

CML Construction Services Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10
PL 05-800 Pruszków / Polska

Tel: +48 22 71 44 369

Fax + 48 22 71 44 908

tel. kom. +48 609 04 33 22

krzysztof.misiewicz@bauholding.com



Pruszków, dnia 24 września 2018 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02 - 676 Warszawa**

Zamawiający: **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga-Południe** ul.
Podskarbińska 6, 03-833 Warszawa, e-mail: ppl.wzp@um.warszawa.pl

Odwołujący: **Strabag Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,

reprezentowany przez radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza, adres do korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków telefon: + 48 (22) 71 44 369 fax: + 48 (22) 71 44 908
mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 24 września 2018 drogą elektroniczną na adres e-mail: [e-mail: ppl.wzp@um.warszawa.pl](mailto:ppl.wzp@um.warszawa.pl)

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Centrum Kulturalno-Edukacyjnego” przy ul. Jana Nowaka-Jeziorańskiego w Warszawie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 12 września 2018 r. pod numerem **2018/S 175-396060**

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. na podstawie art. 179, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części w „pzp” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Centrum Kulturalno-Edukacyjnego” przy ul. Jana Nowaka-Jeziorańskiego w Warszawie (*dalej: Postępowanie*).

I. Termin.

- 12 września 2018 r. Zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 24 września 2018 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie. 10 dniowy termin do wniesienia odwołania upływał w dniu 22 września 2018 r. tj. w sobotę. Tym

CML Construction Services Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru
Sądowego, numer KRS 0000127873, NIP 788-18-51-539, REGON 634372200, kapitał
zakładowy 200 000 zł, tel. +48 22/71-44-800, fax +48 22/71-44-908

samym składając odwołanie w dniu 24 września 2018 r., tj. w pierwszy dzień roboczy po dniach wolnych od pracy odwołujący zgodnie z art. 185 ust. 8 pzp i art. 14 ust. 2 pzp czyni zadość wymaganiom art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 pzp w zw. z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 15 ust. 13 pkt 1) wzoru Umowy prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym wypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.
2. Naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 147 ust. 1 pzp, art. 148 ust. 1 pzp w zw. z art. 139 pzp w zw. z art. 647 kc, art. 654 kc poprzez wstrzymanie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy jako formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający we wzorze umowy w § 3 ust. 1 pkt 5 oraz § 6 ust. 2 pkt 1) i § 6 ust. 3 wzoru umowy uzależnił wystawienie faktury i dokonanie zapłaty za fakturę przejściową oraz za fakturę końcową od dokonania bezusterkowego odbioru częściowego lub końcowego. Takie sformułowanie zapisów wzoru umowy oznacza, że zamawiający traktuje wstrzymanie płatności wynagrodzenia wykonawcy jako środek zabezpieczający należyte wykonanie umowy tj. usunięcie wad odbiorowych. W art. 147 ust. 1 pzp i art. 148 ust. 1 pzp ustawodawca nie przewidział wstrzymania płatności wykonawcy jako formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
3. Naruszenie art. 139 pzp w zw. z art. 483 § 1 kc poprzez zastrzeżenie w § 19 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy kary umownej za zwłokę Wykonawcy w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru częściowego w stosunku do aktualnego Harmonogramu przy czym na chwilę obecną we wzorze umowy nie zostały ustalone ani zakresy ani terminy poszczególnych części przedmiotu umowy podlegające odbiorom częściowym oraz co oczywiste wartości poszczególnych zakresów robót. Oznacza to, że wbrew dyspozycji art. 483 § 1 kc nie zostały sprecyzowane ani podstawy naliczenia kary umownej tj. nie zostało sprecyzowane zobowiązanie, którego nieprawidłowe wykonanie jest zagrożone karą umowną jak również nie została sprecyzowana wartość kary umownej, gdyż na chwilę zawierania umowy nie będą znane wartości zakresów robót zagrożone karami umownymi.
4. Naruszenie art. 143a ust. 1 pkt 1 pzp w zw. z art. 143b ust. 2 pzp poprzez nałożenie w § 6 ust. 2 pkt 2 oraz § 6 ust. 14 wzoru umowy obowiązku zapłaty przez wykonawcę niewymagalnego wynagrodzenia podwykonawców w celu otrzymania zapłaty od zamawiającego i w istocie skrócenie terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawców z 30 dni do bliżej niesprecyzowanego terminu kilku dni.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ tj. załącznika nr 7 do SIWZ wzór umowy w następujący sposób:

Ad. II. 1 powyżej

Zmiana § 15 ust. 13 pkt 1) poprzez ograniczenie prawa zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego tylko do przypadku wystąpienia wad istotnych usuwalnych a w przypadku wad nieistotnych usuwalnych do dokonania odbioru końcowego z jednoczesnym sporządzeniem listy wad odbiorowych i terminem ich usunięcia.

Po uwzględnieniu zmiany treści SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca

§ 15 ust. 13. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego przedmiotu umowy zostaną stwierdzone wady:

1) istotne nadające się do usunięcia, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu usunięcia wad. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych nadających się do usunięcia Zamawiający dokona odbioru końcowego a do protokołu odbioru zostanie dołączona lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia.

Ad. II.2 powyżej

Zmiana § 3 ust. 1 pkt 5), § 6 ust. 2 pkt 1 i § 6 ust. 3 wzoru umowy poprzez umożliwienie Wykonawcy złożenia faktur przejściowej i końcowej oraz otrzymanie zapłaty wynagrodzenia określonego w fakturach w przypadku dokonania odbioru częściowego i końcowego bez wad istotnych to jest Wykonawca powinien mieć możliwość zafakturowania wykonanych robót i otrzymania wynagrodzenia gdy wykonywane roboty budowlane nie są obciążone wadami istotnymi.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca

§ 3 ust. 1 pkt 5)

5) dokonanie zapłaty wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy z tytułu realizacji niniejszej umowy (za wykonane i odebrane roboty oraz dostarczone i zamontowane wyposażenie bez wad istotnych).

§ 6 ust. 2 pkt 1)

1) protokoły częściowego odbioru robót bez istotnych wad lub protokół odbioru końcowego robót bez istotnych wad,

§ 6 ust. 3

3. Faktury będą dostarczane Zamawiającemu najpóźniej w ciągu 7 dni od podpisania protokołów odbioru częściowego i odbioru końcowego. W przypadku odbioru przedmiotu umowy z istotnymi wadami (§ 15 ust. 13 pkt 1), faktury mogą być wystawione po stwierdzeniu przez Zamawiającego usunięcia istotnych wad. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia faktur wraz z dokumentacją wskazaną w ust. 2.

Ad. II.3 powyżej

Zmiana § 19 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy bądź poprzez jego wykreślenie w całości (w takim przypadku jedynym penalizowanym terminem byłby termin końcowy) bądź zmiana tego punktu połączona ze zmianą § 4 ust. 2 wzoru umowy i ustaleniem w umowie terminów pośrednich (kamieni milowych). Wykonawca powinien mieć jasność, jakie są terminy pośrednie są istotne dla zamawiającego i tym samym, które terminy umowne są zagrożone karami umownymi. Powinny zostać ustalone konkretne terminy pośrednie poprzez ustalenie ich w miesiącach (dniach lub tygodniach) od dnia podpisania umowy lub poprzez ustalenie konkretnej daty kalendarzowej. Z uwagi na fakt, że na chwilę obecną nie jest znana data podpisania umowy bezpieczniejszym rozwiązaniem jest ustalenie terminów przejściowych liczonych w dniach/tygodniach/miesiącach od dnia podpisania umowy.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca

§ 19 ust. 1 pkt 2) – skreślony ewentualnie

§ 4 ust.2

Ustala się następujące terminy pośrednie i końcowy wykonania przedmiotu umowy:

- a) – w terminie miesięcy od dnia zawarcia umowy/ w terminie do dnia
- b) – w terminie miesięcy od dnia zawarcia umowy/ w terminie do dnia

c) – w terminie miesięcy od dnia zawarcia umowy/ w terminie do dnia

d) Termin końcowy wykonania przedmiotu umowy ustala się na dzień 10.12.2020 r.

§ 19 ust. 1 pkt 2)

2) 0,02% wynagrodzenia brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w dotrzymaniu terminu pośredniego, w stosunku do terminu określonego w § 4 ust. 2 lit. a) do) umowy,

Ad. II.4 powyżej

Zmiana § 6 ust. 2 pkt 2) wzoru umowy powinna zmierzać do tego aby wykonawca przedstawił oświadczenia podwykonawców/dalszych podwykonawców, że otrzymali wymagalne wynagrodzenie za poprzedni okres rozliczeniowy a nie za bieżący jak zamawiający zapisał we wzorze umowy. W § 6 ust. 14 wzoru umowy powinny zostać wprowadzone analogiczne zmiany tj. zapłata wynagrodzenia wykonawcy za bieżący okres rozliczeniowy może być uwarunkowana przedstawieniem dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia za poprzedni okres rozliczeniowy a nie za bieżący.

§ 6 ust. 2 pkt 2

w przypadku ustanowienia przez Wykonawcę, za zgodą Zamawiającego, Podwykonawcy:

2) uwierzytelnione przez Wykonawcę kopie faktur przedstawionych Wykonawcy przez Podwykonawcę z tytułu robót budowlanych wykonanych przez Podwykonawcę wraz z oświadczeniem Podwykonawcy, z którego wynika, że otrzymał zapłatę wymagalnego wynagrodzenia za roboty wykonane w poprzednim okresie rozliczeniowym,

§ 6 ust. 14

14) Strony umowy zgodnie ustalają, iż wypłata wynagrodzenia umownego Wykonawcy zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy będzie uwarunkowana przedstawieniem dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom/dalszym Podwykonawcom (kopie przelewów) wraz ze złożeniem pisemnego oświadczenia Podwykonawców/dalszych Podwykonawców o uregulowaniu wszelkich wymagalnych zobowiązań i płatności oraz o zrzeczeniu się jakichkolwiek roszczeń Podwykonawców/dalszych Podwykonawców w stosunku do Zamawiającego. Oświadczenia te powinny odnosić się do robót wykonanych przez Podwykonawców/dalszych Podwykonawców, za poprzedni okres rozliczeniowy. Dane zawarte w dowodach zapłaty (kopie przelewów) zostaną przekazane Zamawiającemu po ich zanonimizowaniu.

IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zapisy zawarte w SIWZ a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SIWZ są niezgodne z pzp i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający ogranicza prawo wykonawcy do otrzymania należnego wynagrodzenia, w sposób niezgodny z kc wprowadza odbiór bezusterkowy. Zamawiający w sposób wadliwy zastrzega karę umowną. Z uwagi na powyższe, skoro treść SIWZ i wzoru umowy ogłoszenia o zamówieniu narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający wbrew obowiązкови dokonania odbioru wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru czy to

końcowego czy to częściowego w każdym przypadku wystąpienia wad. Odbiory bezusterkowe są sprzeczne z art. 647 kc.

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnienia świadczenia wystawiane przez inwestora.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia wykonawcy. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu sporu były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

W tym zakresie można powołać się na następujące wyroki Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07

1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97

W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".

Z uzasadnienia

Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki uspołecznionej.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12

1. Skoro oświadczenie o potrąceniu może wywrzeć skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 KC), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwnie stanowisko narusza art. 91 KPC, 96 KC, 61 KC i 499 KC.

2. **W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC).** W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny 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. **Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.**

Powyższe oznacza, że treść § 15 ust. 13 pkt 1) wzoru Umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc. W związku z tym zapis zawarty w tym punkcie umowy powinien zostać zmieniony w taki sposób aby dostosować go treści art. 647 kc tj. zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania odbioru częściowego lub końcowego w przypadku gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

2. **W § 3 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy Zamawiający uzależnił zapłatę wynagrodzenia wykonawcy od braku jakichkolwiek wad przedmiotu umowy zaś w § 6 ust. 2 pkt 1 i § 6 ust. 3 wzoru umowy zamawiający uzależnił złożenie faktur przez wykonawcę od braku jakichkolwiek wad.** Wyżej wskazane zapisy umowy naruszają art. 647 kc, gdyż uzależniają zapłatę wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad przedmiotu umowy a w dalszej perspektywie prowadzą do naruszenia art. 147 ust. 1 i art. 148 ust. 1 pzp, gdyż zamawiający wstrzymując możliwość wystawienia faktur przez wykonawcę od braku wad w istocie ustanawia dodatkowe nieprzewidziane w pzp zabezpieczenie prawidłowego wykonania umowy tj. zabezpieczenie usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym lub końcowym.

W przytoczony powyżej wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07 wskazano, że inwestor (zamawiający) nie może uzależniać zapłaty wynagrodzenia wykonawcy od braku jakichkolwiek wad przedmiotu umowy.

1. *Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.*

2. **Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.**

W § 3 ust. 1 pkt 5) wzoru umowy Zamawiający, co prawda wskazał, że jego obowiązkiem jest zapłata wynagrodzenia ale jednocześnie zastrzegł, że zapłata ta jest uzależniona od braku wad wykonanych robót. Zapis ten należy odczytywać łącznie z § 6 ust. 2 pkt 1) oraz § 6 ust. 3, gdzie zamawiający poszedł o krok dalej i pozbawił wykonawcę możliwości wystawienia faktur w przypadku gdy w trakcie odbioru czy to częściowego czy to końcowego zostaną stwierdzone wady. Poprzez te zapisy zamawiający ustanowił obiór bezusterkowy, gdyż tylko taki obiór umożliwi wykonawcy wystawienie faktury a następnie otrzymanie wynagrodzenia.

W ocenie odwołującego wyżej wskazane zapisy umowy jednoznacznie wskazują, że Zamawiający uzależniając odbiór, fakturowanie i płatności od braku jakichkolwiek wad chce się zabezpieczyć na wypadek nieprawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Przy obecnych zapisach umowy zamawiający w razie wystąpienia wad uniemożliwi wykonawcy wystawienie faktury a wykonawca chcąc otrzymać wynagrodzenie zmuszony będzie usunąć wad stwierdzone w protokole odbioru czy to częściowego czy to końcowego.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 147 ust. 1 pzp zamawiający może domagać się od wykonawcy ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zgodnie z art. 147 ust.

2 pzp zabezpieczenie takie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nieprawidłowego wykonania umowy. Wykonanie robót z wadami (nieistotnymi) jest nieprawidłowym wykonaniem umowy. Potwierdzeniem tego jest § 22 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym:

§ 22 ust. 2 Zabezpieczenie należytego wykonania umowy ma na celu zabezpieczenie i ewentualne zaspokojenie roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub *nienależytego wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę, w tym usunięcia wad*, w szczególności roszczeń Zamawiającego wobec Wykonawcy o zapłatę kar umownych.

Wprowadzenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy tj. zabezpieczenia w postaci wstrzymania części wynagrodzenia do czasu usunięcia wad odbiorowych jest sprzeczne z art. 148 ust. 2 pzp gdyż ustawa nie przewiduje zabezpieczenia w postaci zatrzymania części wynagrodzenia wykonawcy. Jedynymi dopuszczalnymi przez pzp formami zabezpieczania są te formy, które są wymienione w art. 148 pzp

Podkreślić należy, że dokonanie odbioru częściowego i końcowego nie pozbawia Zamawiający uprawnień do żądania usunięcia wad odbiorowych. W tym zakresie powołać można się dla przykładu na Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 2 grudnia 2015 r. IV CSK 120/15 *Odbiór częściowy robót i zapłata za nie wynagrodzenia nie oznacza definitywnego ich rozliczenia. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest bowiem oddanie całości obiektu, a nie jego poszczególnych części. Dlatego też odbiór części robót i zapłata części wynagrodzenia nie jest równoznaczne z rozliczeniem stron w tym zakresie ze skutkiem wygaśnięcia wzajemnych roszczeń i pretensji. Końcowe rozliczenie robót może obejmować bowiem także już odebrane prace i rozliczone finansowo, a inwestor (generalny wykonawca) oraz wykonawca mogą przy tym rozliczeniu korygować swoje stanowiska co do dokonanych już wcześniej rozliczeń częściowych. Należy jednak zaznaczyć, że jeżeli do końcowego rozliczenia robót nie dojdzie, nie oznacza to, że wykonawcy nie przysługuje żadne wynagrodzenie za prace wykonane. Byłoby tak w przypadku, gdyby nie przedstawiały one żadnej wartości ze względu na ich bardzo złą jakość albo były nieprzydatne z innych, obiektywnie ocenianych przyczyn.*

W związku z tym, że wstrzymanie fakturowania i zapłaty wynagrodzenia do czasu bezusterkowego odbioru robót jest sprzeczne zarówno z art. 647 kc jak i uregulowaniami dotyczącymi dopuszczalnych form należytego wykonania zawartymi w art. 147 pzp i art. 148 pzp zapisy wzoru umowy powinny zostać tak zmodyfikowane aby wykonawca mógł wystawić fakturę i otrzymać wynagrodzenie jeżeli w czasie odbioru częściowego lub końcowego nie wystąpiły wady istotne.

3. Kara umowna wskazana w § 19 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy została skonstruowana sprzecznie z art. 483 kc, gdyż na datę zawarcia umowy nie będą znane ani terminy wykonania poszczególnych prac, wartości poszczególnych robót a tym samym nie będzie możliwe ustalenie ani obowiązku (terminu) zagrożonego karą umowną ani wysokości kary umownej. Art. 483 wymaga określenia zobowiązania zagrożonego karą umowną oraz określenia wysokości kary umownej.

Zgodnie z § 19 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy wykonawca ma zapłacić zamawiającemu następującą karą umowną

2) za zwłokę Wykonawcy w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru częściowego w stosunku do aktualnego Harmonogramu w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto za daną część robót za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

Zastrzeżenie tej kary jest wadliwe gdyż na datę zawarcia umowy nie będzie ustalony harmonogram a tym samym nie będą znane terminy wykonania poszczególnych robót objętych umową. Co więcej wobec braku harmonogramu rzeczowo-finansowego nie będzie również znany podział wynagrodzenia umownego na poszczególne zakresy robót. Zwrócić należy uwagę, że harmonogram zgodnie z § 10 ust. 1 Umowy zostanie opracowany dopiero zawarciu umowy. Istotne jest jednak to, że harmonogram będzie podlegał zatwierdzeniu Zamawiającego. Zgodnie z § 10 ust. 6 i 7 umowy w razie zgłoszenia uwag przez zamawiającego wykonawca jest

zobowiązany uwzględnić uwagi zamawiającego i przedstawić poprawiony harmonogram. Oznacza to, że już po zawarciu umowy Zamawiający na etapie zatwierdzania harmonogramu rzeczowo-finansowego może w sposób jednostronny narzucić wykonawcy zarówno zakresy robót, terminy wykonania poszczególnych zakresów robót jak i wartość tych zakresów. W konsekwencji wykonawca dopiero po zawarciu umowy dowie się od zamawiającego jakie terminy podlegają karom umownym i jaka jest ich wysokość.

W ocenie odwołując zapis taki jest wadliwy, gdyż kara umowna musi zostać zastrzeżona w sposób precyzyjny zarówno co do zobowiązania zagrożonego karą umowną jak i co do wysokości. Niedopuszczalne jest również narzucanie tych kar w sposób jednostronny. W tym zakresie odwołać należy się do poglądów doktryny:

*„Na ogół wysokość kary określa się jako **procent wartości całości lub części świadczenia lub według stawki pomnożonej przez dni (tygodnie itd.) zwłoki**. Zgodnie z wyr. SN z 8.2.2007 r., I CSK 420/06, *Legalis*, „sformułowanie art. 483 § 1 KC dopuszczające zastrzeżenie kary umownej w „określonej sumie” w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że kara ta powinna być w chwili zastrzegania wyrażona kwotowo. Dopuszczalne byłoby posłużenie się innymi miernikami wysokości, np. ułamkiem wartości rzeczy albo ułamkiem innej sumy (wartości kontraktu), jeżeli ustalenie kwoty byłoby tylko czynnością arytmetyczną, **natomiast przyjęcie konstrukcji prawnej zakładającej ustalanie w przyszłości podstawy naliczania kary umownej nie byłoby zgodne z art. 483 § 1 KC i stanowiłoby inną czynność prawną**” (tak też wyr. SN z 6.2.2008 r., II CSK 428/07, *Legalis*; odmiennie wyr. SN z 15.11.2012 r., V CSK 515/11, *Legalis*, w którym zaznaczono, że dopuszczalne jest wskazanie w treści umowy podstaw do finalnego określenia wysokości kary umownej; podobnie wyr. SA w Warszawie z 15.4.2014 r., I ACa 1435/13, *Legalis*; wyr. SA w Lublinie z 7.8.2013 r., I ACa 231/13, *Legalis*).” K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, Wyd. 9, Warszawa 2018, komentarz do art. 483 kc)*

W ocenie odwołujące brak jest również podstaw do zastrzegania kary umownej za wszystkie terminy przewidziane w harmonogramie rzeczowo-finansowym. Kara umowna ma za zadanie zabezpieczać prawidłowość wykonania zobowiązania poprzez mobilizowanie dłużnika do terminowego wykonania umowy. Ten cel można osiągnąć poprzez ustalenie kluczowych zakresów i terminów ich wykonania a nie poprzez nakładanie kary umownej na wszystkie terminy w harmonogramie, których może być kilkadziesiąt.

W związku z tym w wzorze umowy powinny zostać wprowadzone modyfikacje, które doprowadziłyby albo do wyeliminowania kar za terminy z harmonogramu lub też zamawiający powinien wprost wskazać jakie są kluczowe zakresy i terminy ich wykonania.

4. Zgodnie z § 6 ust. 2 pkt 2 oraz § 6 ust. 14 wzoru umowy wykonawca w celu otrzymania płatności za dany okres rozliczeniowy obowiązany jest przedstawić dowody zapłaty wynagrodzenia podwykonawców za roboty wykonane w danym okresie rozliczeniowym. Na dzień wystawienia faktury wynagrodzenie podwykonawców za dany okres rozliczeniowy nie jest wymagalne a tym samym zamawiający wbrew dyspozycji art. art. 143a ust. 1 pkt 1 pzp w zw. z art. 143b ust. 2 pzp wymaga przedłożenia dowodów zapłaty niewymagalnego wynagrodzenia bądź skrócenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy znacznie poniżej 30 dni.

Zgodnie z art. 143 ust. 1 pkt 1) pzp wykonawca w celu otrzymania wynagrodzenia powinien przedstawić dowody, że zapłacił wymagalne wynagrodzenie swoich podwykonawców. Jednocześnie w art. 143 ust. 2 pzp zamawiający ustalił, że termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawców nie może być dłuższy niż 30 dni co oznacza prawo wykonawcy do ustalania terminu zapłaty wynagrodzenia właśnie w takiej długości.

Tym czasem zamawiający we wzorze umowy zmusza wykonawcę bądź do zapłaty niewymagalnego wynagrodzenia bądź do ustalania krótszych terminów zapłaty niż 30 dni. Wynika to z treści § 6 umowy, gdzie zamawiający wskazuje, że wykonawca chcą otrzymać wynagrodzenie za dany zakres robót powinien wykazać, że za ten zakres już zapłacił podwykonawcom. Zwrócić należy uwagę, że Wykonawca ma prawo otrzymać wynagrodzenie po

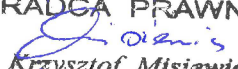
dokonaniu przez Zamawiającego odbioru częściowego danego zakresu robót. Odbiór ten odbywa się na koniec miesiąca. Oznacza to, że wykonawca albo przed odbiorem od zamawiającego (co nie jest możliwe bo roboty nie są skończone) albo jednocześnie z odbiorem robót od zamawiającego (to akurat nie budzi zastrzeżeń) powinien odebrać roboty od podwykonawcy i jednocześnie umożliwić podwykonawcy wystawienie faktury, natychmiast zapłacić wynagrodzenie podwykonawcy pomimo 30 dniowego terminu płatności, gdyż tylko takie działanie w świetle § 6 ust. 2 pkt 2) umowy umożliwia Wykonawcy wystawienie faktury na zamawiającego.

W ocenie odwołującego zamawiający nie może wymuszać zapłaty niewymagalnego wynagrodzenia podwykonawców jak i bezpodstawnie skrócić 30 dniowego terminu na zapłatę wynagrodzenia podwykonawców. W związku z tym do wzoru umowy powinny zostać wprowadzone zmiany, które będą obligowały wykonawcę do przedłożenia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia z uwzględnieniem 30 dniowego terminu płatności i składanie oświadczeń czy też potwierdzeń zapłaty wymagalnego wynagrodzenia.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego

RADCA PRAWNY

Krzysztof Misiewicz
WA 5929