



Pruszków, dnia 01 grudnia 2022 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Politechnika Krakowska im. Tadeusza Kościuszki
ul. Warszawska 24, budynek W-9/pok. 110
31-155 Kraków
E-mail: zampub@pk.edu.pl

Osoba do kontaktów: Danuta Karlikowska
Tel.: +48 12 628 26 61

Odwołujący:

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru
Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m.st
Warszawy w Warszawie

XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
pod numerem KRS 0000054588

reprezentowany przez:

radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza

adres do korespondencji:

CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10
05-800 Pruszków
E-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com
Tel.: 609 043 322

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem jest: „Budowa budynku Centrum Pro-Ekologicznych Technologii Energetycznych (CePTE) wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną, drogą wewnętrzną, chodnikami i miejscami postojowymi – kampus Czyżyny, Kraków, Al. Jana Pawła II 37”

Znak sprawy u Zamawiającego: KA-2/129/2022

Numer ogłoszenia: Ogłoszenie nr 645412-2022-PL (Dz.U./S S224) opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 listopada 2022 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”) na podstawie przepisu art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „**ustawą Pzp**”), wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym w szczególności projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu cywilnego.

I. Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

TERMIN REALIZACJI

1. **art. 353¹ kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy Pzp i art. 436 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp** poprzez wskazanie w SWZ (pkt. 6.2) i we wzorze umowy (§ 4 ust. 1 pkt. 2)) terminu realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z wymaganiami ustawy Pzp, tj. poprzez określenie, że: *Zamawiający wymaga wykonania minimum 80% wartości kontraktu wraz z jego rozliczeniem do końca grudnia 2023 roku*, dodatkowo obwarowując ten warunek bardzo wysoką karą umowną w § 16 ust. 2 pkt. 17 wzoru umowy (w wysokości 10% kwoty wynagrodzenia brutto), podczas gdy:
 - a) ustawa Pzp wymaga, by termin realizacji (w tym ewentualne terminy pośrednie) był określony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach liczonych np. od dnia zawarcia Umowy;
 - b) taki termin realizacji, uwzględniając specyfikę i zakres realizacji przedmiotu umowy, jest niemożliwy do osiągnięcia (z przyczyn szczegółowo opisanych w uzasadnieniu Odwołania);
 - c) taki sposób sformułowania terminu realizacji stanowi de facto przerzucenie na wykonawcę ryzyk, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, wbrew realnym możliwościom terminowym związanym z realizacją przedmiotowego zamówienia,
 - d) a dodatkowo taki sposób sformułowania terminu realizacji jest niejasny i nieprecyzyjny, nie precyzuje bowiem jak należy określić przedmiotowe „minimum 80% wartości kontraktu” i co oznacza „wraz z jego rozliczeniem”, tj. czy chodzi o wystawienie faktury na ten zakres robót przez wykonawcę, czy też o jej zapłatę przez Zamawiającego, co – przy tej ostatniej interpretacji – dodatkowo czyniłoby ten termin zależnym od działań bądź zaniechań Zamawiającego i stanowiłoby rażące nadużycie prawa do kształtowania warunków umowy, uwzględniając wysoką karę, jaką Zamawiający zastosował za nie osiągnięcie tego terminu;

w powiązaniu z powyższym zarzutem dotyczącym terminu Odwołujący kwestionuje również sformułowanie kary umownej za jego nie osiągnięcie, stawiając zarzut naruszenia:

2. **art. 16 pkt. 1, 2, 3 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na sformułowanie postanowienia dotyczącego kar umownych za naruszenie terminu pośredniego w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy, a to w szczególności poprzez zastosowanie w § 16 ust. 2 pkt. 17) wzoru umowy kary umownej za nie osiągnięcie terminu pośredniego realizacji, tj. w przypadku zwłoki w wykonaniu minimum 80% wartości kontraktu wraz z jego rozliczeniem w terminie do końca 2023 r. Zamawiającemu należna będzie kara umowna w wysokości 10% kwoty wynagrodzenia brutto, podczas gdy:
- a) kara ta jest rażąco wygórowana i nie jest uzależniona od liczby dni zwłoki, w jakiej znalazł się wykonawca, co oznacza że Zamawiający może naliczyć tę karę nawet w przypadku niewielkiej, jednodniowej zwłoki w realizacji umownych zobowiązań;
 - b) z przyczyn określonych już w powyższym zarzucie nr 1. osiągnięcie terminu realizacji, od którego uzależniona jest kara, jest niemożliwe, zatem w zasadzie pewnym jest spełnienie się warunków do ukarania wykonawcy przedmiotową karą;
 - c) sformułowanie postanowienia dotyczącego kary umownej jest niejasne, wątpliwości bowiem budzi jak należy interpretować pojęcie „minimum 80% wartości kontraktu” i co oznacza „wraz z jego rozliczeniem”, tj. czy chodzi o wystawienie faktury na ten zakres robót przez wykonawcę, czy też o jej zapłatę przez Zamawiającego, co – przy tej ostatniej interpretacji – uzależniałoby naliczenie kary umownej od działań bądź zaniechań Zamawiającego, zatem stanowiłoby również nadużycie prawa do formułowania postanowień umowy o zamówienie publiczne przez Zamawiającego;
 - d) Zamawiający zastosował już w § 16 ust. 2 pkt. 2) wzoru umowy karę umowną za brak terminowej realizacji zobowiązań, uzależnioną od osiągnięcia terminu końcowego, w innej (mniejszej) wysokości, zatem Zamawiający może karać wykonawcę podwójnie, różnymi karami umownymi w przypadku przekroczenia terminu, a dodatkowo kara umowna za brak osiągnięcia terminu pośredniego (która mogłaby mieć ewentualnie charakter porządkujący) jest wielokrotnie wyższa niż kara umowna za nie osiągnięcie terminu końcowego całej inwestycji.

LIMIT KAR UMOWNYCH

3. **art. 436 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 353¹ kc i art. 647 kc w zw. z art. 484 § 2 w zw. z art. 483 kc i art. 473 § 1 kc** ze względu na sformułowanie postanowień dotyczących kar umownych w sposób nadużywający swobody Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych, uniemożliwiający wykonawcy prawidłowe oszacowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz mogący prowadzić do niczym nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy w § 16 ust. 7 rażąco wygórowanego limitu kar umownych, tj. wskazanie że: *Suma kar umownych nie może przekroczyć 50 % kwoty określonej w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy*, podczas gdy limit na tym poziomie znacząco odstaje od realiów rynkowych, a górny limit kar umownych nie powinien przekraczać łącznie wysokości kary z tytułu odstąpienia od umowy (§ 16 ust. 2 pkt. 1) wzoru umowy) tj. 10% wartości wynagrodzenia. Ustalenie górnego limitu kar umownych przekraczającego wysokość kary umownej zastrzeżonej z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia jest

nieproporcjonalne, prowadzi na naruszenia zasad kontraktowania i bezpodstawnie wzbogaca Zamawiającego. Zamawiający z tytułu nieprawidłowego wykonania umowy (np. nieterminowego wykonania umowy) będzie mógł naliczyć karę wyższą niż z tytułu niewykonania umowy w całości, co jest nadmiernym i nieproporcjonalnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji zamówienia, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców. Ponadto żądanie kar jednostkowych ponad karę za odstąpienie jest niezasadne i niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego;

PODWYKONAWCY – KAUCJA:

4. naruszenie **art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp, art. 437 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 447 ust 1 ustawy Pzp, art. 464 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp, art. 465 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 647¹ § 1 i 3 kc** w zakresie w jakim w sposób nadmierny nieproporcjonalny i niesłużący ochronie Zamawiającego ingeruje on w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą uniemożliwiając wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie pieniężnej (poprzez umowne dokonanie potrąceń), co przejawia się w sformułowaniu takiego wymagania co do treści umów podwykonawczych, które brzmi: *zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie może zostać ustalone w postaci zatrzymywania (niewypłacania) części wynagrodzenia Podwykonawcy* (§ 11 ust. 5 wzoru umowy odsyła do tabeli stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy nr KA-2/129/2022 – Wymagania dla umów z Podwykonawcami, która w pkt. 2 stanowi jak wyżej). Odwołujący podkreśla, że stawiając taki wymóg dla treści umów podwykonawczych Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą, do dodatkowo pozostaje w sprzeczności z przyjętą praktyką rynkową dotyczącą stosowania w umowach z podwykonawcami zabezpieczenia w formie kaucji pieniężnej. Wprowadzone ograniczenie może uniemożliwić otrzymanie jakiegokolwiek zabezpieczenia od niektórych podwykonawców.

ODBIÓR BEZUSTERKOWY

5. naruszenie **art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 647 kc** poprzez zawarcie w treści wzoru umowy postanowień dających Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru przedmiotu umowy w sytuacji wystąpienia wad lub usterek, jak również wymaga przeprowadzania takich odbiorów między wykonawcą a podwykonawcą/dalszymi podwykonawcami, tj. w szczególności:
 - a) w § 5 ust. 2 pkt. 2) lit. d wzoru umowy Zamawiający przewiduje m.in., że wraz z zestawieniem rzeczowo – finansowym wykonanych robót zgłoszonych do odbioru częściowego, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu *protokołów odbiorów częściowych podpisanych pomiędzy Wykonawcą a jego podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, jeżeli wykonywali oni daną część Przedmiotu umowy. W przypadku, jeśli w tych protokołach zawarte będą zastrzeżenia co do jakości wykonywanych prac Wykonawca, podwykonawcy lub dalsi podwykonawcy zobligowani są do przedstawienia dokumentu potwierdzającego usunięcie stwierdzonych wad.* Postanowienie to wskazuje, że Zamawiający wymaga przeprowadzania przez wykonawcę z podwykonawcami/dalszymi podwykonawcami

- „odbiorów bezusterkowych” nawet na etapie odbiorów częściowych, wykluczających istnienie nawet niewielkich wad (o charakterze nieistotnym). Dodatkowo warunkuje to możliwość przystąpienia do odbioru częściowego robót z Zamawiającym;
- b) § 5 ust. 2 pkt. 3) lit. d) czwarty tiret wzoru umowy przewiduje, że wraz ze zgłoszeniem Zamawiającemu gotowości do odbioru końcowego, Wykonawca zobowiązany jest załączyć m.in. *protokoły odbiorów końcowych, podpisanych pomiędzy Wykonawcą a jego podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami. W przypadku, jeśli w tych protokołach zawarte będą zastrzeżenia co do jakości wykonywanych robót Wykonawca, podwykonawcy lub dalsi podwykonawcy **zobligowani są do przedstawienia dokumentu potwierdzającego usunięcie stwierdzonych wad.*** Postanowienie to wskazuje, że Zamawiający wymaga przeprowadzania przez wykonawcę z podwykonawcami/dalszymi podwykonawcami „odbiorów bezusterkowych”, wykluczających istnienie nawet niewielkich wad. Dodatkowo warunkuje to możliwość przystąpienia do odbioru końcowego robót z Zamawiającym;
- c) § 5 ust. 2 pkt. 3) lit. g) wzoru umowy przewiduje uprawnienie dla Zamawiającego by odmówił przeprowadzenia odbioru końcowego Przedmiotu umowy, *jeżeli po przystąpieniu do czynności odbioru zostanie stwierdzone, że Przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót, niewłaściwego ich wykonania lub nie przeprowadzenia wszystkich prób; (...).* To postanowienie, poprzez użycie pojęcia otwartego „niewłaściwe wykonanie” de facto otwiera Zamawiającemu możliwość odmowy odbioru w przypadku istnienia jakichkolwiek, nawet drobnych uwag do co jakości wykonania;
- d) § 5 ust. 2 pkt. 3) lit. h) wzoru umowy przewiduje, że „w przypadku stwierdzenia, w trakcie odbioru końcowego, wad i usterek Przedmiotu umowy (wykonanie Przedmiotu umowy niezgodnie z dokumentacją, sztuka budowlaną lub normami), które nadają się do usunięcia Zamawiający odmówi dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad. (...)Ponowne przystąpienie do odbioru końcowego przez Zamawiającego, nastąpi w ciągu 3 dni roboczych od daty ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru. Zamawiający dokona odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia usunięcia przez Wykonawcę wszystkich wad i usterek wymienionych w protokole usterek i wad” – w tym postanowieniu Zamawiający wprowadza „odbior bezusterkowy” i otwiera sobie drogę do odmowy odbioru końcowego w przypadku istnienia jakichkolwiek wad, nawet o nieistotnym charakterze;
- e) § 5 ust. 2 pkt. 3) lit. k) wzoru umowy odwołuje się do sankcji, jakie Zamawiający może zastosować w stosunku do wykonawcy w sytuacji, jeśli odbiór końcowy zakończy się po upływie terminu umownego, m.in. *w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego w trakcie przeprowadzania odbioru końcowego wad Przedmiotu umowy lub braku gotowości do odbioru.* Postanowienie to ponownie potwierdza, że Zamawiający przyjął dla odbioru robót formę „odbioru bezusterkowego”, a wystąpienie jakichkolwiek wad (nawet usuwalnych o charakterze nieistotnym) w trakcie odbioru może prowadzić do odmowy odbioru, przekroczenia terminu realizacji i wyciągnięcia w stosunku do wykonawcy finansowych konsekwencji;
- podczas gdy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa uprawnienie inwestora (Zamawiającego) do odmowy odbioru końcowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych zaś w przypadku zgłoszenia gotowości do odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlanej z wadami nieistotnymi inwestor (Zamawiający) zobowiązany jest dokonać odbioru końcowego, a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

II. Wnioski

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmiany treści SWZ i załącznika nr 11 do SWZ – wzoru umowy poprzez:

1. **W zakresie zarzutu dotyczącego przyjęcia terminu realizacji poprzez określenie daty dziennej** – wnosimy o zmianę postanowień SWZ i wzoru umowy w taki sposób, by przewidywały termin realizacji poprzez wskazanie liczby miesięcy od dnia podpisania umowy o zamówienie na zrealizowanie 80% wartości kontraktu, tj. odpowiednie dostosowanie postanowień § 4 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy oraz pkt. 6.2 SWZ tj. nadanie im na przykład następującego brzmienia:

SWZ pkt 6

6.1. Wykonanie całości robót budowlanych objętych zamówieniem : do 15 miesięcy od daty zawarcia umowy (wraz z odbiorem końcowym oraz uzyskaniem formalnego pozwolenia na użytkowanie).

6.2. Zamawiający wymaga wykonania minimum 80 % wartości kontraktu ~~wraz z jego rozliczeniem do końca grudnia 2023 roku~~ w terminie do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy

§ 4 ust. 1

1. Wykonawca zobowiązany jest do realizacji Przedmiotu umowy w następujących terminach:

1) (...)

2) Zamawiający wymaga wykonania minimum 80 % wartości kontraktu ~~wraz z jego rozliczeniem do końca grudnia 2023 roku~~ w terminie do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy

EWENTUALNIE

Odwołujący wskazuje, że przy zachowaniu przez Zamawiającego części postanowienie dotyczącego rozliczenia, koniecznym byłoby doprecyzowanie co rozumiane jest jako „rozliczenie” w tym przypadku, tj. np. poprzez wskazanie w nawiasie: *rozumianym jako wystawienie przez Wykonawcę faktury/faktur VAT za zrealizowane w ramach tych 80% roboty*

2. **W zakresie zarzutu dotyczącego zastosowania rażąco wygórowanej kary za zwłokę w wykonaniu minimum 80% wartości kontraktu wraz z jego rozliczeniem w terminie do końca 2023 r.** Odwołujący wnioskuję o dostosowanie wzoru umowy do wymagań określonych przepisami i wykreślenie przedmiotowej kary w całości i wszelkich ewentualnych odniesień do niej, tj. o wykreślenie § 16 ust. 2 pkt 17 wzoru umowy.

3. **W zakresie zarzutu dotyczącego wygórowanego maksymalnego limitu kar umownych** – wnosimy o dostosowanie przyjętego przez Zamawiającego limitu kar do przepisów prawa i realiów rynkowych poprzez jego zmniejszenie i dostosowanie do wielkości przyjętej jako kara za odstąpienie od umowy, tj. wnosimy o dokonanie w § 16 ust. 7 wzoru umowy następujących zmian:

7. Suma kar umownych nie może przekroczyć ~~50~~10 % kwoty określonej w § 6 ust. 1 niniejszej Umowy.

4. **W zakresie zarzutu dotyczącego ingerencji w treść umów wykonawcy z podwykonawcami/dalszymi podwykonawcami** Odwołujący wnosi o dostosowanie wzoru umowy do przepisów prawa i wykreślenie kwestionowanego postanowienia, tj. o wykreślenie z pkt. 2 tabeli stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy nr KA-2/129/2022 – Wymagania dla umów z Podwykonawcami, do której odsyła § 11 ust. 5 wzoru umowy postanowienia które brzmi: ~~zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie może zostać ustalone w postaci zatrzymywania (niewypłacania) części wynagrodzenia Podwykonawcy~~
5. **W zakresie zarzutu dotyczącego zastosowania przez Zamawiającego bezusterkowego odbioru końcowego** Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień wzoru umowy do przepisów prawa i wprowadzenie we wzorzec umowy postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru w sytuacji gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru końcowego), a uprawnienie do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy). Zmiana taka mogłaby polegać w szczególności na wprowadzeniu do istniejących postanowień wzoru umowy np. następujących zmian w § 5 ust. 2 pkt. 3) lit. d, g, h i k oraz analogicznie w postanowieniu dotyczącym odbiorów częściowych, w zakresie dotyczącym podwykonawców, tj. § 5 ust. 2 pkt. 2) lit. d:

§ 5 ust. 2 pkt. 2) lit. d) wzoru umowy:

d) dokonanie odbioru częściowego Przedmiotu umowy następuje na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę zestawienia rzeczowo – finansowego potwierdzonego przez inspektora nadzoru ze strony Zamawiającego/Zamawiającego i jest on przeprowadzany przez przedstawicieli Zamawiającego w obecności Wykonawcy, w terminie 14 dni roboczych od daty zgłoszenia wykonania poszczególnych części Przedmiotu umowy i przedłożenia kompletnych dokumentów niezbędnych do dokonania odbioru częściowego. Wraz z zestawieniem rzeczowo – finansowym wykonanych robót zgłoszonych do odbioru częściowego, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu protokołów odbiorów częściowych podpisanych pomiędzy Wykonawcą a jego podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, jeżeli wykonywali oni daną część Przedmiotu umowy. ~~W przypadku, jeśli w tych protokołach zawarte będą zastrzeżenia co do jakości wykonywanych prac Wykonawca, podwykonawcy lub dalsi podwykonawcy zobligowani są do przedstawienia dokumentu potwierdzającego usunięcie stwierdzonych wad~~

§ 5 ust. 2 pkt. 3) wzoru umowy:

(...)

*d) Wraz ze zgłoszeniem Zamawiającemu gotowości do odbioru końcowego, Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej dla wszystkich branż (2 egzemplarze w wersji papierowej plus 2 x wersja elektroniczna w plikach *.pdf plus rysunki w formacie *.dwg /ACAD/), wraz z niezbędnymi protokołami z wyników pomiarów, niezbędnymi atestami, w tym CE. Do dokumentacji powykonawczej należy dołączyć również:*

- Dokumentację fotograficzną przebiegu prac,*
- Wykaz wbudowanych materiałów i urządzeń wraz z deklaracjami zgodności lub certyfikatami zgodności, zatwierdzone przez Inspektora Nadzoru karty materiałowe.*

- dziennik budowy, zaświadczenia właściwych jednostek i organów, protokoły odbiorów technicznych i odbiorów częściowych, świadectwa kontroli jakości, certyfikaty i aprobaty techniczne
- protokoły odbiorów końcowych, podpisanych pomiędzy Wykonawcą a jego podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami. ~~W przypadku, jeśli w tych protokołach zawarte będą zastrzeżenia co do jakości wykonywanych robót Wykonawca, podwykonawcy lub dalsi podwykonawcy zobligowani są do przedstawienia dokumentu potwierdzającego usunięcie stwierdzonych wad.~~

(...)

g) Zamawiający ma prawo odmówić przeprowadzenia odbioru końcowego Przedmiotu umowy, jeżeli po przystąpieniu do czynności odbioru zostanie stwierdzone, że Przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót, ~~niewłaściwego ich wykonania lub nie przeprowadzenia wszystkich prób; w szczególności~~ Zamawiający może podjąć decyzję o przerwaniu odbioru, **tylko** jeżeli w czasie tych czynności ujawniono istnienie **takich wad o charakterze istotnym**, które uniemożliwiają użytkowanie Przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem - aż do czasu usunięcia tych wad. Wady usuwa Wykonawca na własny koszt. W takiej sytuacji stosuje się odpowiednio postanowienia zawarte w ppkt h poniżej;

h) W przypadku stwierdzenia, w trakcie odbioru końcowego, wad i usterek Przedmiotu umowy (wykonanie Przedmiotu umowy niezgodnie z dokumentacją, sztuka budowlaną lub normami), **które nie mają charakteru istotnego, to jest które nie uniemożliwiają użytkowania Przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem oraz** nadają się do usunięcia Zamawiający **dokona odbioru, zaś w protokole odbioru końcowego odmówi dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad.** ~~Stwierdzone wady i usterki zostaną odnotowane w protokole usterek i wad i~~ strony ustalą termin ich usunięcia z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wykonanie prac z tym związanych. **Jeśli stwierdzone wady będą miały charakter istotny lecz nadają się do usunięcia, Zamawiający może wstrzymać się z odbiorem do czasu usunięcia takich wad (zgodnie z lit. g) powyżej), a strony w protokole to oznaczą i ustalą termin usunięcia takich wad istotnych z uwzględnieniem czasu niezbędnego na wykonanie prac z tym związanych.** Wyznaczenie terminu usunięcia wad **istotnych** nie oznacza przedłużenia terminu wykonania robót budowlanych, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1). W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest do zdemontowania wadliwie wykonanej części, elementu i do wykonania jej ponownie bez wad, bez dodatkowego wynagrodzenia. Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia Zamawiającego (Inspektora Nadzoru) o usunięciu wad **istotnych** z prośbą o wyznaczenie terminu na dokonanie odbioru końcowego, w tym odbioru robót zakwestionowanych uprzednio jako wadliwych. Ponowne przystąpienie do odbioru końcowego przez Zamawiającego, nastąpi w ciągu 3 dni roboczych od daty ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru. Zamawiający dokona odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia usunięcia przez Wykonawcę wszystkich wad **istotnych** ~~i usterek~~ wymienionych w protokole **o którym mowa powyżej** ~~usterek i wad~~;

(...)

k) Jeżeli odbiór końcowy robót budowlanych zakończy się po upływie terminu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1) wskutek niedochowania przez Wykonawcę obowiązku określonego w ppkt c) powyżej lub w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego w trakcie przeprowadzania

odbioru końcowego wad istotnych Przedmiotu umowy lub braku gotowości do odbioru, to w takim przypadku termin wykonania robót budowlanych, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt. 1) nie został przez Wykonawcę dochowany, a Zamawiający zachowuje prawo do naliczenia kar umownych, o których mowa w § 16 ust. 2 pkt 2 niniejszej umowy

III. Interes w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy Pzp. Postanowienia zawarte w SWZ w zakresie ustalenia terminów realizacji robót objętych zamówieniem, a także postanowienia zawarte we wzorze umowy, będącym załącznikiem do SWZ, są niezgodne z ustawą Pzp i kodeksem cywilnym. Formułując postanowienia wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), gdyż w sposób niezgodny z kodeksem cywilnym wprowadza np. tzw. odbiór bezusterkowy (możliwość odmowy odbioru z powodu istnienia jakichkolwiek wad), co mając na względzie skalę inwestycji oraz specyfikę zamówienia polegającego na wykonaniu robót budowlanych może doprowadzić do nieuzasadnionego przedłużania czynności odbiorowych. Ponadto Zamawiający wprowadził do wzoru umowy postanowienia wprost niezgodne z przepisami ustawy PZP, dotyczące w szczególności terminu realizacji określonego datą dzienną, a także w zakresie rozliczeń z podwykonawcami. Dodatkowo sposób sformułowania niektórych postanowień umownych sugeruje, że Zamawiający nadużywa swojego prawa do kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne.

Z uwagi na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady określone ustawą PZP oraz kodeksem cywilnym, Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania i w dążeniu do zmiany postanowień SWZ, jako że chciałby mieć możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a jeśli zostanie ona wybrana – chciałby mieć możliwość zawarcia prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowy z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia, który zostanie odebrany przez Zamawiającego, a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

IV. Termin i wymogi formalne

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE w dniu 21 listopada 2022 r. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 01 grudnia 2022 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

Odwołujący przed wniesieniem odwołania dokonał opłaty wpisowej od odwołania oraz przekazał kopie odwołania Zamawiającemu - dowody w załączeniu.

UZASADNIENIE

UWAGI OGÓLNE

W pierwszej kolejności, pragniemy podkreślić, iż celem Odwołującego nie jest doprowadzenie do ukształtowania warunków realizacji przedmiotu zamówienia jak najbardziej dogodnych dla wykonawców, niezależnie od potrzeb Zamawiającego. Celem Odwołującego jest by

Postępowanie zostało przeprowadzone, a Zamówienie zostało udzielone, z poszanowaniem przepisów prawa, zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz zachowania równowagi stron umowy na realizację Zamówienia. Tylko takie sformułowanie warunków umowy daje gwarancje należytego wykonania zamówienia i osiągnięcia zamierzonych celów zarówno przez Zamawiającego – zainteresowanego otrzymaniem przedmiotu umowy o wysokiej jakości, jak i po stronie Wykonawcy – zainteresowanego należytym wykonaniem Zamówienia i w konsekwencji uzyskaniem doświadczenia niezbędnego do prowadzenia działań na rynku zamówień publicznych oraz osiągnięciem zysku i profitów finansowych w postaci odpowiedniego wynagrodzenia, co pozostaje w zgodzie z istotą prowadzenia działalności gospodarczej i odpłatnym charakterem zamówienia publicznego.

Konieczność realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w oczywisty sposób wpływa na ograniczenie zasady swobody umów w obszarze zamówień publicznych, niemniej jednak należy dostrzec, iż **swoboda Zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy nie jest nieograniczona**. Należy zwrócić uwagę na treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 897/15, w którym Izba zauważyła, że ustalenie przez Zamawiającego warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może nadużywać swojego prawa podmiotowego, a granicami oceny, czy do takiego nadużycia doszło jest przepis art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz klauzula generalna z art. 5 Kodeksu cywilnego

Odwołujący, w ślad za stanowiskiem zaprezentowanym przez Izbę wskazuje, iż „Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 k.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie." (wyrok KIO z dnia 6 listopada 2014 roku, sygn. akt: KIO 2177/14).

Podkreślić należy, iż Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10 stwierdził, iż negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe – Odwołujący poniżej przedstawia uzasadnienie poszczególnych zarzutów odwołania, dotyczących postanowień umowy o zamówienie publiczne, przedstawionych przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

TERMIN

W zakresie zarzutu dotyczącego sprzecznego z prawem zamówień publicznych sformułowania terminu realizacji przedmiotu zamówienia Odwołujący wyjaśnia, co następuje.

W § 4 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy i analogicznie w pkt. 6.2 SWZ Zamawiający wprowadził termin pośredni w następujący sposób: *Zamawiający wymaga wykonania minimum 80% wartości kontraktu wraz z jego rozliczeniem do końca grudnia 2023 roku.*

Wyżej wymieniony termin pośredni jest obostrzony wysoką karą umowną – jego nie dotrzymanie będzie sankcjonowane jednorazową karą w wysokości 10% wartości brutto umowy. Co do samej kary umownej Odwołujący sformułuje odrębne uzasadnienie poniżej. W tym miejscu jednak wskazać już można, że brak dotrzymania przedmiotowego terminu pośredniego wydaje się dla Zamawiającego kwestią kluczową i zapewne związany jest z innymi zobowiązaniami Zamawiającego. Nie uzasadnia to jednak sprzecznego z prawem jego wprowadzenia jak również sposobu, w jaki Zamawiający zamierza go egzekwować.

Skupiając się na samym terminie – Odwołujący wskazuje, że osiągnięcie 80% zaawansowania prac do końca 2023 r. wraz z koniecznymi formalnościami dla ich rozliczenia jest w zasadzie niemożliwe, mając na uwadze specyfikę robót budowlanych i uwarunkowania przetargu.

Zamawiający w pkt 18 SWZ wskazał, iż ofertę wraz z załącznikami należy złożyć za pośrednictwem Platformy w terminie do dnia 20.12.2022 do godz. 10:00. Jednocześnie Zamawiający wymaga od oferentów zgodnie z pkt 16 SWZ związania ofertą do dnia 19.03.2023 r. Odwołujący nie ma żadnego wpływu na to w jakim terminie zostanie podpisana umowa, bowiem jest to uzależnione wyłącznie od przebiegu procedury wyboru wykonawcy u Zamawiającego. Zakładając nawet, że umowa zostałaby podpisana w pierwotnym terminie związania ofertą, np. właśnie w ostatnim dniu tego terminu, tj. 19.03.2023 r., plac budowy zostałby przekazany w umownym terminie, a wybrany wykonawca zmobilizowałby się do koca marca 2023 r., **na zrealizowanie zasadniczej, bo 80% części robót zostałoby mu około jedynie około 7-8 miesięcy.**

Podkreślić należy, że Zamawiający wymaga w tym terminie nie tylko wykonania zasadniczej, 80% części robót, ale wskazuje że w kwestionowanym terminie dokonane ma zostać również „rozliczenie”. Nie można zatem zakładać, że wykonawca miałby czas do końca 2023 r. na realizowanie robót, bo pozostawałyby mu kwestie formalne i kwestie związane z rozliczeniem i zatwierdzaniem poszczególnych dokumentów, etc. Jak wskazywał już wyżej Odwołujący formułując zarzut – pojęcie „rozliczenia” nie jest jasne i nastrocza wątpliwości czy w tym czasie nie powinna zostać również dokonana zapłata za te roboty przez Zamawiającego, a to już w ogóle powodowałoby że osiągnięcie ww. terminu przez wykonawcę pozostawałoby w kontroli Zamawiającego.

Wracając do zagadnienia terminu – czas, który pozostawałby wykonawcy na wykonanie 80% wartości kontraktu to połowa czasu przewidziana na wykonanie całego zadania (Zamawiający w § 4 pkt 1 Umowy przewidział czas na wykonanie całego zadania 15 miesięcy od daty zawarcia umowy). Tymczasem z uwagi na skomplikowanie obiektu, jaki jest przedmiotem zamówienia - budynek posadowiony pośrednio na zbrojonych palach CFA, dla których nie jest jeszcze opracowany projekt technologiczny, brak projektu zabezpieczenia wykopu, etc. - przewidziany czas na wykonanie obiektu jest zbyt krótki, a tym samym nie jest możliwe zrealizowanie żądanego przez Zamawiającego zakresu prac (80%) w przyjętym w SWZ i wzorze umowy terminie.

Tym samym w ocenie Odwołującego przyjęte przez Zamawiającego postanowienia SWZ i umowy w odniesieniu do ww. terminu pośredniego naruszają wymienione w zarzucie przepisy ustawy. W szczególności ustawa pzp w art. 436 pkt. 1) wymaga, by umowa przewidywała *planowany termin*

zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną. Zamawiający nigdzie nie wskazał ewentualnej przyczyny, dla której zastosował taki a nie inny termin pośredni. Jednocześnie ww. przepis wymaga, by taka ewentualna przyczyna była obiektywna. Z ostrożności Odwołujący już teraz zaznacza, że nawet jeśli takie terminy wynikają dla Zamawiającego z zawartych przez niego innych zobowiązań, nie może to prowadzić do zastosowania w umowie o zamówienie publiczne terminu niemożliwego do osiągnięcia. Poza bowiem zasadniczą realizacją uwzględnić należy jeszcze do zrealizowania w tym terminie wszelkie wymagania formalne wynikające z procedury przetargowej, a w trakcie realizacji – wynikające z samej umowy, np. dotyczące odbioru i rozliczenia prac.

W zakresie odbiorów częściowych Zamawiający przewidział w § 5 ust. 2 pkt. 2) lit. d) wzoru umowy, że: *dokonanie odbioru częściowego Przedmiotu umowy następuje na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę zestawienia rzeczowo – finansowego potwierdzonego przez inspektora nadzoru ze strony Zamawiającego/Zamawiającego i jest on przeprowadzany przez przedstawicieli Zamawiającego w obecności Wykonawcy, **w terminie 14 dni roboczych od daty zgłoszenia wykonania poszczególnych części Przedmiotu umowy i przedłożenia kompletnych dokumentów niezbędnych do dokonania odbioru częściowego.** Wraz z zestawieniem rzeczowo – finansowym wykonanych robót zgłoszonych do odbioru częściowego, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia Zamawiającemu **protokołów odbiorów częściowych podpisanych pomiędzy Wykonawcą a jego podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami**, jeżeli wykonywali oni daną część Przedmiotu umowy. W przypadku, jeśli w tych protokołach zawarte będą zastrzeżenia co do jakości wykonywanych prac Wykonawca, podwykonawcy lub dalsi podwykonawcy zobligowani są **do przedstawienia dokumentu potwierdzającego usunięcie stwierdzonych wad.***

Zamawiający może zatem dokonywać odbioru częściowego przez 14 dni roboczych, a przeprowadzenie tego odbioru jest obostrzone dodatkowymi formalnościami, dotyczącymi chociażby podwykonawców.

Potwierdza się zatem, że termin przewidziany przez Zamawiającego jest nie tylko wymagający, ale wręcz niemożliwy do osiągnięcia.

Ponadto nawet gdyby przyjąć, że dla Zamawiającego dochowanie tego terminu wymagane jest przyjętymi przez niego innymi zobowiązaniami, to Zamawiającemu zgodnie z treścią art. 433 pkt. 3) ustawy Pzp nie wolno przerzucać na wykonawców ryzyk, które leżą wyłącznie po stronie Zamawiającego.

Tym samym uzasadniony jest wniosek Odwołującego, by przyjąć ewentualny termin pośredni dla zrealizowania 80% wartości umowy jako 12 miesięcy od dnia podpisania umowy o zamówienie w niniejszym postępowaniu.

KARA ZA ZWŁOKĘ W NIE DOTRZYMANIU TERMINU POŚREDNIEGO

W nawiązaniu do powyższych rozważań w ocenie Odwołującego jasne i zrozumiałe staje się, dlaczego wnioskuje on również o usunięcie z postanowień umowy w niniejszym postępowaniu kary umownej o której mowa w § 16 ust. 2 pkt. 17) wzoru umowy.

Kara ta jest sformułowana w następujący sposób, że w przypadku zwłoki w wykonaniu minimum 80% wartości kontraktu wraz z jego rozliczeniem w terminie do końca 2023 r. Zamawiającemu należna będzie kara umowna w wysokości 10% kwoty wynagrodzenia brutto.

W ocenie Odwołującego kara ta jest w pierwszej kolejności zastrzeżona za wykonanie zobowiązania, które jest niemożliwe do osiągnięcia, z przyczyn szczegółowo opisanych powyżej.

Po drugie – kara ta jest kara ta jest rażąco wygórowana i nie jest uzależniona od liczby dni zwłoki, w jakiej znalazłby się wykonawca. Zamawiający może naliczyć tę karę nawet w przypadku niewielkiej, jednodniowej zwłoki w realizacji umownych zobowiązań. Tym samym jej zastrzeżenie w takiej formie i wysokości prowadzić musi do wniosku, że celem tej kary nie jest dyscyplinowanie wykonawcy czy rekompensata rzeczywistej szkody. Zastosowanie tej kary może natomiast doprowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem wykonawcy. Tak sformułowane postanowienie umowne powoduje możliwość zastosowania bardzo wysokiej kary nawet za niewielkie uchybienie terminowi, które mogą w żaden sposób nie wpływać na przesunięcie końcowego terminu realizacji. Takie ukształtowanie postanowień umowy prowadzi do przerzucenia na wykonawcę ryzyk związanych z realizacją umowy i de facto prowadzi może do wzbogacenia zamawiającego kosztem wykonawcy mimo, że wykonawca w dalszym toku realizacji mógłby nadrobić zwłokę, w jakiej się znalazł.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:

Nie jest przy tym dozwolone zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że sformułowanie postanowienia dotyczącego kary umownej jest niejasne, wątpliwości bowiem budzi jak należy interpretować pojęcie „minimum 80% wartości kontraktu” i co oznacza „wraz z jego rozliczeniem”, tj. czy chodzi o wystawienie faktury na ten zakres robót przez wykonawcę, czy też o jej zapłatę przez Zamawiającego. Wskazując na tę ostatnią interpretację należałoby dojść do wniosku, że Zamawiający uzależnił naliczenie kary

umownej od własnych działań bądź zaniechań. Takie sformułowanie postanowień umownych stanowiłoby również nadużycie prawa do formułowania postanowień umowy o zamówienie publiczne przez Zamawiającego i nie powinno podlegać ochronie.

Ponadto obawy Odwołującego budzi to, że kara umowna za nie dotrzymanie przedmiotowego terminu pośredniego jest zastrzeżona w wysokości jednorazowej i wielokrotnie wyższej niż kara w § 16 ust. 2 pkt. 2) wzoru umowy za brak terminowej realizacji wszystkich zobowiązań objętych umową. De facto zatem przyczyną zastosowania tej kary nie jest dyscyplinowanie wykonawcy, a kara ta ma charakter represyjny.

Mając na uwadze powyższe rozważania w ocenie Odwołującego przedmiotowa kara umowna powinna zostać usunięta z postanowień wzoru umowy.

LIMIT KAR UMOWNYCH

W zakresie zarzutu dotyczącego limitu kar umownych Odwołujący wskazywał w szczególności na jego rażąco wygórowany charakter.

Przewidziany w § 16 ust. 7 wzoru umowy limit powinien podlegać obniżeniu. Ustalenie limitu na poziomie 50% wynagrodzenia wykonawcy jest ustaleniem go na rażąco wysokim poziomie, któremu można również zarzucić pozorność. Ustalenie limitu na tak wysokim poziomie może być traktowane również jako ominięcie klauzuli abuzywnej ustawy Pzp. Jest niewątpliwie poziomem ustalonym na rażąco wysokim poziomie, nieadekwatnym do ryzyka i celu ustanawiania kar umownych, a także ich limitu.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że adekwatny limit kar umownych to nie więcej niż 20% wynagrodzenia wykonawcy, przy czym jednocześnie podkreśla się, że limit ten powinien pozostawać na poziomie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy. Jest to uzasadnione o tyle, że funkcje kar umownych mają mieć charakter prewencyjny a nie represyjny i odstraszący. **W sytuacji kiedy kara za odstąpienie staje się korzystniejsza niż dalsza realizacja kontraktu i ryzyko naliczenia kar na znacznie wyższym poziomie to dochodzi do utraty sensu i charakteru ustanawiania kar umownych zgodnie z prawem.** Limit kar na poziomie wyższym niż kara za odstąpienie zachęca wręcz do rozwiązywania umów, co jest sprzeczne z celem każdego zamówienia i jest działaniem niezwykle niebezpiecznym dla obu stron. Ponieważ w niniejszej sprawie umowa ustala limit kary za odstąpienie na poziomie 10% wartości umowy (§ 16 ust. 2 pkt. 1) wzoru umowy) tym samym zasadnym jest żądanie obniżenia limitu ogólnego również do 10% wynagrodzenia.

Powyższe jest zgodne i wpisuje się w dotychczasową linię orzeczniczą KIO i tak w wyroku:

- **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.

- **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 ryzyk i należytą wycenę oferty.

Odwołujący stoi na stanowisku, że limit kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia narusza dyspozycję art. 436 pkt 3 pzp. Potwierdzeniem tego jest poniższy pogląd doktryny:

*W szczególności maksymalna wysokość kar nie może być określana na poziomie, który może być traktowany jako rażąco wygórowany w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia czy ewentualnych zagrożeń związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym możliwości powstania lub rozmiarów szkody. Ponoszone kary umowne powinny być odczuwalne, ale nie w stopniu, który może powodować uznanie niecelowości wykonania umowy (por. wyr. KIO z 28.12.2018 r., KIO 2574/18, Legalis). Dostrzec również należy, że przepis stanowi o określeniu maksymalnego limitu kar umownych, **których mogą dochodzić strony**, tym samym nakłada również obowiązek określania kar umownych, do których zapłaty zobowiązany jest również zamawiający, z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania ciążących na nim obowiązków. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. M. Jaworska, komentarz do art. 436)*

W zakresie niedopuszczalności możliwości naliczenia kar umownych z tytułu naruszeń umowy, jakie miały miejsce przed odstąpieniem od umowy i łączenia tych kar z karą z tytułu odstąpienia od umowy odwołać należy się do Uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 18 lipca 2012 r. w sprawie III CZP 39/12, gdzie wskazano, że **Roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy**.

Konsekwencją przyjęcia takiego stanowiska jest, że w razie odstąpienia od umowy wchodzić będzie w rachubę odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niewykonaniem zobowiązania, która pochłania odpowiedzialność za szkodę, wcześniej doznaną, z tytułu nienależytego

wykonania zobowiązania, które miało miejsce przed odstąpieniem od umowy. Tym samym Zamawiający powinien naliczyć tylko karę za odstąpienie a nie dodatkowo kary jednostkowe za przewinienia leżące u jego podstaw. Oznacza to, że ustalenie limitu kar umownych na poziomie wyższym niż kara za odstąpienie nie ma racji bytu. Może też prowadzić do kuriozalnego stwierdzenia, że bardziej się opłaca nie zrealizować świadczenia (czyli odstąpić) niż je realizować z ryzykiem znacznie przekraczającym karę za odstąpienie.

Odwołujący wnosi zatem o określenie górnego limitu kar umownych na poziomie zbieżnym z karą za odstąpienie.

PODWYKONAWCY - KAUCJA

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu, że formułując postanowienia umowy ingeruje w sposób nieuzasadniony i nie służący ochronie Zamawiającego w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podwykonawcą/dalszym podwykonawcą, a to poprzez uniemożliwienie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie pieniężnej (poprzez umowne dokonanie potrąceń). Kwestionowane postanowienie warunków umowy (tabeli stanowiącej Załącznik nr 2 do umowy) brzmi: *zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie może zostać ustalone w postaci zatrzymywania (niewypłacania) części wynagrodzenia Podwykonawcy*. Tymczasem normalnym standardem rynkowym jest, że w szczególności mniejszym podwykonawcom proponuje się wniesienie zabezpieczenia w formie pieniężnej – w formie kaucji.

Zamawiający niezgodnie z prawem wyłącza w zasadzie możliwość żądania zabezpieczenia pieniężnego, bo mało który podwykonawca będzie gotów na wpłacenie takiego zabezpieczenia w gotówce. Dlatego strony stosują właśnie umowną kaucję, która działa w ten sposób, że zabezpieczenie jest, za zgodą stron, tworzone poprzez potrącenie konkretnej kwoty z wynagrodzenia podwykonawcy. **W chwili dokonania potrącenia przestaje być już wynagrodzeniem, a staje się kaucją (zabezpieczeniem).** Nie jest już zatem objęte solidarną odpowiedzialnością Zamawiającego, zatem stosując przedmiotowe postanowienie umowne Zamawiający wkracza w sferę, która nie jest objęta jego odpowiedzialnością.

Tymczasem w obecnej sytuacji, stosując kwestionowane postanowienie, Zamawiający zmusza strony umowy podwykonawczej do stosowania innych form zabezpieczenia, tj. gwarancje bankowe czy ubezpieczeniowe, gdyż inny prawny instrument skutecznego zabezpieczenia wiarygodności nie istnieje. Pozyskanie takiego typu zabezpieczeń bywa ekstremalnie trudne dla drobniejszych podwykonawców, w szczególności w aktualnej sytuacji rynkowej. Praktyka pokazuje, iż zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu stanowi ponad 90% wszystkich zabezpieczeń. Koszty ustanowienia gwarancji są zbyt wysokie i niemożliwe do spełnienia przez podwykonawców, dlatego mając na względzie ograniczone możliwości zabezpieczenia roszczeń wykonawcy nie podejmują się wykonania zadań co powoduje przestoje i paraliż terminowości prac na inwestycjach.

Odwołujący ma świadomość, że ograniczenie możliwości ustanowienia takiego zabezpieczenia zapewne ma źródło w obawach Zamawiającego przed roszczeniami o solidarną zapłatę z tytułu zatrzymanych kwot, nie mniej jednak ta kwestia była już przedmiotem orzecznictwa i rozważań doktryny (o czym poniżej) i – nawet w przypadku istnienia obaw Zamawiającego – mogłaby zostać wyjaśniona poprzez odpowiednie sformułowanie postanowień umowy (w szczególności umowy podwykonawczej), a nie przez arbitralne wykluczenie takiej formy zabezpieczenia.

Zgodnie z prawem inwestor ponosi solidarnie z wykonawcą odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Wiele zależy od tego w jaki sposób zakwalifikowane zostaną środki zatrzymane przez wykonawcę – czy jako kaucja czy też jako zatrzymanie kwoty wynagrodzenia. Za kaucję gwarancyjną inwestor bowiem nie odpowiada. Zatrzymanie części wynagrodzenia na poczet kaucji gwarancyjnej doprowadza do częściowego wygaśnięcia wierzytelności podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. W to miejsce pojawia się zaś jego roszczenie o zwrot kaucji na warunkach określonych w umowie, czyli w razie jej niewykorzystania i upływu terminu, na jaki zabezpieczenie zostało ustanowione. W zakresie ustanowionej kaucji wygasa wierzytelność podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, a w jej miejsce pojawiła się wierzytelność o zwrot kaucji w razie zajścia warunków określonych umową (tak Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2017 r. Sygn. akt V CSK 428/16).

Dalej Sąd Najwyższy w ww. wyroku sygn. akt V CSK 428/16 wskazał, że: *„Co do zasady, zgodnie z art. 647¹ § 5 k.c. odpowiada on solidarnie z wykonawcą zlecającym roboty budowlane wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane. Skoro jednak roszczenie o zapłatę dochodzonej w pozwie kwoty, na skutek częściowego odnowienia zobowiązania stron, w zakresie wynagrodzenia zatrzymanego na poczet kaucji gwarancyjnej, utraciło charakter roszczenia o wynagrodzenie, brak podstaw do zasądzenia tej kwoty od pozwanego”*.

Tym samym kluczowa więc będzie wykładnia postanowień umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. W orzecznictwie jako dominujący uznaje się pogląd, zgodnie z którym za kaucję gwarancyjną nie może zostać uznane zatrzymanie części wynagrodzenia należnego drugiej stronie. Żądanie zwrotu kwot zatrzymanych na kaucję nie jest, więc tożsame z żądaniem zapłaty wynagrodzenia.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 marca 2018 roku (sygn. akt I CSK 349/17: *„Pośłużenie się przez strony w umowie pojęciami „kaucja gwarancyjna”, „kaucja na zabezpieczenie”, „kaucja z tytułu dobrego wykonania umowy” itp. nie przesądza, że w okolicznościach sprawy doszło do zawarcia umowy kaucji we wspomnianym znaczeniu. Zbliżone funkcje do kaucji może bowiem realizować regulacja umowna odraczająca termin zapłaty części wynagrodzenia. W razie powstania po stronie zamawiającego wierzytelności związanej z nienależytym wykonaniem umowy, wierzytelność ta może podlegać kompensacie z wierzytelnością wykonawcy z tytułu wynagrodzenia. Ocena, jakiego rodzaju zabezpieczenie strony uzgodniły postępując się pojęciem „kaucja”, powinna być dokonywana in casu i wymaga dokonania wykładni oświadczeń woli, uwzględniającej całokształt postanowień umownych.”*

Tym samym dopuszczenie umownego tworzenia kaucji, tj. zabezpieczenia pieniężnego nie tylko zabezpieczy należycie interesy Zamawiającego, ale i umożliwi wykonawcy skuteczne podzlecenie części robót podwykonawcy.

Odwołujący podkreśla, że stawiając zaskarżone ograniczenie dla treści umów podwykonawczych Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą a podwykonawcą/dalszym podwykonawcą. Stąd Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany i wykreślenie przedmiotowego ograniczenia z warunków umowy o zamówienie publiczne w niniejszym Postępowaniu.

ODBIÓR BEZUSTERKOWY

Zamawiający wbrew obowiązкови dokonania odbioru końcowego wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego w przypadku wystąpienia wad niezależnie od tego czy są to wady istotne czy nieistotne. Dokonanie odbioru zostało w zasadzie zupełnie uzależnione w tej sytuacji od woli Zamawiającego i od jego oceny, czy przedmiot zamówienia ma wady.

Ponadto Zamawiający wymaga również zastosowania takiej formy odbioru od podwykonawców/dalszych podwykonawców. Wykonawca musi bowiem do swojego odbioru (częściowego i końcowego) przedstawić protokoły odbioru robót z podwykonawcami, które nie mogą zawierać uwag/wad, bądź które muszą potwierdzać że wady zostały usunięte. Będzie to nie tylko przedłużać procedury odbiorowe, ale w pewnych sytuacjach może doprowadzić do paraliżu procedur odbiorowych, mimo że wady które będą do usunięcia nie będą miały charakteru istotnego.

Postanowienia umowy wprowadzają zatem „odbioru bezusterkowe”, które są sprzeczne z art. 647 kc, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego (inwestora) do dokonania odbioru końcowego, w szczególności w przypadku gdy przedmiot umowy nadaje się do użytku, a wady nadają się do usunięcia.

Zgodnie z treścią przepisu 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. Osią 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 uspołecznionej.

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

1. (...).

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.*

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy ustawy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy postanowień pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę, niemniej jednak obecnie obowiązujące Prawo zamówień publicznych w ustawie z 2019 r. nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań. Przepisy kc również nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność.

Odnosnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 gdzie Izba wskazała, że: „Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie”

Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19 „Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, że 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 umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny (nie wpływają na sposób korzystania z przedmiotu umowy). W ocenie Odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym postanowienia zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania właściwego odbioru końcowego (a nie tylko taką możliwość) w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych zamawiający powinien dokonać odbioru, a do protokołu odbioru powinna zostać dołączona lista wad odbiorowych wraz z odpowiednim, uzgodnionym przez Strony, terminem ich usunięcia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnioskuję o dokonanie odpowiednich, dostosowujących umowę do przepisów prawa zmian w postanowieniach umowy.

* * *

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Krzysztof Misiewicz
radca prawny

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