

Sygn. akt: KIO 1586/14

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę

STRABAG Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

w postępowaniu prowadzonym przez

Sąd Okręgowy w Radomiu

ul. J. Piłsudskiego 10, 26-600 Radom

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STRABAG Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Okręgowy w Radomiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dokończenie inwestycji pn. „Budowa budynku Sądu Rejonowego i Sądu Okręgowego przy ul. Warszawskiej/Parkowej, 26-600 Radom na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 25 lipca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 141-252162. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzoru umowy zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 150 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zamawiający poza zabezpieczeniem należytego wykonania umowy w wysokości 8% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto przewidzianym w § 15 ust. 1 ustanowił w § 10 ust. 3 i § 12 ust. 7 umowy dodatkowe zabezpieczenie w wysokości 10% łącznego wynagrodzenia do czasu usunięcia wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego i tym samym przekroczył dopuszczalny limit zabezpieczenia ustanowiony w art. 150 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 647 Kodeksu cywilnego, gdyż zastrzegając w § 4 ust 3, § 11 ust. 1, § 12 ust. 7, § 13 ust. 1 lit. a) i b) umowy konieczność przeprowadzenia bezusterkowego końcowego odbioru robót zamawiający bezprawnie wyłączył ciężący na nim na mocy art. 647 Kodeksu cywilnego podstawowy obowiązek inwestora wynikający z umowy o roboty budowlane do dokonania odbioru robót,

3. art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie obowiązku wykonawcy przedstawienia dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom poprzez ograniczenie (zawężenie) w § 10 ust. 5 umowy dowodów zapłaty wyłącznie do kopii poleceń przelewu łącznie z oświadczeniami podwykonawców w sytuacji, gdy art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnych ograniczeń co do środków dowodowych, jakimi może posłużyć się wykonawca, jak również konieczność przedstawienia łącznie ww. dowodów w sytuacji, gdy każdy z tych dowodów oddzielnie potwierdza uregulowanie wynagrodzenia podwykonawcy,

4. art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez rozszerzenie w § 10 ust. 5 umowy obowiązku wykonawcy przedstawienia dowodów na uregulowanie wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy o obowiązek wcześniejszego rozliczenia z podwykonawcami, tj. przed wystawieniem faktury przez wykonawcę,

5. art. 139 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353 Kodeksu cywilnego, gdyż w § 18 ust. 1 lit. g) umowy zamawiający pozostawił sobie możliwość odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy wykonawca naraził z własnej winy zamawiającego na szkodę. Takie sformułowanie warunku odstąpienia od umowy powoduje, że wykonawca nie tylko nie ma świadomości, w jakiej sytuacji zamawiający może rozwiązać umowę, ale też powoduje, że przyczyną odstąpienia mogą być okoliczności nie mające znaczenia dla oceny wykonania całej umowy przez wykonawcę jak również, gdy do żadnej szkody po stronie zamawiającego nie doszło,

6. art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353, art. 491, art. 493, art. 495 Kodeksu cywilnego poprzez ograniczenie w § 18 ust. 8 umowy możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę tylko do sytuacji, gdy odstąpienie następuje z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Powyższe zastrzeżenie umowne oznacza że wykonawca został pozbawiony możliwości odstąpienia od umowy na zasadach ogólnych, np. w przypadku zwłoki zamawiającego w wykonaniu zobowiązań z umowy wzajemnej oraz w przypadku niemożliwości świadczenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez modyfikację:

1. § 10 ust. 3 i § 12 ust. 7 umowy w sposób przewidujący zapłatę 10% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto po dokonaniu odbioru końcowego robót. Propozycja zapisu: § 10 ust. 3 „Pozostała kwota 10% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 niniejszej umowy, zostanie rozliczona po odbiorze końcowym na podstawie podpisanego przez komisję odbiorową protokołu odbioru końcowego robót.”, § 12 ust. 7 „Zamawiający ma prawo odmówić odbioru, jeżeli w toku czynności odbioru zostanie stwierdzone, że przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niezakończenia robót, nieprzeprowadzenia wszystkich prób lub stwierdzenia istotnych wad. W przypadku odmowy dokonania odbioru końcowego z przyczyn wskazanych w zdaniu poprzedzającym Zamawiającemu przysługuje prawo wstrzymania zapłaty pozostałej kwoty – 10% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy, wykonawcy, do czasu dokonania odbioru końcowego robót. Stwierdzenie w toku odbioru, iż przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru wywołuje skutki równoznaczne z opóźnieniem w wykonaniu umowy, jeżeli upłynął termin, o którym mowa w § 8 ust. 2 umowy.”,

2. § 4 ust. 3, § 11 ust. 1, § 12 ust. 7, § 13 ust. 1 lit. a) i b) umowy w taki sposób, aby:

- zamawiający zobligowany był do przeprowadzenia odbioru końcowego robót i mógł odmówić dokonania odbioru końcowego robót tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych (§12 ust. 7),
- ryzyko utraty lub pogorszenia stanu robót przeszło na zamawiającego z chwilą odbioru końcowego robót (§ 4 ust. 3),
- osoby reprezentujące strony umowy były upoważnione do podpisania protokołu odbioru robót, a nie tylko bezusterkowego protokołu odbioru końcowego (§ 11 ust. 1),
- bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczął się od dnia końcowego odbioru robót (§ 13 ust. 1 lit. a) i b),

Propozycja zapisów:

§ 12 ust. 7 jak w punkcie 1.,

§ 4 ust. 3 „Do momentu końcowego odbioru robót, ryzyko utraty lub pogorszenia się stanu robót ponosi Wykonawca.”,

§ 11 ust. 1 „Osobami odpowiedzialnymi za bieżące nadzorowanie realizacji umowy, oraz upoważnionymi do podpisywania protokołów odbiorów elementów robót i podpisania protokołu odbioru końcowego robót są:

a) po stronie zamawiającego – kierownik zespołu inspektorów nadzoru i właściwi inspektorzy nadzoru będący przedstawicielami Inwestora Zastępczego, przedstawiciel nadzoru autorskiego (tylko protokołu odbioru końcowego robót) oraz pan Jan Stankiewicz – kierownik Oddziału Inwestycji i Remontów Sądu Okręgowego w Radomiu,

b) po stronie wykonawcy – kierownik budowy i właściwi kierownicy robót.”,

§ 13 ust. 1 „Wykonawca udziela zamawiającemu gwarancji i rękojmi na:

a) elewację – na okres 60 miesięcy, licząc od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót, a w przypadku konieczności usunięcia wad, od ich usunięcia potwierdzonego protokołem pusterkowym,

b) pozostały cały przedmiot umowy – na okres 36 miesięcy, licząc od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru robót, a w przypadku konieczności usunięcia wad, od ich usunięcia potwierdzonego protokołem pusterkowym.

Gwarancja i rękojmia obejmuje również roboty budowlane wykonane przez poprzedniego wykonawcę. Okres gwarancji/rękojmi za wady ulega przedłużeniu o czas trwania napraw dokonywanych z tytułu gwarancji/rękojmi za wady.”,

3. § 10 ust. 5 umowy w ten sposób, aby załącznikiem do faktury VAT wykonawcy były dowody potwierdzające zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców oraz poprzez wykreślenie zapisów wskazujących, że wykonawca uprawniony jest do wystawienia faktury dopiero po dokonaniu rozliczeń z podwykonawcami. Propozycja zapisu: „Do faktur VAT wystawionych przez wykonawcę załączone będą: zestawienie należności dla wszystkich podwykonawców wraz z kopiami wystawionych przez nich faktur za poprzedni

okres rozliczeniowy wraz z dowodami zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców za poprzedni okres rozliczeniowy.”,

4. § 18 ust. 1 lit. g) umowy poprzez jego wykreślenie lub zmianę w ten sposób, że zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy w sytuacji wyrządzenia szkody zamawiającemu przez wykonawcę i pod warunkiem, że szkoda ta nie zostanie dobrowolnie naprawiona przez wykonawcę. Propozycja zapisu: „wykonawca z własnej winy wyrządził zamawiającemu szkodę, która nie została dobrowolnie naprawiona przez wykonawcę i która nie może być zaspokojona z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub w drodze potrącenia”,

5. § 18 ust. 8 umowy poprzez wykreślenie zapisu dopuszczającego odstąpienie od umowy przez wykonawcę wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Propozycja zapisu: skreślenie § 18 ust. 8 lub wykonawca ma prawo odstąpić od niniejszej umowy:

- na zasadach ogólnych,

- z przyczyn leżących po jego stronie, na piśmie, w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia.

W ocenie odwołującego zamawiający w § 10 ust. 3 i § 12 ust. 7 umowy ustanowił dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% łącznego wynagrodzenia brutto do czasu usunięcia wad stwierdzonych w protokole odbioru końcowego.

Zgodnie z art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które ma służyć zamawiającemu do pokrycia roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zamawiający takie zabezpieczenie w wysokości 8% wartości wynagrodzenia przewidział w § 15 ust. 1 umowy i zabezpieczenia tego odwołujący nie kwestionuje. W § 10 ust. 3 i § 12 ust. 7 umowy zamawiający zastrzegł dla siebie prawo do powstrzymania się z zapłatą 10% wartości wynagrodzenia do czasu usunięcia wad stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego (do czasu bezusterkowego odbioru robót). Jednak zamawiający powinien zapłacić wykonawcy całość wynagrodzenia po dokonaniu odbioru końcowego, gdyż dokonanie odbioru końcowego potwierdza spełnienie przez wykonawcę świadczenia niepieniężnego z umowy wzajemnej, jaką jest umowa o roboty budowlane i traktowane jest jako pokwitowanie spełnienia świadczenia. Stwierdzenie w trakcie odbioru końcowego wad nieistotnych nie oznacza, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, ale oznacza jedynie, że świadczenie to zostało spełnione nienależycie i na zabezpieczenie roszczeń z tytułu nieprawidłowego (nienależytego) wykonania zobowiązania przewidziane zostało zabezpieczenie w art. 147 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 15 ust. 1 umowy. Zabezpieczenie to zgodnie z art. 151 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno być zwrócone po wykonaniu zobowiązania i po uznaniu przez zamawiającego za wykonane

należycie. W przypadku umowy o roboty budowlane samo wykonanie umowy potwierdzone poprzez spisanie protokołu odbioru końcowego nie jest wystarczające dla zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ale potrzebny jest dodatkowy akt ze strony zamawiającego w postaci uznania umowy za należyście wykonaną. Możliwość powstrzymania się z zapłatą 10% wynagrodzenia do czasu usunięcia wad odbiorowych wskazuje, że ta część wynagrodzenia ma z jednej strony obligować wykonawcę do usunięcia wad odbiorowych, a z drugiej strony zabezpiecza zamawiającego na wypadek nieusunięcia wad odbiorowych przez wykonawcę, co stanowi tym samym klasyczne zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Przytoczone zapisy umowy wskazują, że po dokonaniu odbioru końcowego zamawiający będzie dysponował łącznym zabezpieczeniem w wysokości 18% wartości wynagrodzenia brutto do czasu usunięcia wad odbiorowych. Zatrzymanie części wynagrodzenia przez zamawiającego oznacza również naruszenie art. 148 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wybór formy zabezpieczenia ustawodawca pozostawił wykonawcy, zaś we wskazanych zapisach umowy wykonawca został pozbawiony możliwości wyboru, gdyż to zamawiający decyduje o dokonaniu zatrzymania części wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego dokonanie odbioru końcowego jest jednym z podstawowych obowiązków inwestora w ramach umowy o roboty budowlane. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą inwestor jest uprawniony do odmowy dokonania odbioru końcowego tylko w sytuacji, gdy wykonawca nie wykonał swojego zobowiązania, co ma miejsce w razie wystąpienia wad istotnych. Wystąpienie wad nieistotnych oznacza jedynie nieprawidłowe wykonania zobowiązania przez wykonawcę i obliguje inwestora do dokonania odbioru końcowego. 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.

Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek, gdyż każde odstępstwo od stanu idealnego (co do którego nie wiadomo, na podstawie jakich kryteriów byłby ustalany) dawałoby prawo inwestorowi odmowy odbioru obiektu.

Zamawiająca narusza w § 10 ust. 5 umowy art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych trojako: a) poprzez ograniczenie dowodów zapłaty wyłącznie do kopii potwierdzeń przelewów i oświadczeń podwykonawców o zapłacie wynagrodzenia, b) nakazując udowodnienie zapłaty wynagrodzenia poprzez przedstawienie dwóch dowodów na tę samą okoliczność, tj. przedstawienie łącznie kopii potwierdzenia przelewu oraz oświadczenia podwykonawcy o zapłacie wynagrodzenia, c) nakazując wykonawcy dokonać rozliczeń częściowych z podwykonawcami nie tylko przed otrzymaniem zapłaty od zamawiającego, ale nawet przed wystawieniem faktury przez wykonawcę.

Ustawodawca w art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uzależnił możliwość otrzymania częściowej zapłaty przez wykonawcę od przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom. W przepisie tym ustawodawca nie sprecyzował dowodów, jakimi może się posłużyć w tym celu wykonawca, co oznacza, że wykonawca może w tym zakresie posłużyć się wszelkimi dowodami. Ograniczając możliwość udowodnienia zapłaty wynagrodzenia tylko do kopii przelewów i oświadczeń podwykonawców potwierdzających zapłatę, zamawiający przyjął, że zapłata wynagrodzenia może mieć miejsce jedynie poprzez zapłatę przelewem bankowym. Przyjęcie takiego założenia z góry eliminuje inne możliwości dokonania zapłaty czy też inny sposób zaspokojenia wierzytelności podwykonawcy jak zapłata gotówką, potrącenie, obniżenie wynagrodzenia (np. na podstawie art. 637 § 2 Kodeksu cywilnego), ugoda.

Ustawodawca w art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nałożył na wykonawcę obowiązek udowodnienia zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców, jednak w żaden sposób nie nałożył obowiązku, aby udowodnienie wykonania tego obowiązku następowało w tym samym zakresie kilkoma różnymi dowodami. Wykonawca ten sam fakt musi udowodnić dwa razy dwoma różnymi środkami dowodowymi w sytuacji, gdy każdy z tych dowodów oddzielnie w sposób wystarczający udowadnia dokonanie zapłaty. W tych okolicznościach oczekiwania zamawiającego uznać należy za nadmierne i nie znajdujące uzasadnienia w treści art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W art. 143 a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek dokonania zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy jako warunek otrzymania zapłaty częściowej od zamawiającego. Wymóg ten obowiązuje dopiero od drugiej części należności.

Rozwiązanie przyjęte przez zamawiającego odbiega od uregulowania zawartego w art. 143a ustawy Prawo zamówień publicznych i zakłada finansowanie własne przez wykonawcę, a dopiero potem otrzymanie zapłaty od zamawiającego. Zgodnie z § 10 ust. 5 umowy wykonawca powinien: odebrać roboty od podwykonawcy, poczekać na doręczenie przez

podwykonawcę faktury, dokonać jej zapłaty w terminie 30 dni, poczekać na otrzymanie oświadczenia od podwykonawcy o otrzymaniu należnego wynagrodzenia, wystawić i doręczyć zamawiającemu fakturę wraz z załącznikami zamawiającemu, odczekać 30 dni na zapłatę przez zamawiającego.

Zamawiający § 18 ust. 1 lit. g) umowy pozostawił sobie możliwość odstąpienia od umowy w sytuacji, gdy wykonawca naraził z własnej winy zamawiającego na szkodę. W ocenie odwołującego wskazany zapis jest zbyt ogólny, gdyż zamawiający nie określił dostatecznie precyzyjnie przesłanek, po wystąpieniu których uprawniony jest do rozwiązania umowy, co powoduje, że naruszona zostaje zasada równości stron umowy oraz zasada uczciwej konkurencji. Odwołujący na podstawie tego zapisu umowy nie jest w stanie przewidzieć, czy i w jakich okolicznościach zamawiający dojdzie do przekonania, że został narażony na szkodę. Już na samym początku realizacji przedmiotu umowy wykonawca zacznie narażać zamawiającego na szkodę, gdyż prowadzenie robót budowlanych wiąże się z ryzykiem uszkodzenia już wykonanych elementów. Zapis ten mówi nie o wyrządzeniu szkody jako czymś dokonany, ale o pewnym potencjalnym stanie zagrożenia, które nie musi doprowadzić do wyrządzenia szkody. Zamawiający nie przewidział również żadnego postępowania, które poprzedzałoby odstąpienie od umowy np. poprzez wezwanie wykonawcy do usunięcia uchybień.

W § 18 ust. 8 umowy zamawiający ograniczył możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę tylko do sytuacji, gdy odstąpienie następuje z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. W ocenie odwołującego zapis ten jest nie tylko sprzeczny ze wskazanymi wyżej przepisami, ale jest również nielogiczny, gdyż odstąpienie od umowy mogłoby nastąpić tylko w przypadku gdy sam wykonawca wywoła taką sytuację.

Z przepisów Kodeksu cywilnego wynikają odmienne założenia ustawodawcy, który dał stronie umowy wzajemnej prawo do odstąpienia od umowy, nie gdy ta strona nieprawidłowo realizuje umowę, ale gdy to druga strona nie realizuje swoich zobowiązań lub świadczenie stało się niemożliwe. Przepisy te pełnią funkcję ochronną strony umowy wzajemnej na wypadek niewywiązania się z umowy przez drugą stronę. Dodatkowo podnieść należy, że zamawiający we wskazanym zapisie umowy poprzez posłużenie się słowem „wyłącznie” pozbawił wykonawcę prawa do odstąpienia od umowy na zasadach ogólnych tj.

w szczególności w przypadku niewykonywania lub nieprawidłowego wykonywania obowiązków przez zamawiającego. Jednocześnie zamawiający w § 18 ust. 1 umowy pozostawia sobie szeroki wachlarz przyczyn umożliwiający mu odstąpienie od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Wyłączenie możliwości odstąpienia od umowy przez wykonawcę w takiej sytuacji oznacza, że wskazany zapis narusza zasadę równości stron umowy oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem zamawiającego kwestionowane postanowienia wzoru umowy nie są niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy są częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść umowy jest zatem kształtowana przez zamawiającego w sposób odpowiadający jego potrzebom, co sprawia, że umowa ta zbliżona jest do umów przystąpienia (adhezyjnych), których zawarcie następuje przez przystąpienie jednej strony do warunków określonych przez drugą. Wykonawca nie może skutecznie zakwestionować postanowień umowy wyłącznie na tej podstawie, iż uważa je za nazbyt rygorystyczne i oczekuje, by zostały sformułowane korzystniej dla niego. Wykonawca ma tak skalkulować cenę, by w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy. Ponadto umowa w sprawie zamówienia publicznego nie przestaje być umową cywilnoprawną, a jej specyfika polega właśnie na tym, że to zamawiający ma przemożny wpływ na jej treść i kształtuje jej postanowienia w granicach bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Skuteczne zatem zakwestionowanie postanowień wzoru umowy, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych byłoby możliwe tylko wtedy, jeżeli byłyby one wprost sprzeczne z jej przepisami. Do umów w sprawie zamówień publicznych stosujemy przepisy Kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Oznacza to, że nie można konstruować postanowień umownych wprost sprzecznych z ustawą Prawo zamówień publicznych, natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, by w granicach swobody zamawiającego w nadawaniu treści stosunkowi zobowiązaniowemu, wykraczać poza treść regulacji zawartej w ustawie Prawo zamówień publicznych, traktując w szczególności postanowienia art. 143a-143d za minimalny standard ochrony zamawiającego. Postanowienia te zostały wprowadzone w celu wzmocnienia ochrony słusznych praw podwykonawców uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych, w szczególności zapewnienia terminowej oraz pełnej wypłaty należnego im wynagrodzenia. Stworzenie efektywnych instrumentów nadzoru nad podwykonawstwem służy także ograniczeniu ryzyka dokonywania podwójnej zapłaty przez inwestora za te same świadczenia, co wynika z zasady odpowiedzialności solidarnej określonej przepisami Kodeksu cywilnego.

Postanowienia umowne dotyczące zasad płatności wynagrodzenia ryczałtowego, które z reguły jest płatne w częściach, nie mają nic wspólnego z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, co czyni zarzut odwołującego niezasadnym. Zamawiający ma prawo określić zasady płatności wynagrodzenia i uczynił to w ten sposób, iż wynagrodzenie płatne

jest stosownie do zaawansowania robót, w transzach, o łącznej wartości nieprzekraczającej 90% wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy. Pozostała kwota wynagrodzenia zostanie rozliczona po odbiorze końcowym na podstawie podpisanego przez komisję odbiorową bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót. Zamawiający ma prawo zastrzec, że ostatnia transza wynagrodzenia ryczałtowego płatna będzie po odbiorze końcowym i to odbiorze bezusterkowym. Jest to forma zabezpieczenia interesów zamawiającego, ale nie należy jej mylić ani łączyć z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy, które pełni inne funkcje.

Kompozycja umowy oparta jest na odbiorach częściowych, na podstawie których zamawiający zapłaci aż 90% wynagrodzenia umownego. Nie można powoływać się na orzeczenia, które dotyczą najczęściej braku zapłaty za wykonaną z usterkami pracę i usunięcie tych usterek warunkujące wypłatę wynagrodzenia wykonawcy. Trudno sobie wyobrazić, by rzetelny wykonawca robót budowlanych po odebraniu przez zamawiającego 90% zaawansowania robót spowodował, że w ostatnim etapie realizacji inwestycji nie będzie można dokonać bezusterkowego odbioru budynku, w szczególności, że dotyczą one prac wykończeniowych. Taka konstrukcja umowy należyście zabezpiecza interesy wykonawcy, mając również na uwadze podwykonawców, którzy na bieżąco otrzymywać będą należne wynagrodzenie, zaś po odbiorze ostatecznym otrzymają jedynie pozostałe 10% tego wynagrodzenia. Ponadto zamawiający pragnie uniknąć sytuacji, w jakiej już raz się znalazł, tj. upadłości wykonawcy robót budowlanych i w związku z tym stoi na stanowisku, że w razie konieczności odbioru robót budowlanych z usterkami w razie upadłości wykonawcy, interesy Skarbu Państwa nie byłyby należyście zabezpieczone, bowiem dochodzenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji staje się wtedy faktycznie nierealne.

Art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje konieczność przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom. W ocenie zamawiającego takie określenie dowodów zapłaty nie jest sprzeczne z przepisami. Istotne jest, by wzór umowy wskazywał, jakie dowody ma przedłożyć wykonawca na potwierdzenie zapłaty podwykonawcom wymagalnego wynagrodzenia. Regulacja ta służy ochronie interesów podwykonawców przed nierzetelnymi wykonawcami oraz interesu zamawiającego, by z tytułu solidarnej odpowiedzialności za to wynagrodzenie uchronić go przed dokonywaniem podwójnej zapłaty. Zamawiający oczekuje przedstawiania mu dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom już od pierwszej faktury, co stanowi swoiste rozwinięcie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, która ustanawia minimalne standardy ochrony zamawiającego w tym zakresie. Wskazanie zatem, jakie dowody zamawiający uzna za niebudzące jego wątpliwości, jest jak najbardziej właściwe i precyzuje jedynie regulację ustawową. Bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy zamawiający dokonuje dopiero, gdy wykonawca uchyla się od dokonania tej zapłaty (art. 143c ust. 1).

Oznacza to, że w braku możliwości okazania dowodów, o których mowa we wzorze umowy, gdy wykonawca przedłoży inne dowody (np. pokwitowanie zapłaty gotówką, dokumenty świadczące o wzajemnej kompensacji itp.) muszą zostać one poddane ocenie zamawiającego w kontekście tego, czy ma miejsce uchylanie się wykonawcy od zapłaty podwykonawcom, a w konsekwencji, czy może on dokonać bezpośredniej zapłaty podwykonawcy bez narażania się na negatywne konsekwencje ze strony wykonawcy. Wykonawca ma też ustawowe prawo złożenia pisemnych uwag w trybie art. 143c ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Regulacja zawarta we wzorze umowy, wskazująca na oczekiwane przez zamawiającego dowody zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, w żaden sposób nie narusza interesów wykonawcy, który ma otrzymać należne mu wynagrodzenie.

Kwestionowany przez odwołującego § 10 ust. 5 wzoru umowy nie jest sprzeczny z art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro warunkiem zapłaty wynagrodzenia wykonawcy jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom, to prawo wykonawcy do wystawienia faktury powstanie niejako następczo po dokonaniu tej zapłaty. Prawo wykonawcy do otrzymania wynagrodzenia aktualizuje się bowiem dopiero, gdy zapłatę otrzymają podwykonawcy, a więc jest uzależnione od wcześniejszego rozliczenia się z podwykonawcami. Z uwagi na przepis art. 6471 § 5 Kodeksu cywilnego zamawiający jest zmuszony do kontrolowania wywiązywania się wykonawców z obowiązków finansowych względem podwykonawców. Zamawiający może zawiadomić podwykonawcę o dokonanej zapłacie wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, a także może uzależnić jej dokonanie od zabezpieczenia roszczeń podwykonawcy przez wykonawcę.

Zamawiający ma prawo w taki sposób określić umowne prawo odstąpienia. Postanowienia wzoru umowy warunkują konieczność podania uzasadnienia w sytuacji odstąpienia zamawiającego od umowy, zaś zarzuty wydają się być przedwczesne i zbyt daleko idące. Konieczność przedstawienia uzasadnienia jest wystarczającą przesłanką zabezpieczenia interesów wykonawcy i nie spowoduje możliwości nadużycia umownego prawa odstąpienia. Umowne prawo odstąpienia określone przepisami Kodeksu cywilnego nie wyłącza przepisów ustawowych i ustawowego odstąpienia z Kodeksu cywilnego. Prawo to pozwala stronie umowy odstąpić od umowy w ciągu oznaczonego terminu, nie wymaga podawania warunków, chyba, że strony tak postanowią.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania, tj. treść wzoru umowy nie jest sporny między stronami.

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Z treści tego przepisu jednak wynika dla zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to wyraźnie brzmienie tego przepisu: „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.

Ustawodawca bowiem stwarzając system udzielania zamówień publicznych ograniczył prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy na dwa sposoby – odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów. Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, iż obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić. W niniejszym przypadku stroną, która nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych postanowień czy też na zmianę dotychczasowych postanowień jest zamawiający. Natomiast wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz odwołujący, jest to, iż umowy z zamawiającym nie zawrze (w przeciwieństwie do zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury).

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie – zamawiający nie może prawa

podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Prawo wykonawców do wnoszenia odwołań powiązane jest przede wszystkim z naruszeniem przez zamawiającego obowiązujących przepisów. Natomiast w przypadku umów często brak jest takich szczegółowych przepisów, gdyż zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 3531 Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę co do zasady mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania. Wynika z tego, że zasada swobody umów wymaga konsensusu dwóch stron – a więc nie ma przeszkód, by zamawiający wyraził swoje oczekiwania w stosunku do zakresu zadania, które ma być wykonane i sposobu jego wykonania, a wykonawca ze swojej strony albo się na spełnienie wymagań klienta zgodził, albo nie. W taki sposób zawieranych jest gros umów. Jeśli zamawiający nie zgadza się na zaproponowaną przez wykonawcę w zapytaniu czy odwołaniu, zmianę projektu umowy, również mieści się to w ramach jego swobody jako strony umowy.

Zgodnie z art. 180 odwołanie dotyczy wyłącznie niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Ponieważ ustawy Prawo zamówień publicznych, poza kilkoma wyjątkami (art. 139-151a), nie obejmuje postanowień umownych, Izba zasadniczo może orzec o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy tylko w przypadku zaistnienia ww. okoliczności.

Badając kwestionowane przez odwołującego postanowienia umowy Izba uznała, iż zamawiający w tym przypadku nie nadużył swojego prawa podmiotowego.

Izba ustaliła, iż we wzorze umowy znajdują się następujące postanowienia umowne dotyczące spornych kwestii:

§ 4 ust. 3 Do momentu końcowego odbioru robót protokołem bezusterkowego odbioru końcowego robót, ryzyko utraty lub pogorszenia się stanu robót ponosi Wykonawca.

§ 10

1. Rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie fakturami częściowymi oraz fakturą końcową, wystawioną po odbiorze końcowym robót.

2. Wykonawca będzie miał prawo przedstawiać faktury częściowe, nie częściej niż raz

w miesiącu, o łącznej wartości nieprzekraczającej 90% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 niniejszej umowy, wystawione stosownie do procentowego zaawansowania robót, na podstawie protokołu odbioru elementów robót wraz z protokołem zaawansowania robót, podpisanych przez Inwestora Zastępczego i pana J..... S..... – kierownika Oddziału Inwestycji i Remontów.

3. Pozostała kwota 10% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 niniejszej umowy, zostanie rozliczona po odbiorze końcowym na podstawie podpisanego przez komisję odbiorową bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót. (...)

5. Do faktur VAT wystawionych przez Wykonawcę załączone będą: zestawienie należności dla wszystkich podwykonawców wraz z kopiami wystawionych przez nich faktur będących podstawą do wystawienia faktury przez Wykonawcę, kopie polecenia przelewu na kwoty wynikające z faktur wystawionych przez wszystkich podwykonawców oraz oryginały oświadczeń wszystkich podwykonawców, złożone nie wcześniej niż w dniu wystawienia faktury przez Wykonawcę, że otrzymali wynagrodzenie odpowiednio za roboty budowlane, dostawy lub usługi przez siebie zrealizowane, a objęte złożoną przez Wykonawcę fakturą. (...)

9. W przypadku nieprzedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dokumentów, o których mowa w ust. 5 Zamawiający wstrzymuje Wykonawcy wypłatę należnego wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

§ 12

7 Zamawiający ma prawo odmówić odbioru, jeżeli w toku czynności odbioru zostanie stwierdzone, że przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niezakończenia robót, nieprzeprowadzenia wszystkich prób lub stwierdzonych wad. W takim przypadku Zamawiającemu przysługuje prawo wstrzymania zapłaty pozostałej kwoty – 10% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy, Wykonawcy, do czasu bezusterkowego odbioru robót. Stwierdzenie w toku odbioru, iż przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru wywołuje skutki równoznaczne z opóźnieniem w wykonaniu umowy, jeżeli upłynął termin, o którym mowa w § 8 ust. 2 umowy.

8. Jeżeli w czasie odbioru końcowego robót zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

a) jeżeli stwierdzone wady kwalifikują się do usunięcia, Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin do ich usunięcia, nie dłuższy niż 30 dni. Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia Zamawiającego o usunięciu wad. W przypadku nie usunięcia wad w wyznaczonym terminie, Zamawiającemu przysługuje prawo naliczania kar umownych zgodnie z § 16 ust. 1 lit. c) niniejszej umowy,

b) jeżeli wady nie kwalifikują się do usunięcia, to:

- Zamawiający może żądać ponownego wykonania robót, z zastrzeżeniem prawa do naliczenia kary umownej zgodnie z § 16 ust. 1 lit. d) niniejszej umowy,
- jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca z konsekwencjami wymienionymi w § 16 ust. 1 lit. a) niniejszej umowy albo żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi, z zastrzeżeniem prawa do naliczenia kary umownej zgodnie z § 16 ust. 1 lit. d) niniejszej umowy.

9. Z czynności odbioru zostanie sporządzony i podpisany obustronnie protokół, który powinien zawierać ustalenia poczynione w toku odbioru. Usunięcie wad zostanie stwierdzone w protokołach pusterkowych.

§ 13 ust. 1. Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji i rękojmi na:

- a) elewację – na okres 60 miesięcy, licząc od dnia podpisania bezusterkowego protokołu końcowego odbioru robót, a w przypadku konieczności usunięcia wad, od ich usunięcia potwierdzonego protokołem pusterkowym,
- b) pozostały cały przedmiot umowy – na okres 36 miesięcy, licząc od dnia podpisania bezusterkowego protokołu końcowego odbioru robót, a w przypadku konieczności usunięcia wad, od ich usunięcia potwierdzonego protokołem pusterkowym.

§ 18

1. Zamawiający może odstąpić od umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, oraz w przypadku jeżeli:

- a) nastąpi zajęcie majątku Wykonawcy,
- b) Wykonawca dokona cesji wierzytelności wynikających z niniejszej umowy na rzecz osób trzecich,
- c) Wykonawca nie przystąpił do robót, przerwał lub zaniechał ich realizacji, tj. w sposób nieprzerwany nie realizuje umowy przez okres 30 dni, co w ocenie Zamawiającego nie gwarantuje dotrzymania umownego terminu wykonania robót. Stwierdzenie takiego opóźnienia zostanie dokonane na piśmie przez Inwestora Zastępczego.
- d) Wykonawca uporczywie wykonuje roboty wadliwie i niezgodnie z projektem budowlanym, projektem wykonawczym i specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót lub niniejszą umową oraz nie reaguje na interwencje Zamawiającego dotyczące poprawek i zmian sposobu wykonania danych robót w wyznaczonym terminie, co potwierdza Inwestor Zastępczy stosownym wpisem do dziennika budowy. Odstąpienie w takim przypadku powinno być poprzedzone dwukrotnymi pisemnymi zastrzeżeniami ze strony Zamawiającego,

- e) rozpoczęto likwidację Wykonawcy, złożono wniosek o ogłoszenie upadłości Wykonawcy, złożono oświadczenie o wszczęciu postępowania naprawczego, wydano nakaz zajęcia majątku Wykonawcy,
 - f) przedmiot niniejszej umowy jest wykonywany przez osoby nie posiadające wymaganych uprawnień,
 - g) Wykonawca z własnej winy naraził Zamawiającego na szkodę,
 - h) Wykonawca nie dopełnił obowiązku ubezpieczenia przedmiotu umowy albo nie zapewnił ciągłości tego ubezpieczenia przez cały okres trwania umowy, a brak ochrony ubezpieczeniowej trwa 30 dni,
 - i) stwierdzone w trakcie odbioru wady nie kwalifikują się do usunięcia i uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem,
 - j) Zamawiający dokonał po raz trzeci bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy,
 - k) łączna suma płatności dokonanych na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców przekroczy 5% ryczałtowego wynagrodzenia brutto za przedmiot umowy,
 - l) Wykonawca narusza przepisy bhp i p. poż., pomimo uwag i wniosków Inwestora Zastępczego,
 - ł) odpadła lub stała się nierealna którakolwiek z form zabezpieczenia ustanowionego przez Wykonawcę dla prawidłowego wykonania niniejszej umowy. (...)
8. Wykonawca ma prawo odstąpić od niniejszej umowy wyłącznie z przyczyn leżących po jego stronie, na piśmie, w terminie 14 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia.

Co do poszczególnych kwestionowanych postanowień umowy Izba stwierdziła.

Zdaniem Izby z § 12 ust. 7 wzoru umowy wcale nie wynika prawo odmowy odbioru obiektu z powodu nieistotnych wad czy drobnych usterek lub niedociągnięć.

Zamawiający wskazał, że ma prawo odmówić odbioru, jeżeli w toku czynności odbioru zostanie stwierdzone, że przedmiot umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niezakończenia robót, nieprzeprowadzenia wszystkich prób lub stwierdzonych wad.

Pierwsze dwie okoliczności są oczywiste i nie były kwestionowane przez odwołującego, natomiast co do „stwierdzonych wad”, to rzeczywiście nie ma tu określenia „istotnych” ani informacji o kalibrze wad, ale, zdaniem Izby, nie chodzi tu o jakiegokolwiek usterek,

a postanowienie to powinno się czytać zgodnie z praktyką robót budowlanych i sztuką budowlaną i odnosić w dużej mierze do owej gotowości obiektu do odbioru.

Należy też zwrócić uwagę na postanowienie § 12 ust. 8 i 9 oraz § 13 ust. 1 umowy.

W pierwszym z nich zamawiający wskazuje, jakie uprawnienia przysługują mu, gdy w czasie odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, w dwóch kolejnych mówi o protokołach

pousterkowych. Tak więc, choć zamawiający optymistycznie zakłada, że ma szansę na sporządzenie protokołu odbioru końcowego bezusterkowego, to jednak nie jest to jedyna opcja. A że do chwili bezusterkowego odbioru robót ryzyko utraty lub pogorszenia robót ponosi wykonawca, trudno uznać za naruszenie zasad współżycia społecznego czy jakichkolwiek innych.

Co do postanowienia zawartego w § 10 ust. 3 i powtórnego w drugiej części § 12 ust. 7 wzoru umowy – w § 10 umowy zamawiający zawarł regulacje dotyczące płatności wynagrodzenia wykonawcy. Zgodnie z nimi rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie fakturami częściowymi oraz fakturą końcową, wystawioną po odbiorze końcowym robót. Wykonawca będzie miał prawo przedstawiać faktury częściowe, nie częściej niż raz w miesiącu, o łącznej wartości nieprzekraczającej 90% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy wystawione stosownie do procentowego zaawansowania robót, na podstawie protokołu odbioru elementów robót wraz z protokołem zaawansowania robót. Natomiast pozostała kwota 10% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 niniejszej umowy, zostanie rozliczona po odbiorze końcowym na podstawie podpisanego przez komisję odbiorową bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót. (§ 12 ust. 7 „W takim przypadku Zamawiającemu przysługuje prawo wstrzymania zapłaty pozostałej kwoty – 10% łącznego ryczałtowego wynagrodzenia brutto za realizację całego przedmiotu umowy, Wykonawcy, do czasu bezusterkowego odbioru robót.”)

W zakresie wypłaty wynagrodzenia interesy obu stron umowy są rozbieżne – oczywiste jest, iż chęcią wykonawcy jest jak najszybsze uzyskanie wynagrodzenia, najlepiej jeszcze „z góry” przed wykonaniem umowy, a zamawiającego jego jak najpóźniejsza wypłata – po sprawdzeniu faktu wykonania umowy i jego jakości. Dlatego płatności częściowe w miarę postępu robót są najlepszym kompromisem.

Sposób rozłożenia tych płatności może być kształtowany dowolnie, byleby był uzasadniony i racjonalny. Podział dokonany przez zamawiającego taki jest i Izba nie widzi przeszkód, by był on ukształtowany właśnie w taki, a nie inny sposób.

Należy też zwrócić uwagę, iż – jak słusznie zauważył odwołujący – wynagrodzenie należy mu się za roboty wykonane, usunięcie stwierdzonych podczas odbiorów wad i usterek jest częścią umówionych prac, więc dopóki wykonawca nie usunie wszystkich usterek, nie wykona 100% robót przewidzianych umową, więc może nie otrzymać 100% umówionego wynagrodzenia. Zamawiający miał prawo wycenić ową część prac ryczałtowo na 10%, nie jest to wielkość wygórowana. Przy tym trzeba podkreślić, że wbrew temu, co twierdzi odwołujący i co przywołuje w ramach orzecznictwa, nie chodzi tu o wstrzymanie zapłaty

należnego wykonawcy wynagrodzenia, lecz o umowny podział płatności wynagrodzenia na transze i terminy ich płatności, a te mogą być kształtowane umownie.

Pomijając fakt, że, jak Izba już stwierdziła powyżej, trochę niejasny jest stosunek bezusterkowego protokołu odbioru robót do protokołów pousterkowych.

Art. 143a ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie dotyczy tej kwestii, gdyż wspomniane tam 10% odnosi się jedynie do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom.

Zgodnie z § 10 ust. 5 wzoru umowy do faktur VAT wystawionych przez wykonawcę załączone będą: zestawienie należności dla wszystkich podwykonawców wraz z kopiami wystawionych przez nich faktur będących podstawą do wystawienia faktury przez wykonawcę, kopie polecenia przelewu na kwoty wynikające z faktur wystawionych przez wszystkich podwykonawców oraz oryginały oświadczeń wszystkich podwykonawców, złożone nie wcześniej niż w dniu wystawienia faktury przez wykonawcę, że otrzymali wynagrodzenie odpowiednio za roboty budowlane, dostawy lub usługi przez siebie zrealizowane, a objęte złożoną przez wykonawcę fakturą.

Również to postanowienie nie budzi wątpliwości Izby. Zgodnie z art. 143a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych warunkiem zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia jest przedstawienie dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom.

Ustawodawca nie wskazał, co ma być owymi dowodami ani nie zdefiniował pojęcia „dowodu”, jednak można przyjąć, że chodzi o taki „środek służący do wykazania prawdziwości okoliczności ważnych do rozstrzygnięcia sprawy” (definicja słowa „dowód” zawarta w internetowym słowniku języka polskiego PWN), dzięki któremu zamawiający będzie miał poczucie, że wykonawca „udowodnił” mu zaistnienie danych okoliczności. Połączenie wydruku przelewu z oświadczeniem wykonawcy jest najbardziej popularnym i chyba najlepszym środkiem do osiągnięcia tego celu. Nie jest też powiedziane, że 1 dokument = 1 dowód, dowód w tym zakresie może bowiem się składać z całego ciągu dokumentów. Zdaniem Izby zamawiający postąpił poprawnie wskazując wykonawcy od razu w umowie, jakie dokumenty ma on przygotować wraz z fakturą. Jest to dla wykonawcy bardziej korzystne, niż gdyby dopiero po przedstawieniu mu faktury zamawiający zaczął wskazywać, że danego dokumentu nie uznaje za wystarczający dowód.

Warto też zwrócić uwagę na art. 143d ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający w umowie powinien zawrzeć zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy uwarunkowanej przedstawieniem dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom – zatem zgodnie z założeniami ustawodawcy zamawiający powinien takie warunki w umowie ukształtować, a tym samym można założyć, że mają być one w niej bardziej szczegółowe niż

w ustawie Prawo zamówień publicznych, gdyż zamawiający nie nakładałby obowiązku przepisywania przepisów bezwzględnie obowiązujących z ustawy.

Należy jedynie zwrócić uwagę zamawiającemu – brak w tym zakresie regulacji w umowie – że zgodnie z art. 143a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dowód zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom nie dotyczy pierwszej faktury. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący, zatem nie musi być powtórzony w umowie, lecz zamawiający powinien o tej okoliczności pamiętać, gdyż nie może go sobie „uściślić” w żadną stronę, tj. ani wymagać od wykonawcy takiego dowodu już przy pierwszej fakturze (ustawodawca przewidział, iż wykonawca ma część wynagrodzenia podwykonawców pokryć z pierwszej płatności zamawiającego, aby nie musiał on angażować własnych środków), ani też nie wymagać go przy kolejnych fakturach, gdyż w ten sposób działa na niekorzyść Skarbu Państwa.

Zarzut, że wykonawca musi uregulować należności podwykonawców przed otrzymaniem płatności od zamawiającego jest niezrozumiały – takie bowiem było założenie ustawodawcy (poza pierwszą fakturą), właśnie po to, by zamawiający nie musiał płacić wynagrodzenia dwukrotnie – najpierw wykonawcy, a potem jeszcze podwykonawcom. Zatem słusznie wykonawca już do faktury powinien dołączyć dowód zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom.

Co do podstawy odstąpienia wskazanej w § 18 ust. 1 lit. g) umowy – jest to klauzula generalna, w której trudno znaleźć naruszenie prawa czy zasad współżycia społecznego. Oczywiście jest, że podstawą odstąpienia nie może być każda błaha podstawa, lecz przyczyna musi być poważna, ale to może być zbadane tylko indywidualnie po jej wystąpieniu.

Co do § 18 ust. 8 umowy – zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że jego zdaniem wykonawcy z mocy prawa przysługują podstawy odstąpienia wskazane w Kodeksie cywilnym, zatem taka jest intencja interpretacji postanowień umowy.

Należy jednak wskazać na marginesie, że jeśli dane przepisy mają charakter bezwzględnie obowiązujący, to obowiązują niezależnie od tego, że nie zostały przeniesione do postanowień umowy albo nawet są z nimi sprzeczne. Jeśli zaś mają charakter dyspozytywny i ich ujęcie w umowie zależy od woli stron, to z ich braku nie można czynić zamawiającemu zarzutu naruszenia prawa.

Poza tym, jeśli chodzi o kwestie praktyczne umieszczania pewnych postanowień w umowie – to raczej dość nieprawdopodobne jest, by zamawiający aż tak zalegał wykonawcy z płatnością wynagrodzenia, by ten miał skorzystać z prawa do odstąpienia od umowy, jak też, by kontynuacja budowy obiektu nagle okazała się świadczeniem niemożliwym.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: