

Włocławek, dnia 05 stycznia 2021 r.

ZP.272.1.33.2020

Do wszystkich Wykonawców

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „**Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia**”.

Na podstawie art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) Zamawiający przesyła kopie odwołania, jakie otrzymał w przedmiotowym postępowaniu od wykonawcy:

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków

w dniu 04 stycznia 2021 r.

Jednocześnie informują, że zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Załącznik:

1. Odwołanie STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków

STAROSTA
Roman Gołębiewski

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 4 stycznia 2021 r.

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

Zamawiający: **Powiat Włocławski**, ul. Cyganka 28, 87-800 Włocławek
e-mail: zamowieniapubliczne@powiat.wloclawski.pl
tel.: (54) 230 46 00, faks: (54) 230 46 71

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków, KRS 54588
tel. +48 22 71 44 800,
e-mail: pl_office.strabag@strabag.com

reprezentowany przez radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza, adres do korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków telefon 609-04-33-22; fax: + 48 (22) 71 44 908
e-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 4 stycznia 2021 r. drogą elektroniczną na adres e-mail: zamowieniapubliczne@powiat.wloclawski.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 (dalej: pzp) prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „**Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia**”;
Nr zamówienia: ZP.272.1.33.2020

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 grudnia 2020 r. pod numerem **2020/S 250-623159**.

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. na podstawie art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części „nowe pzp” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „**Budowa Powiatowego Centrum Zdrowia**” (dalej: Postępowanie).

I. Termin.

- 23 grudnia 2020 r. Zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w 4 stycznia 2021 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 nowego 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 § 7 ust. 4, § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad przy czym takie uprawnienie do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.
2. Powiązany z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp, art. 148 ust. 1 pzp, art. 150 ust. 2 pzp, art. 151 ust. 1 pzp w zw. z art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc oraz art. 647 kc poprzez:
 - (i) Powiązanie w § 6 ust. 2, 3 i 5 pkt 1 wzoru umowy płatności końcowej z przeprowadzeniem bezusterkowego odbioru końcowego podczas gdy płatność końcowa powinna nastąpić po odbiorze końcowym a nie po usunięciu wad odbiorowych. Powiązanie płatności końcowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatność końcowa stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;
 - (ii) ustalenie w § 16 ust. 2 wzoru umowy, że zwrot 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy nastąpi po podpisaniu protokołu bezusterkowego odbioru bezusterkowego podczas gdy zwrot powinien nastąpić po uznaniu, że przedmiot umowy został należyście wykonany;
 - (iii) ustalenie w § 14 ust. 1 i 2 wzoru Umowy, że okres rękojmi za wady i gwarancji jakości rozpoczyna swój bieg po dokonaniu bezusterkowego odbioru końcowego (od daty usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy) podczas gdy Zamawiający odbierze przedmiot umowy i rozpocznie użytkowanie najpierw II Etapu a następnie III Etapu (zgodnie z § 1 ust. 7 wzoru umowy oraz § 3 pkt 2 i 3 wzoru umowy) a zgodnie z kc rozpoczęcie okresu gwarancji i rękojmi jest powiązane z wydaniem (odborem) przedmiotu umowy.
3. Naruszenie art. 14 pzp i art. 139 ust 2 pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 k.c. w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 k.c. i art. 473 § 1 kc ze względu na zaniechanie wprowadzenia w § 16 wzoru umowy górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 15 ust. 1 pkt 1 lit. c) i d) tj. kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia. Brak limitu kar umownych może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy, gdyż Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy co jest nadmiernym i nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będą jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.
4. Naruszenie art. 14 pzp i art. 139 ust. 2 pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 k.c. i art. 656 § 1 kc w zw. z art. 561 § 1 kc i art. 557 § 2 kc poprzez ustalenie w § 14 ust. 4 poprzez ustalenie, że usunięcie wad przedmiotu zamówienia może nastąpić tylko poprzez wymianę wadliwych elementów na nowe i wolne od wad i tym samym wyłączenie możliwości usunięcia wad poprzez naprawę. W ocenie Odwołującego wyłączenie możliwości usunięcia

wad poprzez naprawę i w każdym wypadku dokonywanie wymiany Wadliwego elementu nie znajduje uzasadnienia i stanowi nadmierne obciążenie wykonawcy.

5. Naruszenie art. 7 pzp, art. 14 pzp i art. 139 ust. 2 pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647, art. 651 kc poprzez wyłączenie w § 17 ust. 2 pkt 2 pzp wzoru umowy możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia jeżeli Wykonawca z przyczyn od siebie niezależnych nie będzie mógł realizować robót z powodu warunków pogodowych jakie mogą wystąpić w okresie zimowym. Wyłączenie takiej możliwości jest nieracjonalne w sytuacji gdy dane roboty z uwagi na zasady wiedzy technicznej, bezpieczeństwo lub obowiązujące przepisy nie będą mogły być wykonywane lub wykonywanie ich może prowadzić do wadliwego ich wykonania.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit c) nowego pzp wnosi o uwzględnienie odwołania i uznanie, że projektowane zapisy załącznika nr 2 do SIWZ są niezgodne z pzp i nakazanie Zamawiającemu dokonania, zmiany treści załącznika nr 2 do SIWZ wzór umowy w sposób opisany poniżej:

Ad. II. 1 powyżej

Zmiana w § 7 ust. 4, § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy poprzez zobowiązanie Zamawiającego do dokonania odbioru końcowego w przypadku braku wad istotnych i tym samym wyeliminowanie odbioru bezusterkowego i dostosowanie zapisu do art. 647 kc nakładającego obowiązek dokonania odbioru końcowego

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 7 ust. 4 Wyłącznie protokół odbioru końcowego robót budowlanych stanowi podstawę wypłaty wykonawcy Wynagrodzenia, rozpoczyna bieg zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 16 ust. 2 niniejszej umowy oraz rozpoczyna bieg gwarancji i rękojmi, o której mowa w § 14 niniejszej umowy.

§ 8 ust. 1 pkt 1) Jeżeli podczas czynności odbiorowych zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady nadają się do usunięcia, to Zamawiający może odmówić odbioru wykonanych Robót wyłącznie w przypadku stwierdzenia wad istotnych do czasu usunięcia wad. W przypadku stwierdzenia jedynie wad nieistotnych strony podpiszą protokół odbioru końcowego, do którego załączona zostanie lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia,*

Ad. II.2 powyżej

Zmiany w § 6 ust. 2, 3 i 5 pkt 1, § 14 ust. 1 i 2, § 16 ust. 2 wzoru umowy poprzez wyeliminowanie uzależniania dokonania określonych czynności od przeprowadzenia odbioru bezusterkowego – wykreślenie w tych zapisach umownych słowa „bezusterkowy” i pozostawienie powiązania określonych działań z odbiorem końcowym.

Dodatkowo w § 14 ust. 1 i 2 wzoru umowy powinny zostać wprowadzone zmiany tak aby okres gwarancji i rękojmi rozpoczynał bieg osobno dla II Etapu i III Etapu po dokonaniu odbioru danego etapu i rozpoczęcia jego użytkowania przez Zamawiającego.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 6 ust. 2, 3 i 5

„2. Rozliczenie końcowe nastąpi jednorazowo fakturą końcową płatną w terminie do 30 dni od dnia jej skutecznego doręczenia Zamawiającemu na podstawie protokołu Odbioru końcowego.

3. Do protokołu Odbioru Końcowego o którym mowa w ust. 2, Wykonawca ma obowiązek dostarczyć komplet dokumentów odbiorowych, w tym dokumenty, o których mowa w § 5 ust. 2

pkt 17 oraz dokumenty, o których mowa w ust. 5 pkt 2 i pkt 3.

5. Termin, o którym mowa w ust. 2 rozpocznie swój bieg w przypadku łącznego wystąpienia następujących przesłanek i okoliczności:

- 1) przeprowadzenie przez Zamawiającego Odbioru Końcowego zakończonego sporządzeniem protokołu odbioru końcowego, do którego Wykonawca dołączył komplet dokumentów odbiorowych, w tym dokumenty, o których mowa w ust. 3,"

§ 14 ust. 1 i 2

1. Strony postanawiają, że Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji i rękojmi na Przedmiot zamówienia na okreslat, licząc od dnia podpisania protokołu odbioru II Etapu oraz Odbioru końcowego, o którym mowa w § 7 ust. 4. Dla uniknięcia wątpliwości ustala się, że okres gwarancji jest równy okresowi rękojmi. Dla uniknięcia wątpliwości ustala się, że okres gwarancji i rękojmi rozpoczyna swój bieg osobno dla II Etapu i III Etapu (o których mowa w § 3 pkt 2 i 3) po dokonaniu odbioru danego Etapu.

2. Wykonawca udziela gwarancji na:

- 1) wbudowane materiały oraz elementy, oraz
- 2) zamontowane urządzenia, oraz
- 3) dostarczone wyposażenie,

w zakresie określonym w Dokumentacji i w Ofercie na okres określony m.in. w kartach gwarancyjnych producentów, jednakże nie krótszy niż 24 miesiące, który rozpocznie swój bieg od dnia podpisania protokołu odbioru II Etapu oraz protokołu Odbioru końcowego (III Etapu), o którym mowa w § 7 ust. 4 .

§ 16 ust. 2

„2. W przypadku należytego wykonania Robót 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie: zostanie zwrócone/zwolnione w terminie 30 dni po przeprowadzeniu komisijnego Odbioru końcowego, potwierdzonego protokołem odbioru końcowego robót budowlanych, o którym mowa w treści § 7 ust. 4 a pozostała część, tj.: 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie:....., zostanie zwrócona/zwolniona Wykonawcy w terminie do 15 dni po upływie okresu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady, tj.: okresu lat.”

Ad. II.3 powyżej

Zamiana § 15 poprzez wprowadzenie limitu kar umownych.

Zmiana w § 15 powinna polegać na dodaniu w § 15 po dotychczasowej treści nowego ustępu oznaczonego numerem 4 o następującej treści:

§ 15 ust. 4 „Łącznie kary umowne przewidziane w niniejszej umowie, do których zapłaty zobowiązany będzie Wykonawca lub Zamawiający nie przekroczą 10% wartości brutto Wynagrodzenia.”

Ad. II.4 powyżej

Zmiana § 14 ust. 4 poprzez dostosowanie do art. 561 § 1 kc i art. 557 § 2 kc tj. aby uprawnienia Zamawiającego z rękojmi i gwarancji i powiązany z tym obowiązek Wykonawcy w zakresie wyeliminowania wad polegały nie tylko na wymianie wadliwego elementu przedmiotu zamówienia ale również na usunięciu wady poprzez naprawę.

4. W przypadku stwierdzenia wad w:

- 1) wbudowanych materiałach oraz elementach, oraz
- 2) zamontowanych urządzeniach, oraz
- 3) dostarczonym wyposażeniu,

Wykonawca zobowiązany jest – na wezwanie Zamawiającego – do ich naprawy jeżeli jest możliwa lub wymiany na wbudowane materiały i elementy, zamontowane urządzenia oraz dostarczone wyposażenie wolne od wad jeżeli naprawa nie jest możliwa.

Ad.II.5 powyżej

Zmiana w § 17 ust. 2 pkt 2 poprzez wykreślenie pierwszej części zapisu wyłączającej możliwość przedłużenia terminu z powodu warunków atmosferycznych, które mogą wystąpić we wskazanych okresach zimowych.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 17 ust. 2 pkt 2

~~„Wykonawca nie może domagać się od Zamawiającego przedłużenia terminu realizacji Przedmiotu zamówienia z uwagi na niekorzystne warunki atmosferyczne panujące od dnia 1 listopada 2021 r. do dnia 1 marca 2022 r. oraz dnia 1 listopada 2022 r. do dnia 1 marca 2023 r. powodujących konieczność wstrzymania lub przerwania przez Wykonawcę Robót, przedłużenie terminu realizacji Przedmiotu zamówienia, może nastąpić w przypadku wystąpienia konieczności udzielenia Wykonawcy zamówienia lub zamówień z wolnej ręki, o których mowa w treści art. 67 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, przy czym przedłużenie terminu realizacji Przedmiotu zamówienia nastąpi o liczbę dni niezbędną Wykonawcy do zrealizowania zamówienia z wolnej ręki oraz okoliczności towarzyszących udzieleniu zamówienia, w szczególności np.: przygotowania dokumentacji,”~~

IV. Interes prawny

Odwolujący 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. Zamawiający w sposób sprzeczny z kc wprowadza możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad nawet jeżeli mają one charakter nieistotny a Zamawiający ma możliwość użytkowania przedmiotu umowy. Z bezusterkowym odbiorem końcowym zamawiający wiąże również inne kwestie umowne jak rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi czy też zwolnienia części zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający nie ogranicza wysokości kar umownych, które mogą być naliczone na podstawie umowy.

Z uwagi na powyższe, skoro treść wzoru umowy 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 końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził odbiór bezusterkowy i zastrzegł możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku wystąpienia wad nawet jeżeli mają one charakter nieistotny. Zapisy umowy stwarzają ryzyko odbiorów bezusterkowych, które 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 spełnia 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 przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę

dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu spory 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 inwestor 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 społecznej.

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 przeciwne 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 § 7 ust. 4 i § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego jeżeli wady stwierdzone w trakcie odbioru końcowego nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu umowy. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

2. W § 6 ust. 2, 3 i 5 pkt 1 wzoru umowy Zamawiający powiązał płatność końcową z przeprowadzeniem bezusterkowego odbioru końcowego czyli w istocie płatność końcowa ma stanowić zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych i tym samym naruszony zostaje art. 150 ust. 2 pzp ustalający maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy jak też art. 148 ust. 1 pzp przyznający wykonawcy prawo do wyboru formy zabezpieczenia.

Jak wskazano w pkt 1 powyżej odbiór przedmiotu umowy o roboty budowlane powinien nastąpić w przypadku braku wad istotnych. Przy takim założeniu wady nieistotne stwierdzone w trakcie odbioru końcowego są usuwane już po odbiorze w trakcie użytkowania przedmiotu umowy przez zamawiającego. Skoro wystąpienie wad nieistotnych nie może blokować odbioru końcowego to jednocześnie aktualizuje się kolejny podstawowy obowiązek inwestora (zamawiającego) wynikający z art. 647 kc do zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zastrzegając, że płatność końcowa ma nastąpić po odbiorze bezusterkowym Zamawiający w istocie traktuje płatność końcową jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy to jest zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych. Potraktowanie płatności końcowej jako dodatkowego zabezpieczenia względem zabezpieczenia należytego wykonania umowy określonego w § 16 wzoru umowy stanowi naruszenie pzp w dwóch aspektach. Po pierwsze zgodnie z art. 148 ust. 1 pzp to wykonawca ma prawo wyboru formy zabezpieczenia. Traktując płatność końcową jako zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych Zamawiający narzuca wykonawcy formę zabezpieczenia pozbawiając go jednocześnie prawa wyboru. Po drugie zgodnie z art. 150 ust. 2 pzp wysokość zabezpieczenia nie może przekraczać 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy. Przy obecnych zapisach wzoru umowy wartość zabezpieczenia przysługującego Zamawiającemu będzie przekraczać tę wartość, gdyż Zamawiający zgodnie z § 16 ust. 1 wzoru umowy otrzyma zabezpieczenie wynoszące 5% oraz zabezpieczenie w postaci zatrzymanej płatności końcowej w wysokości wynoszącej 10% wartości wynagrodzenia (§ 6 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy) czyli łącznie 15% wynagrodzenia umownego..

3. W § 14 ust. 1 i 2 wzoru umowy Zamawiający powiązał datę rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości oraz rękojmi za wady z odbiorem bezusterkowym. W sytuacji gdy zamawiający jest zobowiązany do odbioru przedmiotu umowy, gdy nie ma wad istotnych i ma możliwość rozpoczęcia korzystania z niego to analogicznie jak w art. 568 § 1 kc i art. 577 § 4 kc powinno to skutkować rozpoczęciem okresu gwarancji jakości i rękojmi za wady.

Zarówno art. 577 § 4 kc w przypadku dotyczącym gwarancji jakości jak i art. 568 § 1 kc w przypadku rękojmi wiążą rozpoczęcie okresu odpowiedzialności za wady z momentem wydania rzeczy (wydanie przedmiotu umowy). W ocenie Odwołującego brak jest podstaw aby przesuwać w niniejszym zamówieniu ten termin na później i uzależniać go od daty usunięcia wad odbiorowych. Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych rozpoczęcie biegu gwarancji jakości i rękojmi za wady powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odborem końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowania) przez Zamawiającego.

4. W § 16 ust. 2 umowy Zamawiający powiązał zwrot 70% wartości zabezpieczenia z usunięciem wad odbiorowych podczas gdy zwrot zabezpieczenia powinien zgodnie z art. 151 ust.1 pzp powinien nastąpić po uznaniu zamówienia za należyte wykonane tj. po podpisaniu odbioru końcowego.

Odbioru bezusterkowego czy też braku wad na etapie odbioru końcowego nie można utożsamiać z pojęciem „należytego wykonania umowy” wskazanym w art. 151 ust. 1 pzp. W tym zakresie należy odwołać się do poglądu zaprezentowanego w wyroku KIO z dnia 29 listopada 2019 r. w sprawie 2311/19, gdzie wskazano, że

Nie należy natomiast utożsamiać pojęcia "odbior bezusterkowy" z pojęciem "należytego wykonania zamówienia", bowiem to ostatnie jest pojęciem szerszym, odnoszącym się, w ocenie składu, do szerszego katalogu przesłanek stanowiącego o prawidłowej realizacji zadania inwestycyjnego.

Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość.

5. Zgodnie z poglądami KIO wysokość kar umownych z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy nie powinna przekraczać kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy.

W ocenie odwołującego brak limitu kar umownych stanowi naruszenie przepisów pzp. W tym zakresie odwołać należy się do następujących wyroków KIO

WYROK z dnia 18 września 2020 r. Sygn. akt: KIO 1829/20, KIO 1834/20

1.4 Modyfikację § 29 ust. 4 Wzoru Umowy i nadanie mu brzmienia: "Łączna suma naliczonych kar umownych nie przekroczy 20% ceny brutto przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem, że jeżeli została naliczona kara umowna za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to łączna suma kar nie przekroczy 30% ceny brutto Umowy".

W ocenie Izby określenie limitu kar umownych na poziomie 100% wartości przedmiotu zamówienia w praktyce oznacza brak jakiegokolwiek limitu kar - z przyczyn określonych w § 29 Wzoru Umowy Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie do hipotetycznego pozbawienia wykonawcy całego wynagrodzenia z tytułu realizacji zadania. Wskazać przy tym należy, że zgodnie z § 29 ust. 1 pkt 12 wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w wysokości 10% ceny brutto. Trudno w tej sytuacji uznać, że wykonawca mający świadomość, że kara za odstąpienie od umowy wynosi 10% ceny brutto, w obliczu wystąpienia istotnych trudności z prawidłową realizacją przedmiotu zamówienia czekał, aż Zamawiający w oparciu o § 29 ust. 4 Wzoru Umowy całkowicie pozbawi go wynagrodzenia. W efekcie uznać należy, że faktyczny limit kar umownych nie został określony.

WYROK z dnia 21 lipca 2020 r. Sygn. akt: KIO 1270/20

1.2 określenie we wzorze umowy dla Zadania 1 i Zadania 2 maksymalnego limitu kar umownych jakie mogą zostać w skali jednego miesiąca nałożone na wykonawcę.

*Izba uwzględniła zarzut nr 5 odwołania wyłącznie w zakresie twierdzenia Odwołującego o braku określenia przez Zamawiającego **limitu kar umownych** w skali miesiąca. Brak takiego **limitu** utrudni bądź uniemożliwi wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu prawidłową kalkulację ryzyk wynikających z możliwości naliczenia przez Zamawiającego **kar umownych**. W tym zakresie Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Określenie katalogu **kar umownych** i okoliczności w jakich*

mogą one zostać nałożone na wykonawcę stanowi szeroko rozumiany element opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego było - zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp - opisanie go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Brak ustanowienia **limitu kar** jakie mogą być nałożone na wykonawcę w jednostce czasu - w przypadku przedmiotowego zamówienia - w ciągu jednego miesiąca, może powodować niepewność wykonawców co do warunków i sposobu realizacji tego zamówienia. Izba uznała jednak, że zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp określenie wysokości tego **limitu** leży w gestii i kompetencjach Zamawiającego.

WYROK z dnia 22 listopada 2019 r. Sygn. akt: KIO 2228/19, KIO 2249/19

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że - wbrew stanowisku odwołującego - zamawiający określił w projektach umów maksymalną kwotę **kar umownych**. Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający wskazał w § 14 ust. 3 pkt 1 lit. c wzorów umów, że ma prawo do rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku gdy suma naliczonych wykonawcy **kar umownych** od początku trwania umowy przekroczy 30 % ceny ofertowej. Zamawiający określił zatem maksymalną wysokość **kar umownych**, po osiągnięciu której uprawniony będzie do odstąpienia od umowy. Odwołujący FBService nie może zatem utrzymywać, że nie jest w stanie skalkulować ryzyka poniesienia **kar**, gdyż nie zna ich górnego **limitu** czy terminu. Wykonawca rozsądnie oceniający ryzyko powinien założyć, że mogą na niego zostać nałożone kary **umowne** w łącznej wysokości 30% ceny ofertowej. Odwołujący FBService słusznie wskazał, że postanowienie z § 14 ust. 3 pkt 1 lit. c wzorów umów obejmuje uprawnienie a nie obowiązek zamawiającego do odstąpienia od umowy. Trudno jednak zakładać, że zamawiający po nałożeniu tak wysokich **kar umownych**, które łącznie osiągną 30% ceny oferty zdecyduje się na kontynuowanie realizacji umowy z tak nierzetelnym wykonawcą. W związku z tym można było uznać, że zamawiający określił **limit kar umownych** na tyle dostatecznie, że nie będzie można mówić o tzw. zobowiązaniu wiecznym.

WYROK z dnia 4 września 2018 r. Sygn. akt: KIO 1601/18

wprowadzenie w § 5 IPU postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający określi górny **limit kar umownych** związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia, które są określone w § 5 ust. 2 - 10 IPU, w wysokości odpowiadającej wysokości kary **umownej** zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia; Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie **kar umownych**. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące **kar umownych** nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie **limitu kar umownych** do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyka i należyłą wycenę oferty.

Odwołujący stoi na stanowisku, że brak limitu kar umownych stanowi naruszenie zasady proporcjonalności i skutkuje zbyt jednostronnymi zapisami umowy zwłaszcza biorąc pod uwagę ilość przypadków, w których zamawiający może nałożyć kar na wykonawcę. Zwrócić należy uwagę, że w nowym pzp ustawodawca wprost w art. 436 pkt 3 nowego pzp, nakazał aby w umowach o zamówienie publiczne ustalić łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony. Odwołujący ma świadomość, że analogicznego przepisu nie ma w ustawie pzp nie mniej jednak obowiązek ustanowienia takiego limitu można wyprowadzić z zasady proporcjonalności zawartej w art. 7 pzp. Pomocne w tym zakresie może być uzasadnienie projektu ustawy nowego pzp, gdzie wskazano, że:

Zmiany w obszarze przepisów dotyczących umów w sprawie zamówień publicznych (dalej „umowa”) mają zasadniczo trzy cele:

Ograniczenie negatywnego zjawiska wskazanego w Koncepcji prawa zamówień publicznych, tj. zbyt jednostronnego kształtowania postanowień umów przez zamawiających.

Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości

zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przeliczenie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnienie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). (...)

W art. 436 projektu ustawy wskazuje się postanowienia, które obligatoryjnie powinna zawierać każda umowa, takie jak kwestie terminu jej wykonania oraz warunków płatności czy limitowanie kar umownych. (s. 82-83 uzasadnienia projektu ustawy nowego pzp).

Powyższe potwierdza, że na gruncie przepisów pzp ustawodawca uznał, że zapisy umów są kształtowane przez zamawiających w sposób nieproporcjonalny i jednostronny. W celu eliminacji tego zjawiska ustawodawca uznał, że koniecznym jest aby umowy w zamówieniach publicznych zawierały limit kar umownych. Z uwagi na to, że w pzp obowiązuje zasada proporcjonalności to już na bazie art. 7 pzp można stwierdzić, że brak limitu kar umownych narusza zasadę proporcjonalności a umowa bez takiego limitu jest zbyt jednostronna.

6. W § 14 ust. 4 umowy zamawiający ustalił, że usunięcie wad w okresie gwarancji i rękojmi ma następować poprzez wymianę elementu na wolny od wad czym jednocześnie wyłączył możliwość usunięcia wad poprzez naprawę nawet jeżeli naprawa jest prostsza, szybsza, tańsza i nie wpływa na jakość przedmiotu zamówienia.

W § 14 ust. 4 umowy zamawiający zastrzegł, że w przypadku stwierdzenia wad w określonych elementach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do ich wymiany. Zwrócić należy uwagę, że katalog wymienionych elementów obejmuje w zasadzie wszystkie elementy, jakie mają być dostarczone i zamontowane w wykonywanym obiekcie gdyż obejmuje nie tylko wyposażenie i urządzenia ale również wbudowane materiały.

W ocenie Wykonawcy ograniczenie sposobu usunięcia wady jedynie poprzez wymianę wadliwego elementu nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia i jest wymaganiem nieproporcjonalnym do specyfiki przedmiotu zamówienia i tym samym narusza art. 7 pzp. W zdecydowanej większości przypadków wystąpienia wad dla ich usunięcia wystarczające jest dokonanie naprawy uszkodzonego elementu a nie dokonywanie jego wymiany. Problemy z funkcjonowaniem jakiegoś urządzenia mogą być najczęściej usunięte poprzez jego regulację, czy też wymianę niedziałającego podzespołu a nie poprzez wymianę całego urządzenia na nowe – niedziałający samozamykacz w drzwiach nie powinien skutkować wymianą całych drzwi czy też wymianą samozamykacza jeżeli problem można rozwiązać poprzez regulację (np. dokręcenie śrub i ustawienie drzwi).

Naprawa poprzez wymianę wadliwego elementu na nowy jest też niekorzystne dla zamawiającego, gdyż w znacznej większości przypadków będzie stanowił utrudnienie i komplikację dla zamawiającego – szybciej można dokonać naprawy wadliwego elementu (np. drzwi jak powyżej) niż oczekiwać na wyprodukowanie, dostarczenie i zamontowanie nowego elementu. Co więcej w przypadku urządzeń, które zostały zabudowane ich wymontowanie i zastąpienie nowym urządzeniem może skutkować znacznymi komplikacjami.

Wyłączenie przewidzianego w kc sposobu usunięcia wady w ramach rękojmi i gwarancji poprzez naprawę nie znajduje uzasadnienia i jest nadmiernym obciążeniem dla wykonawcy i w zdecydowanej większości przypadków będzie generować niepotrzebne i nieuzasadnione koszty.

7. Wyłączenie możliwości zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia z powodu warunków atmosferycznych panujących w okresach zimowych nie znajduje żadnego uzasadnienia, tym bardziej, że Zamawiający dopuścił możliwość zmiany terminu z powodu warunków atmosferycznych panujących latem.

W § 17 ust. 2 pkt 1) umowy zamawiający przewidział możliwość zmiany terminu realizacji przedmiotu zamówienia z powodu warunków atmosferycznych. Jednocześnie w § 17 ust. 2 pkt 2) umowy Zamawiający wyłączył możliwość zmiany terminu jeżeli niekorzystne warunki atmosferyczne występowały w okresie zimowym zdefiniowanym w § 17 ust. 2 pkt 2 umowy. Zestawiając ze sobą zapisy zwarte w pkt 1 i 2 oznacza to, że tylko warunki atmosferyczne panujące latem będą dawały prawo do zmiany terminu realizacji. W ocenie Odwołującego takie zapisy nie do końca mają logiczny sens gdyż częściej warunki pogodowe występujące zimą

będą blokowały możliwość wykonania robót niż warunki panujące latem. Co więcej to warunki zimowe znacznie częściej powodują zagrożenie dla prawidłowości wykonania robót (np. zbyt niskie temperatury dla wykonania robót żelbetowych) lub też całkowicie eliminują możliwość wykonania danych robót (wykonywanie nasadzeń zieleni zimą). Część zamawiających z uwagi na zagrożenie wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych w okresie zimowym z uwagą na specyfikę danego zamówienia i zagrożenie dla prawidłowego wykonania robót z góry zakłada przerwy zimowe i zakazuje realizacji robót (tak przewidują umowy z GDDKiA na realizację inwestycji drogowych). Oczywiście specyfika niniejszego zamówienia nie uzasadnia z góry przerwy w realizacji przedmiotu zamówienia ale nie można wykluczyć, że niekorzystne warunki panujące w zimie będą stanowiło zagrożenie dla prawidłowego wykonania robót i tym samym uniemożliwią ich realizację. W związku z tym, że jest to okoliczność niezależna od stron powinno to skutkować zmianą terminów realizacji przedmiotu umowy.

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