projektem, wiedzą techniczną lub Polskimi normami, od czego uzależnił sporządzenie Protokołu Odbioru Końcowego (§ 16.1). Faktycznie zapłata 90 % należnego wykonawcy wynagrodzenia dokonywana będzie na podstawie faktur częściowych, wystawianych także na podstawie Protokołów Odbioru Warunkowego, wskazujących na wystąpienie wad nieistotnych. Nie można zatem przyjąć, iż zamawiający uzależnił wypłatę wynagrodzenia od braku jakichkolwiek usterek, a zatem nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

6. W ocenie Izby zapis § 13 ust. 2: „Datą zapłaty jest dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego”, nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku zapłaty bezgotówkowej przy użyciu pieniądza bankowego spełnienie świadczenia pieniężnego następuje z chwilą wpisu na rachunek bankowy, chyba że strony postanowiły inaczej. Dopiero z momentem wpisu wierzyciel uzyskuje przysporzenie. Dopuszczalne jest odmienne uregulowanie miejsca spełnienia świadczenia, co w przypadku obrotu bezgotówkowego oznacza możliwość wskazania na obciążenie rachunku zamawiającego, jako wyznaczające spełnienie świadczenia pieniężnego.

7. Izba konsekwentnie za stanowiskiem przedstawionym w pkt 5, oddaliła zarzut i żądanie zmiany postanowień § 16 ust. 2 i 3. Wprowadzenie Protokołów Odbioru Warunkowego daje możliwość wypłaty wynagrodzenia wykonawcy pomimo stwierdzenia przy odbiorze wad nieistotnych i nie oznacza odmowy dokonania odbioru zgłoszonej roboty.

8. Odnośnie zarzutu sformułowanego względem § 23 ust. 1 lit b, Odwołujący w trakcie rozprawy uzupełnił swoje stanowisko, podnosząc, iż naliczanie kar umownych za zwłokę w rozpoczęciu lub zakończeniu któregośkolwiek elementu robót określonego w harmonogramie rzeczowo-finansowym, doprowadzi do osłabienia sytuacji finansowej wykonawcy oraz będzie oznaczało finansowanie zamówienia ze środków pochodzących z tytułu kar. Stanowisko to nie uzasadnia zarzutu sprzeczności zapisu z art. 5 k.c. Zamawiający w umowie ograniczył maksymalną wysokość wszystkich naliczonych kar dla każdej ze strony do kwoty nie przekraczającej 10 % wynagrodzenia (§ 22.3). Izba uznała, iż kary przewidziane za zwłokę

mają na celu jedynie zdyscyplinowanie wykonawcy do terminowego wykonania przedmiotu umowy i nie zostały ustalone na poziomie uzasadniającym stwierdzenie rażącego naruszenia równowagi stron. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania stron.

9. Brak doprecyzowania, przez wskazanie konkretnej kwoty wysokości wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w § 28 wymaga zawarcia przez wykonawcę, z którym podpisana zostanie umowa, polisy ubezpieczenia budowy „od wszystkich ryzyk” wraz z dowodem uiszczenia odpowiedniej części składki, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż wartość wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 umowy. Nie można uznać takiego zapisu za naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7.1 Pzp.). Odwołujący nie przedstawił żadnej okoliczności, która wskazywałaby na niemożliwość złożenia oferty bez podania konkretnej kwoty ubezpieczenia, jakie będzie wymagane od wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy. Wykonawca ma zagwarantowany czas – 30 dni od podpisania umowy na uzyskanie stosownej polisy. W związku z powyższym zarzut należało oddalić.

10. Brak dodatkowego postanowienia § 17 o treści oczekiwanej przez odwołującego: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za ujawnione wady, które wynikną na skutek niewłaściwego wykonania robót przez poprzedniego Wykonawcę części obiektu”, nie stanowi o naruszeniu przez zamawiającego uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wystarczającą gwarancją w tym zakresie są ogólne zasady odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika wyrażone w kodeksie cywilnym (art. 471 k.c.). Wykonawca ponosi jedynie odpowiedzialność za wady, prowadzące do nienależytego wykonania, lub niewykonania zobowiązania, będące następstwem okoliczności za, które ponosi odpowiedzialność.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Wysokość kwoty zasądzonej do zwrotu odwołującemu powiększona została o nadpłaconą kwotę z tytułu wpisu w wysokości 20.000 zł. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym oraz sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2007 r. Nr 128, poz. 886, zm.2008 r. Nr 182, poz. 1122) odwołujący winien uiścić wpis w kwocie 20 000 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*