



Pruszków, dnia 25.10.2021 r.

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

**Zamawiający:**

**Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o.**

ul. Ernsta Petersona 22, 85-862 Bydgoszcz  
POLSKA

Tel. + 48 (52) 522 20 58

Adres mailowy: biuro@pronatura.bydgoszcz.pl

**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 Magdalenę Marciniak

**adres do korespondencji:**

**CML Construction Services Sp. z o.o.**

ul. Parzniewska 10

05-800 Pruszków

E-mail: magdalena.marciniak@bauholding.com

Tel.: 788-957-521

**ODWOŁANIE**

Dotyczy: Budowa hali sortowni wraz z infrastrukturą towarzyszącą – roboty budowlane w ramach Projektu pn. „**Zwiększenie efektywności instalacji do odzysku surowców wtórnych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy**” nr referencyjny MKUO ProNatura ZP/NO/52/21

**Numer ogłoszenia:** Dz.U./S S201 520899-2021-PL Ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15/10/2021.

Działając w imieniu Spółki Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie 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 „ustawa 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 projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz przepisy kodeksu cywilnego, tj.:

1. Zamawiający w treści § 12 ust. 5 projektu umowy warunkuje płatność wynagrodzenia wykonawcy od dostarczenia **oświadczenia podwykonawcy** odnośnie salda rozliczeń z wykonawcą, potwierdzające uregulowanie przez wykonawcę **wszelkich należności na rzecz podwykonawców, wymagalnych i niewymagalnych**, podczas gdy art. 437 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi o dowodach potwierdzających zapłatę wyłącznie wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Jednocześnie w pkt 2 tego postanowienia zastrzegł wstrzymywanie się z płatnościami wynagrodzenia do czasu przedstawienia oświadczenia podwykonawcy o uregulowaniu wszystkich należności albo upływu terminu wymagalności wierzytelności i nieprzedłożenia przez Wykonawcę takiego oświadczenia.
2. Zamawiający w treści § 6 ust 11-15 projektu umowy określił procedurę odbioru końcowego, który **nosi znamiona odbioru bezusterkowego z uznaniowością po stronie Zamawiającego czy dokona odbioru warunkowego w przypadku wystąpienia nieistotnych wad.** W § 6 ust. 15 wzoru umowy – „Za datę dokonania odbioru końcowego Przedmiotu Umowy uważana będzie data podpisania protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń (...)”. W tym samym czasie pozostałe postanowienia pozostawiają dowolność po stronie Zamawiającego co do dokonania odbioru końcowego w przypadku wystąpienia wad nieistotnych, a wręcz umożliwiają mu odmowę dokonania odbioru końcowego w sytuacji stwierdzenia wad, niezgodności lub usterek nie wpływających na możliwość użytkowania obiektu:
  - a) § 6 ust. 13 – „*W przypadku stwierdzenia w trakcie czynności odbiorowych nieistotnych wad lub usterek nadających się do usunięcia **Komisja może dokonać odbioru warunkowego.** Protokół będzie zawierał wynik dokonanego sprawdzenia jakości robót, listę istniejących wad i usterek oraz ustalonego przez Strony terminu ich usunięcia.”*
  - b) Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niejasny ustanawia procedurę odbioru uzależniając odbiór od braku wystąpienia bliżej niesprecyzowanych usterek, wad i niezgodności. Z brzmienia § 6 ust. 11 wynika– „*W przypadku odmowy przyjęcia Przedmiotu Umowy przez Zamawiającego na skutek stwierdzenia występowania istotnych wad uniemożliwiających dalszą jego budowę lub użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem lub wykonania Przedmiotu odbioru niezgodnie z projektem, sztuką budowlaną lub normami, **zostanie określony w Protokole powód nie odebrania robót i wyznaczony przez Zamawiającego termin na usunięcie usterek, wad i niezgodności.**”* Zamawiający nie definiuje pojęcia „niezgodności” czy „usterek” powodując iż mogą to być niewielkie odstępstwa niewpływające na funkcjonalność Przedmiotu Umowy.
3. Zamawiający w treści § 14 ust. 1 wzoru umowy określił, że łączna wysokość kar umownych naliczonych ze wszystkich tytułów nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia wykonawcy brutto, jednakże:

- a) Zamawiający formułując kary umowne w § 14 ust. 1 pkt 1 – 3 projektu umowy określa dla nich odrębne limity „(...) łącznie nie więcej niż 20% wynagrodzenia wykonawcy brutto (...)”,
- b) Zamawiający określił łączny limit kar umownych w wysokości 30% wynagrodzenia wykonawcy brutto, a karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 20% wynagrodzenia wykonawcy brutto.
- c) Zamawiający ustala rażąco wysokie kary liczone za każdy dzień zwłoki przy nieterminowym wykonaniu Przedmiotu Umowy oraz usunięcia wad i usterek, podczas gdy wysokość tych kar nie ma już funkcji prewencyjnych a stanowi represję dla wykonawcy. Nieracjonalnie wysokie kary zasadniczo stoją w sprzeczności z limitem kar wymaganym ustawą Pzp bowiem dochodzi do szybkiego wyczerpania limitu co pozbawia zasadniczo sensu ich ustanawiania.

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.

## I. Zarzuty

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie w jakim Zamawiający:
  - a) uzależnia dokonanie płatności wynagrodzenia na rzecz wykonawcy od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy odnośnie salda rozliczeń z wykonawcą, podczas gdy przepis stanowi o złożeniu dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia rozumianych także jako każdy inny dokument, faktura, oświadczenie itd.
  - b) żąda potwierdzenia uregulowania przez wykonawcę wszelkich należności na rzecz podwykonawców wymagalnych i niewymagalnych, podczas gdy ustawa wymaga jedynie przedstawienia dowodów zapłaty wynagrodzenia wymagalnego.
2. Naruszenie art. 447 ust. 1, art. 437 ust 1 pkt 4 i art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3) ustawy Pzp poprzez nieproporcjonalne i niezgodne z ustawą ustalenie w § 12 ust. 5 pkt 2 wzoru umowy ograniczenie, że Zamawiający wstrzyma płatność w sytuacji, w której Podwykonawca posiadać będzie wobec Wykonawcy niewymagalne wierzytelności- do czasu przedstawienia oświadczenia podwykonawcy o uregulowaniu wszystkich należności albo upływu terminu wymagalności wierzytelności i nieprzedłożenia przez Wykonawcę takiego oświadczenia.
3. Naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 pzp w zw. z art. 8 ust. 1 pzp w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego (dalej: „kc”) poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 6 ust. 10, 11, 13, 15 wzoru Umowy:
  - a) Uprawnienia w ust. 10 do sporządzenia i podpisania wedle uznania protokołu odbioru końcowego, który zawiera decyzję Zamawiającego co do przyjęcia, przyjęcia warunkowego lub odmowy przyjęcia Przedmiotu Umowy;
  - b) Niejasnego sformułowania w ust 11, które poprzez użycie wielokrotnej alternatywy nadaje uprawnienie do odmowy odbioru w sytuacji stwierdzenia wykonania Przedmiotu odbioru niezgodnie z projektem, sztuką budowlaną lub normami (bez odniesienia, że chodzi o wady istotne) ... oraz wyznaczeniu przez Zamawiającego

terminu na usunięcie usterek, wad i niezgodności (co świadczy o wstrzymaniu odbioru do czasu usunięcia każdej niezgodności nawet nieistotnej).

- c) Uprawnienia w ust 13 do odmowy dokonania odbioru warunkowego w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad lub usterek poprzez pozostawienie dowolności uznania Zamawiającemu i użycie sformułowania „Komisja może dokonać odbioru warunkowego”.
- d) Niejednoznacznej i dowolnie ustalonej daty zakończenia Umowy poprzez użycie sformułowania „Za datę dokonania odbioru końcowego Przedmiotu Umowy uważana będzie data podpisania protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń (lub ze wskazaniem nieistotnych wad lub usterek) lub , w przypadku odmowy odbioru, data podpisania protokołu odbioru końcowego po usunięciu wad i usterek”.

w sytuacji 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. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obciążony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a postanowienia umowy nie mogą pozostawiać dowolności w tym zakresie.

- 4. Naruszenie art. 436 pkt 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1, 2, 3 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 353<sup>1</sup> 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 zastrzeżenie w § 14 ust. 1 wzoru umowy
  - a) kar rażąco wygórowanych w przypadku kary za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Umowy w stosunku do terminu końcowego oraz kar za nieusunięcie wad i usterek w terminie,
  - b) górnego limitu kar umownych przekraczającego limity jednostkowe oraz wysokość kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy, która w istocie jest karą na okoliczność niewykonania zamówienia.

Pozostawienie limitu kar wyższego niż kara za odstąpienie tworzy sytuację, że wykonawca który do końca zrealizuje zadanie może ponieść dotkliwsze konsekwencje niż wykonawca który zadania nie wykona w całości bądź w części i dojdzie do odstąpienia od umowy. 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 nieadekwatnym obciążeniem Wykonawcy w stosunku do specyfiki realizacji i uwarunkowań rynkowych, będą jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

## II. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - zmiany treści załącznika nr 6 do SWZ Projektowane postanowienia umowy poprzez:

- (i) Dopuszczenie możliwości złożenia **dowodów** zapłaty wymagalnego wynagrodzenia należnego podwykonawcom i dalszym podwykonawcom bez wskazywania na konkretne dowody lub zawężania ich jedynie do oświadczenia podwykonawcy lub dowodu przelewu.
- (ii) Uzależnienie możliwości wystawienia faktury VAT i zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji uregulowania wierzytelności wymagalnych bez ustalania istnienia wierzytelności niewymagalnych. Usunięcia możliwości wstrzymywania się przez Zamawiającego z płatnościami w sytuacji istnienia wierzytelności niewymagalnych.
- (iii) wyeliminowanie możliwości odbiorów warunkowych poprzez zobligowanie Zamawiającego do dokonania odbioru w przypadku braku wad istotnych;

- (iv) wyeliminowanie nieścisłości i niejasności brzmienia § 6 ust. 11 w zakresie możliwości odmowy odbioru w każdym przypadku stwierdzenia wykonania Przedmiotu odbioru niezgodnie z projektem, sztuką budowlaną lub normami do czasu usunięcia usterek, wad i niezgodności poprzez jednoznaczne określenie że dotyczy to wad i usterek istotnych z usunięciem słowa „niezgodności”.
- (v) zmiana postanowień projektu umowy w zakresie kar umownych poprzez zmniejszenie wysokości kar w postanowieniach § 14 ust 1 pkt 1 i 3, oraz ustalenie górnego limitu kar ze wszystkich tytułów na 20 % Wynagrodzenia Wykonawcy brutto określonego w § 11 ust. 1.

Odwołujący w celu jednoznacznego wskazania kierunku zmiany projektowanych postępowań, mając na uwadze, że gospodarzem postępowania jest Zamawiający, poniżej podaje kierunek i rodzaj zmian adekwatnych do wyżej wskazanych zarzutów i żądań:

§ 6 ust. 10, 11, 13, 15 otrzymuje brzmienie:

10. Z odbioru sporządzony będzie protokół odbioru końcowego, który zawiera decyzję Zamawiającego co do przyjęcia *w przypadku braku wad istotnych*, przyjęcia *warunkowego w sytuacji istnienia wad nieistotnych*, lub odmowy przyjęcia Przedmiotu Umowy *w sytuacji istnienia wad istotnych* oraz podpisy osób uczestniczących w odbiorze. Wykonawca przeprowadzi rozruch techniczny zainstalowanych przez siebie urządzeń i instalacji (w terminie uzgodnionym z Zamawiającym) wraz z przeszkoleniem wskazanych przez Zamawiającego pracowników, wyznaczonych do obsługi wbudowanych instalacji i urządzeń.

11. W przypadku odmowy przyjęcia Przedmiotu Umowy przez Zamawiającego na skutek stwierdzenia występowania istotnych wad uniemożliwiających dalszą jego budowę lub użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem w tym wykonania Przedmiotu odbioru niezgodnie z projektem, sztuką budowlaną lub normami, zostanie określony w Protokole powód nie odebrania robót i wyznaczony przez Zamawiającego termin na usunięcie tych *usterek*, wad.. Po zakończeniu tych prac Wykonawca zgłosi Przedmiot Umowy ponownie do odbioru w trybie przewidzianym w niniejszym paragrafie.

13. W przypadku stwierdzenia w trakcie czynności odbiorowych nieistotnych wad lub usterek nadających się do usunięcia Komisja ~~może dokonać~~ *dokona* odbioru warunkowego. Protokół będzie zawierał wynik dokonanego sprawdzenia jakości robót, listę istniejących wad i usterek oraz ustalonego przez Strony terminu ich usunięcia.

15. Za datę dokonania odbioru końcowego Przedmiotu Umowy uważana będzie data podpisania protokołu odbioru końcowego ~~bez zastrzeżeń (lub ze wskazaniem nieistotnych wad lub usterek) lub~~, *a*—w przypadku odmowy odbioru, data podpisania protokołu odbioru końcowego po usunięciu *istotnych* wad i usterek.

5. W przypadku, w którym zakres czynności Wykonawcy będzie obejmował roboty budowlane, do realizacji których Wykonawca zatrudniać będzie podwykonawców, Wykonawca wraz z fakturą zobowiązany będzie dostarczyć ~~oświadczenie podwykonawcy oświadczenie~~ dowody rozliczeń z *podwykonawcą*—Wykonawcą, potwierdzające uregulowanie przez Wykonawcę wszelkich *wymagalnych* należności na rzecz podwykonawców, ~~wymagalnych i niewymagalnych~~. Zamawiający ~~może żądać oryginału potwierdzenia dokonania przelewu wynagrodzenia~~. W przypadku niedostarczenia *dowodów* takiego oświadczenia wraz z fakturą ~~lub nie dostarczenie oryginału dokonania przelewu wynagrodzenia~~ i na wezwanie Zamawiającego o ich uzupełnienie w terminie dalszych 3 dni, lub dostarczenia *dowodów* oświadczenia, z których ego wynikać będzie, że Wykonawca nie uregulował wszystkich należności (wymagalnych i niewymagalnych) na rzecz podwykonawców, Zamawiający, po uprzednim wezwaniu Wykonawcy do zgłoszenia uwag co do płatności bezpośredniej na rzecz podwykonawcy w terminie 7 dni od dnia wezwania, będzie uprawniony do:

- 1) Zapłaty należności bezpośrednio na rzecz podwykonawcy i pomniejszenia o wartość uiszczonych należności Wynagrodzenie przysługującego Wykonawcy za dany element robót oraz łącznego Wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 Umowy;
- 2) ~~W przypadku, w którym Podwykonawca posiadać będzie wobec Wykonawcy niewymagalne wierzytelności wstrzymania się z zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia Wykonawcy do czasu przedstawienia oświadczenia podwykonawcy o uregulowaniu wszystkich należności albo upływu terminu wymagalności wierzytelności i nieprzedłożenia przez Wykonawcę takiego oświadczenia pomimo wezwania zamawiającego z wyznaczeniem dodatkowego 3-dniowego terminu; w takim wypadku Zamawiający nie jest uważany za pozostającego w opóźnieniu;~~

§ 14 otrzymuje brzmienie:

1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania warunków umowy Zamawiający jest uprawniony do naliczenia Wykonawcy kar umownych:
  - 1) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy w stosunku do terminu końcowego - w wysokości 0,01 % Wynagrodzenia, Wykonawcy brutto określonego w § 11 ust. 1 Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, łącznie nie więcej niż 20 % tego Wynagrodzenia,
  - 2) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu Umowy w stosunku do terminów pośrednich wynikających z niniejszej Umowy - w wysokości 0,05 % Wynagrodzenia Wykonawcy brutto, określonego w § 11 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki, łącznie nie więcej niż 20 % tego Wynagrodzenia,
  - 3) za zwłokę w terminowym usunięciu wad i usterek (w tym wynikających z użycia niewłaściwych materiałów i wyrobów), stwierdzonych w okresie realizacji, w trakcie odbiorów lub ujawnionych w okresie rękojmi lub gwarancji jakości – w wysokości 0,01 % Wynagrodzenia, Wykonawcy brutto określonego w § 11 ust. 1 Umowy za każdy dzień zwłoki liczony od upłynięcia terminu wyznaczonego na usunięcie wad i usterek, jednak łącznie nie więcej niż 20 % tego Wynagrodzenia,
  - 4) za odstąpienie od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub nieuzasadnionego odstąpienia od umowy przez Wykonawcę – 20 % Wynagrodzenia Wykonawcy brutto określonego w § 11 ust. 1 Umowy (...)

Łączna wartość kar umownych naliczonych ze wszystkich tytułów nie może przekroczyć 20 %. Wynagrodzenia, Wykonawcy brutto określonego w § 11 ust. 1 Umowy.

### III. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy Pzp. Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SWZ są niezgodne z Pzp i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc), gdyż w sposób niezgodny z kc wprowadza odbiór bezusterkowy i jako dzień zakończenia odbioru końcowego Przedmiotu Umowy uważa datę podpisania protokołu odbioru końcowego bez zastrzeżeń jedynie z opcją wskazania nieistotnych wad i usterek co czyni zapisy niejasnymi i niepewnymi dla wykonawcy. Ponadto Zamawiający naruszył inne przepisy prawa żądają dowodów zapłaty niewymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców czy też ustalił wysokość i limity kar umownych na nieadekwatnym i nieproporcjonalnym poziomie. To wszystko rzutuje na sposób odpowiedzialności Wykonawcy na etapie realizacji Umowy a z uwagi, iż proponowane zapisy naruszają przepisy prawa są nieakceptowalne dla potencjalnego oferenta i wykonawcy przyszłego zamówienia, jakim może być wykonawca Strabag sp. z o.o., to tym samym zachodzi konieczność ich zaskarżenia.

Ze względu na powyższe, skoro treść SWZ i wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę w sprawie zamówienia publicznego.

#### **IV. Termin i wymogi formalne**

- w dniu 15 października 2021 r. Zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 25 października 2021 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**

**Ad. 1 i 2 żądanie oświadczeń i potwierdzenia przelewów jako jedynych dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, żądanie dowodów płatności wynagrodzenia niewymagalnego, bezpodstawne wstrzymywanie płatności w przypadku istnienia wiarygodności niewymagalnych.**

##### **a) Żądanie oświadczenia podwykonawcy zamiast dowodów płatności**

Zamawiający niezgodnie z przepisami art. 437 ust 1 pkt 4, art. 447 ust 1, art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp ogranicza dowody potwierdzające zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców wyłącznie do oświadczeń podwykonawców względnie, na żądanie Zamawiającego potwierdzenia dokonania przelewu, podczas gdy zgodnie z ww. przepisami ustawy Pzp możliwe jest przedstawienie wszelkich możliwych dowodów potwierdzających zapłatę, bez ograniczania tych dowodów wyłącznie do potwierdzeń przelewów i oświadczeń podwykonawców.

Art. 447 ust. 1 pzp nie ogranicza dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców jedynie do oświadczeń podwykonawców czy też potwierdzeń przelewów. Wręcz przeciwnie wykonawca zgodnie z art. 447 ust. 1 pzp może przedstawić dowolne dowody w celu wykazania, że dokonał zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawców i z tego tytułu nie występują zaległości. Wskazać należy, że wynagrodzenie podwykonawcy może zostać zaspokojone (umorzenie wiarygodności o zapłatę wynagrodzenia) nie tylko poprzez dokonanie bezpośredniej zapłaty, może to nastąpić czy to na mocy porozumienia stron (ugoda), na mocy jednostronnych oświadczeń woli (potrącenie i to zarówno przez podwykonawcę jak i wykonawcę, przekaz, zwolnienie z długu) czy też umów (cesja wiarygodności, faktoring itp.). Ograniczenie katalogu dowodów nie uwzględnia zatem nie tylko praktyki obrotu gospodarczego jak i obowiązujących przepisów kc (dopuszczających różne działania prowadzące do umorzenia czy też zaspokojenia wiarygodności) czy też Pzp. Ograniczanie katalogu potwierdzeń rozliczenia z podwykonawcami jest nie tylko niezgodne z ustawą Pzp wprost, ale także może powodować niezasadne ograniczanie lub bezpodstawne wstrzymywanie płatności np. w sytuacji gdy podwykonawca z różnych przyczyn będzie odmawiał przekazania oświadczenia wykonawcy lub w sytuacji gdy do rozliczenia dojdzie w inny sposób niż poprzez przelew.

##### **b) Żądanie potwierdzeń zapłaty należności niewymagalnych podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz wstrzymywanie płatności na rzecz wykonawcy.**

Niezgodne z przepisami ustawy Pzp pozostają wymogi nakazujące uregulowanie przez Wykonawcę wszelkich należności na rzecz podwykonawców, wymagalnych i niewymagalnych w celu wystawienia faktury VAT czy otrzymania płatności za zrealizowany zakres prac. Solidarna odpowiedzialność Zamawiającego zgodnie z art. 465 ust 1 i 3 ustawy Pzp, również została ograniczona do należności wymagalnych, tym samym brak jest racjonalnych oraz prawnych argumentów do żądania przedstawienia płatności niewymagalnych.

Ustawa Pzp nie wskazuje definicji zobowiązań wymagalnych. Z definicji pojęć stosowanych w statystyce publicznej (publikowanych przez urząd statystyczny) definiuje się je jako wszystkie bezsporne zobowiązania, których termin płatności minął, a nie są przedawnione ani umorzone. (<https://stat.gov.pl/metainformacje/slownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/2205,pojecie.html>).

Zobowiązania to wynikający z przeszłych zdarzeń obowiązek wykonania świadczeń o wiarygodnie określonej wartości, które spowodują wykorzystanie już posiadanych lub przyszłych aktywów. Istotą zobowiązań jest istnienie aktualnego obowiązku podmiotu, wynikającego ze stosunku prawnego (np. zawarcie umowy o pracę z pracownikiem) lub z przepisów prawa (np. podatkowego). Czasami jednak zobowiązanie może także wynikać z praktyki gospodarczej lub zwyczajów handlowych (tak Dorota Adamek-Hyska, Iwona Franczak. Zobowiązania wymagalne jednostek samorządu terytorialnego – zakres ujawnień, Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości, Nr 108 (164), 2020, s. 9–2)

Definicja zobowiązań wymagalnych znajduje się m.in. w przepisach wykonawczych do ustawy o finansach publicznych. I tak: zobowiązania wymagalne, o których mowa w art. 72 ust. 1 pkt 4 ustawy o finansach publicznych, rozumiane są jako bezsporne zobowiązania, których termin płatności dla dłużnika minął, a które nie zostały ani przedawnione, ani umorzone (Rozporządzenie Ministra Finansów z 28 grudnia 2011, § 3 pkt 4).

Niezgodne z ustawą Pzp jest także wstrzymywanie płatności na rzecz wykonawców w sytuacji gdy dane należności podwykonawców są jeszcze niewymagalne. Taka sytuacja może prowadzić do zatorów płatniczych, zachwiania płynności rozliczania inwestycji i kondycji finansowej wykonawcy. Wstrzymywanie płatności powoduje też niezasadne i niezgodne z przepisami kredytowanie inwestycji przez wykonawcę. Art. 647 kodeksu cywilnego stanowi, że *przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.*

Przepis art. 465 ustawy Pzp precyzuje, kiedy Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawcy lub kiedy może wstrzymać się z taką zapłatą. Oznacza to, że dopiero ziszczenie się konkretnie i ściśle wskazanych tam przesłanek uprawni Zamawiającego do braku zapłaty części wynagrodzenia na rzecz wykonawcy.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie - V Wydział Gospodarczy z dnia 10 października 2019 r.  
V GC 3/19

*Dla aktywacji obowiązku zamawiającego dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, musiałyby zostać kumulatywnie spełnione trzy przesłanki: 1) roszczenie o zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy musiało być wymagalne, 2) zamawiający musiał zaakceptować umowę o podwykonawstwo i 3) wykonawca musiał uchylać się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Aby zamawiający stał się legitymowany do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, to wszystkie wyżej wymienione przesłanki musiały zostać spełnione łącznie. Brak ziszczenia się którejkolwiek z nich, negował obowiązek zamawiającego w opisywanym zakresie.*

Zgodnie z art. 465 ust 4 ustawy Pzp, *Zamawiający, przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie, pisemnie, uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji. W uwagach nie można powoływać się na potrącenie roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy niezwiązanych z realizacją umowy o podwykonawstwo.*



Dalej zgodnie z ust 5. *W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 4, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może:*

- 1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo*
- 2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo*
- 3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.*

Całościowe brzmienie art. 465 ustawy Pzp wskazuje zatem, że dopiero w sytuacji ziszczenia się przesłanek do bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy, istnieje możliwość wstrzymania się z zapłatą jeżeli wykonawca zgłosi zastrzeżenia co do zasadności takiej zapłaty. Dotyczy to sytuacji kiedy wynagrodzenie jest wymagalne, upłynął termin ich płatności, a wykonawca niezasadnie się uchyla od ich zapłaty.

W żadnej mierze natomiast przepisy nie pozwalają na wstrzymywanie płatności w innych przypadkach lub bezpodstawnie wstrzymywanie płatności do czasu powstania stanu wymagalności wierzytelności podwykonawcy. Niezgodne z prawem będzie wytrzymywanie płatności wykonawcy w innych przypadkach niż brak wykazania zapłaty wynagrodzenia należnego (wymagalnego) na rzecz podwykonawcy. Takiego wstrzymywania nie uzasadnia też interes Zamawiającego bowiem tak jak wykonawca odpowiada on solidarnie za należności postawione w stan wymagalności.

**Ad. 3 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 nie istotne. Zapisy umowy wprowadzają zasadniczo odbiory bezusterkowe, które są sprzeczne z art. 647 kc, gdyż eliminują obowiązek zamawiającego (inwestora) do dokonania odbioru końcowego.**

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

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. 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 należne 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.

Powyższe zostało ukształtowane w formie jednolitego stanowiska i wynika m.in. z wyroków Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 marca 2021 r. V CSKP 14/21

*Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. **Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru**, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady.*

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".*

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

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

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

2. **W sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC).** W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. **Odmowa odbioru**

***będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.***

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów 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 nie mniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnośnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

- (i) 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”*
- (ii) 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 § 6 ust. 10, 11, 13, 15 wzoru Umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza poprzez odesłanie z art. 8 ust 1 ustawy Pzp art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylecia się od dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek a nie możliwość dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

**Ad. 4 W ocenie Odwołującego kary zastrzeżone przez Zamawiającego we wzorze umowy są rażąco wygórowane i odbiegają od praktyki rynku zamówień publicznych. Dodatkowo ustalony limit górny kar umownych jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do zamówienia, jak i obciążenia w sytuacji niewykonania zamówienia w całości.**

**a) Wysokość kary za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu umowy i kary za brak usunięcia wad i usterek w wyznaczonym terminie.**

Wykonawca rozumie potrzebę zabezpieczenia terminów realizacji po stronie Zamawiającego ale kara z tym związana powinna mieć charakter realny (rynkowy) i w razie przekroczenia terminów zabezpieczać interes Zamawiającego (pokrywać ewentualną szkodę Zamawiającego) a nie prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem Wykonawcy. Odwołujący uważa, że kary wskazane w § 14 ust 1 pkt 1, w zakresie, w jakim są naliczane za każdy dzień zwłoki w terminowym wykonaniu przedmiotu Umowy jak i kary wskazane w § 14 ust 1 pkt 3 wzoru umowy dotyczące uchybieniem terminowemu usunięcia wad i usterek w wysokości 0,1 % wynagrodzenia całościowego brutto za każdy dzień przekroczenia terminu są rażąco wygórowane i prowadzą do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Odnosnie kary umownej z tytułu niedotrzymania terminu końcowego odwołujący wskazuje, że kara w wysokości 0,1% wynagrodzenia za każdy dzień jest rażąco wygórowana i odbiega od praktyki rynkowej, gdzie kary są zastrzegane na niższym poziomie. Dla przykładu w innych postępowaniach, w który wykonawca niedawno brał udział np.:

- na generalne wykonawstwo projektu pn.: Budowa kampusu Akademii Muzycznej imienia Feliksa Nowowiejskiego w Bydgoszczy wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną przy ul. Chodkiewicza 9-11 w Bydgoszczy we wzorze umowy § 18 ust 1 pkt 1.1 Zamawiający przewidział kary za zwłokę w wykonaniu Przedmiotu Umowy: w wysokości 0,02% Wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki liczony od terminu określonego w § 6 ust. 1 (link do platformy <https://amfn.ezamawiajacy.pl/pn/amfn/demand/notice/public/33313/details>) ;
- na „Budowa nowej siedziby Archiwum Państwowego w Bydgoszczy” przy ul. Karłowicza w Bydgoszczy na terenie działki nr 37/11 obr.178.” we wzorze umowy w § 31 ust 1 pkt 1 Zamawiający ustalił wysokość kary za nieterminową realizację zamówienia z przyczyn zależnych od Wykonawcy za każdy dzień zwłoki w wysokości 0,05% wynagrodzenia brutto określonego w § 8 ust. 2 Umowy (link do platformy <https://apbydgoszcz.bip.gov.pl/publiccontracts/view/30899>).

W przypadku zaś kary za zwłokę w usuwaniu wad i usterek, zgodnie z § 7 ust. 8 pkt 5 wzoru umowy w razie odmowy usunięcia wad lub nieprzystąpienia do usuwania wad w czasie 24 godzin od momentu zgłoszenia, Zamawiający może usunąć wady sam lub powierzyć ich usunięcie osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy (nie tracąc uprawnień z tytułu gwarancji). Oznacza to, że kara umowna przewidziana w § 14 ust. 1 pkt 3 nie jest przeznaczana na koszty usuwania wad ale ma rekompensować Zamawiającemu negatywne konsekwencje związane z nieterminowym usuwaniem wady oraz stanowić czynnik mobilizujący wykonawcę do usunięcia wady. Ustalenie wysokości kary za brak usunięcia wady czy usterki w terminie na równi z karą za nieterminową realizację zamówienia w stosunku do terminu końcowego, jawi się jako nieproporcjonalna i nadmierna. W tych okolicznościach kary umowne za przekroczenie terminu usuwania wad na poziomie 0,1% wynagrodzenia umownego są rażąco wygórowane, gdyż nie pozostają w jakimkolwiek związku z potencjalną szkodą grożącą Zamawiającemu.

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 zastrzeżenie 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 zastrzeżenia 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.

**b) Ustalenie limitu górnego kar umownych na poziomie wyższym niż kara za odstąpienie od umowy.**

Zamawiający ustalił górny limit kar umownych na poziomie 30 % wartości wynagrodzenia brutto. Limit ten przekracza wysokość kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jak i przekracza limity jednostkowe kar określone przy § 14 ust 1 pkt 1-5 wzoru umowy. W ocenie wykonawcy nieracjonalnym i nieproporcjonalnym jest pozostawienie limitu kar wyższego niż limit kar ustalony za poszczególne przewinienia i jednocześnie wyższy niż kara za odstąpienie od umowy. Wykonawca, który nie wykona swojego obowiązku w całości i dojdzie do ustania stosunku prawnego poniesie mniejsze konsekwencje, niż wykonawca, który mimo przejściowych lub częściowych niedociągnięć wykonana przedmiot zamówienia do końca.

Powyższe było przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 4 września 2018 sygn. akt KIO 1601/18, w którym w odpowiedzi na zarzut:

*Zarzut 3 q) zaniechanie wprowadzenia w § 5 IPU górnego limitu kar umownych związanych z nienależytym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 5 ust. 1 IPU na okoliczność niewykonania zamówienia, co jest niezgodne z przepisami prawa, w tym art. 471 KC, art. 473 § 1 KC oraz art. 483 i 484 KC, a także prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego względem Wykonawcy i jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności, określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.*

*Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.*

*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 należyty wycenę oferty.*

Podobnie uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 października 2020 r., KIO 2652/20:

*Izba wzięta pod uwagę stanowisko Zamawiającego, który wielokrotnie podkreślał w swoich pismach, że ustalenie dla kar umownych z innych tytułów niż odstąpienie od umowy limitu na poziomie 10 % wartości brutto umowy spowoduje, że kary te nie będą wystarczająco stymulowały wykonawcę do należytego wykonania tego zamówienia. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do swoistego nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy też 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 związanych z realizacją na takich warunkach tego zamówienia i należyłą wycenę oferty, jednak odstępując od określania za Zamawiającego wysokości takiego limitu.*

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

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