

**STRABAG**

Pruszków, dnia 15 listopada 2013r.

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

Zamawiający: Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok, 15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6, tel. +48 85-67-67-130, fax +48 85-67-67-153, e-mail: sekretariat@pzdw.wrotapodlasia.pl

Odwołujący: Strabag sp. z o.o. z siedzibą: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, zastępowana przez radcę prawnego Magdalenę Zadorę-Redźko, adres do korespondencji: r.pr. Magdalena Zadora-Redźko, CLS Construction Legal Services sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, telefon:+ 48 (22) 714 43 68, fax:+ 48 (22) 714 49 08, mail: magdalena.zadora-redzko@bauholding.com

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane związane z „Rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Tykocin – Jeżewo Stare” z wyłączeniem kanału technologicznego (Zadanie A) oraz roboty budowlane związane z budową kanału technologicznego w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 671 w ramach zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Tykocin – Jeżewo Stare Zadanie B.

ODWOŁANIE

W imieniu Strabag sp. z o.o., działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, dokument pełnomocnictwa w załączeniu, oraz na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 poz. 907.) zwaną w dalszej części „ustawą pzp” lub „ppz”, wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku na roboty budowlane związane z „Rozbudową drogi wojewódzkiej Nr 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Tykocin – Jeżewo Stare” z wyłączeniem kanału technologicznego (Zadanie A) oraz roboty budowlane związane z budową kanału technologicznego w ciągu drogi wojewódzkiej Nr 671 w ramach zadania „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 671 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Tykocin – Jeżewo Stare” (Zadanie B) (dalej: *Postępowanie*) na treść wskazanych niżej zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. treść załącznika nr VIII do SIWZ – Wzory umów dla zadania A i zadania B, tj.

- na treść §8 ust.1 pkt 7) zgodnie z którym „Wykonawca zapłaci kary umowne w innych niż określone w pkt 1 - 6 przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę – w wysokości 10% wynagrodzenia netto o którym mowa w § 3 ust 2 niniejszej umowy”

- na treść §33 ust.1 pkt 11) zgodnie z którym „Zamawiający na podstawie art. 144 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość dokonania zmiany umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (...) gdy jest to korzystne dla Zamawiającego”

- na treść §8 ust.1 pkt 1) Umowy zgodnie z którym „Wykonawca zapłaci kary umowne w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, a także w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z powodów, za które odpowiada wykonawca w wysokości 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w §3 ust 2 niniejszej umowy.

- na treść §5 ust 6 Umowy zgodnie z którym płatność wynagrodzenia podwykonawcy uzależniona jest od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy o uregulowaniu wymagalnych zobowiązań finansowych między podwykonawcą i wykonawcą

Zaskarżonej czynności zarzucam naruszenie:

1) art. 139 pzp w zw. z art. 483, 353(1) kc poprzez zastrzeżenie w §8 ust 1 pkt 7 Wzoru umowy kary umownej dla Wykonawcy na wypadek zaistnienia nieokreślonej i niesprecyzowanej formy niewykonania czy nienależytego wykonania zobowiązania umowy przez wykonawcę, przy jednoczesnym określeniu kary umownej na rażąco wysokim poziomie odpowiadającym wysokości kary za odstąpienie od umowy

2) art. 144 pzp poprzez zastrzeżenie w §33 ust 1 pkt 11) Wzoru umowy możliwości zmiany umowy w sposób niezgodny z art.144 pzp to jest bez określenia zarówno okoliczności uzasadniających zmianę umowy jak i sposobu dokonania takiej zmiany

3) art. 139 pzp w zw. z art. 483 i 473 kc poprzez zastrzeżenie w §8 ust 1 pkt 1 Wzoru umowy kary umownej dla Wykonawcy na wypadek za wypadek odstąpienia od umowy z przyczyn innych niż zawinione przez wykonawcę bez jednoznacznego ich określenia

4) art. 139 pzp w zw. z art. 647 kc, 89 i 58 ust.3 kc poprzez uzależnienie obowiązku zapłaty od spełnienia świadczenia przez podmiot trzeci tj. złożenia oświadczenia przez podwykonawcę, podczas gdy obowiązek zapłaty za wykonane roboty aktualizuje się z chwilą dokonania ich odbioru przez inwestora i nie może być skutecznie uzależniony od spełnienia świadczenia przez podmiot trzeci.

II. Informacje o przetargu.

Strona internetowa-Zamawiającego: <http://bip.pzdw.wrotapodlasia.pl/>

Mail: sekretariak@pzdw.wrotapodlasia.pl, wzp@pzdw.wrotapodlasia.pl

Numer Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich: 2013/S 214-371607

III. Termin wniesienia odwołania.

W dniu 5 listopada 2013r. Zamawiający – Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku zamieścił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków

Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. W tym samym dniu ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 214-371607. Oznacza to, że składając odwołanie w dn. 15 listopada 2013r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 182 §2 pkt 1 pzp tj. składa odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

III. Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący posiada interesie wniesieniu odwołania. Odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umowy oraz realizacji zamówienia zgodnie z jej warunkami określonymi w, które w swej treści są niezgodne z zasadami Prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego.

UZASADNIENIE

Odnosnie sformułowanych w petitum zarzutów wskazuję jak niżej:

Ad. 1)

Zgodnie z §8 ust 1 pkt 7 Wzoru umowy *Wykonawca zapłacić ma kary umowne w innych niż określone w pkt 1 - 6 przypadkach niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez wykonawcę – w wysokości 10% wynagrodzenia netto o którym mowa w § 3 ust 2 niniejszej umowy.*

Jednocześnie w pkt 1-6 §8 Wzoru umowy zamawiający przewidział odrębne kary umowne za stypizowane formy nienależytego wykonania zobowiązań umownych tj. za zwłokę w wykonaniu robót, zwłokę w realizacji zamówienia, odstąpienie od umowy tak z przyczyn niezależnych od Zamawiającego jak i zawinionych przez wykonawcę, opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze bądź w okresie rękojmi i gwarancji, zawinioną przerwę w realizacji zamówienia oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie poleceń Zamawiającego lub Inspektora Nadzoru.

Wobec nazwania w §8 ust 1-6 określonych postaci nienależytego wykonania umowy oraz rozróżnienia przez Zamawiającego w umowie pojęć wykonania zamówienia i wykonania robót jako osobnych terminów (§2 ust 2 i 3, §8 ust 1 pkt 2 i 3), **zaskarżony zapis §8 ust 1 pkt 7 Umowy wobec jego ogólnego i nieprecyzyjnego brzmienia rozumieć należy jako uprawnienie Zamawiającego do naliczenia kary umownej w przypadku każdego niewykonania jakiegokolwiek obowiązku umownego Wykonawcy.** Co więcej takie naruszenie skutkować na karą na poziomie 10% wartości wynagrodzenia netto tj. karą za poziomie kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia przy jednoczesnym braku w umowie jakichkolwiek kar umownych dla Zamawiającego za niewykonywanie jego obowiązków w stosunku do wykonawcy w ramach współpracy przy wykonywaniu umowy.

Taka interpretacja §8 ust.1 pkt 7 Umowy wynika z cywilistycznej definicji zobowiązania, które tak jak każdy stosunek cywilnoprawny, opisuje się za proca podstawowych pojęć określających poszczególne elementy stosunku cywilnoprawnego do których zalicza się podmioty, ich prawa i obowiązki składające się na treść stosunku zobowiązaniowego oraz jego przedmiot. Zakres obowiązków wykonawcy – jako dłużnika z umowy z umowy o roboty budowlane określają przepisy kc oraz postanowienia umowy, które w stosunku do kc mogą te obowiązki rozszerzać. W tym konkretnym przypadku **obowiązki Wykonawcy zostały określone w postanowieniach umowy od §13 do §27 Umowy,**

opatrzonych wspólnym tytułem Obowiązki Wykonawcy. Skala przewidzianych umową obowiązków wykonawcy składających się na zobowiązanie oraz ich niekiedy bardzo znikoma waga i znaczenie dla wykonania przedmiotu umowy, sprawiają że w ocenie odwołującego obwarowanie z nich obowiązkiem zapłaty kary umownej jest nadużyciem ze strony Zamawiającego, przekroczeniem zasady swobody zawierania umów i nie powinno korzystać z ochrony prawnej.

Jak wynika z treści art.483 §1 Kodeksu Cywilnego strony mogą zastrzec w umowie, że naprawienie szkody powstałej w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi poprzez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Ponieważ celem kary umownej jest naprawienie wyrządzonej wierzycielowi szkody można uznać, iż jest ona swoistą postacią odszkodowania. Z uwagi przedstawiony cel jakiemu służyć ma wprowadzenie kar umownych nie jest dopuszczalne aby uzyskane w ten sposób kwoty stały się dla zamawiającego faktycznym źródłem zysku nie zaś jedynie rekompensatą za wyrządzoną przez wykonawcę szkodę. Dlatego zastosowanie art. 483 kc tj. zastrzeżenia kary umownej powinno po pierwsze określać formę nienależytego wykonania Umowy z którą wiąże się obowiązek zapłaty kary umownej po drugie powinno wprowadzać karę umowną na poziomie adekwatnym do ewentualnej szkody związanej z określoną postacią naruszenia. W ocenie odwołującego określenie limitu kar umownych na poziomie 10 % wartości umowy zachodzi uzasadniona obawa, że kary umowne w przypadku ich zastosowania będą niewspółmiernie wysokie do stopnia zawinienia wykonawcy i ewentualnej szkody poniesionej przez Zamawiającego. Szczególnie że katalog okoliczności upoważniający do ich naliczenia jest bardzo rozbudowany.

Nadmierność możliwości żądania kary umownej w przypadku każdego nienależytego wykonania przez Wykonawcę zobowiązań umownych wynika również z porównania analogicznych obciążeń po stronie Zamawiającego. Tymczasem umowa nie przewiduje kar umownych dla zamawiającego dla w przypadku niewykonania przez niego zasadniczych z punktu widzenia sprawnej realizacji procesu inwestycyjnego obowiązków w stosunku do wykonawcy. Wprawdzie brak jest przepisów, które nakładałyby obowiązek wprowadzania takich kar jednak Zamawiający - jako strona uprzywilejowana w rozpatrywanej sytuacji bo przedstawiająca warunki umowy których możliwość negocjacji jest dość ograniczona a których nieakceptowanie skutkuje dla wykonawcy pozbawieniem go możliwości realizacji zamówienia, kształtując warunki przyszłej umowy powinien robić to z poszanowaniem zasad współzycia społecznego i zasady różności stron stosunków cywilno-prawnych. Jedyną przewidzianą w umowie kara na rzecz wykonawcy to kara za odstąpienie z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający i jest to kara również na poziomie 10% wartości umowy. Porównanie skali naruszenia jaką jest przedterminowe zakończenie kontraktu z przyczyn zawinionych przez jedną ze stron (odstąpienie od umowy) z naruszeniem w postaci np. przedstawienia 1 dzień po terminie Programu Zapewnienia Jakości przez wykonawcę albo uwzględnienia 1 dzień po terminie uwag do harmonogramu robót przez wykonawcę, i przyjęcie że wszystkie te naruszenia penalizowane są karą w takiej samej wysokości 10% uzasadnia twierdzenie o jej nadmierności tak co do wysokości jak i sposobu zastrzeżenia.

Doprecyzowanie jakie to okoliczności uzasadniać mają zgodnie z §8 ust 1 pkt 7 naliczenie kary umownej bądź też obniżenie limitu tych kar nie pozbawia Zamawiającego prawa dochodzenia naprawienia rzeczywiście wyrządzonej mu szkody, w sytuacji gdyby przenosiła ona wysokość kar umownych. W §9 ust 4 Zamawiający zabezpieczył swoje interesy na wypadek zaistnienia takiej sytuacji zastrzegając sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

Ocena skuteczności zastrzeżenia kary umownej w §8 ust 1 pkt 7 umowy, tj. zastrzeżenia które w obecnym brzmieniu pozwala na naliczenia kary w każdej sytuacji nienależytego wykonania umowy powinno być oceniane również z uwzględnieniem przepisów regulujących działalność wykonawcy, w tym przepisów pzp. W aktualnym stanie prawnym przesłanką wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest, przewidziany w art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp, stwierdzony prawomocnym wyrokiem sądu obowiązek zapłaty kary umownej na poziomie 5% wartości realizowanego zamówienia. Przepis ten oznacza dla wykonawcy ograniczenie w prowadzeniu działalności poprzez wyłączenie z jego obszaru rynku zamówień publicznych. Nie powinien więc stanowić sankcji za nieistotne naruszenia na co pozwala zaskarżony zapis umowy w obecnym brzmieniu.

W zw. z powyższym wnosimy o:

- nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §8 ust 1 pkt 7 Wzoru umowy, załącznika nr VIII do SIWZ, poprzez (i) jego usunięcie albo (ii) określenie, w sposób adekwatny i proporcjonalnych do zakresu naruszeń i pozostałych kar przewidzianych w umowie, jakie postaci nienależytego wykonania zobowiązania skutkować mają naliczeniem kary umownej na poziomie 10% wartości umowy.

Ad. 2)

Zgodnie z §33 ust 1 pkt 11) umowy „Zamawiający na podstawie art. 144 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość dokonania zmiany umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy (...) gdy jest to korzystne dla Zamawiającego”

Wyrażona w art. 144 pzp zasada wprowadza zakaz dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Obecnie obowiązujące brzmienie art. 144 ust. 1 p.z.p. ma odzwierciedlać w polskim prawie zamówień publicznych prymat zasady przejrzystości i jawności procedury. Wszelkie elementy dotyczące realizacji przyszłej umowy mają być znane już na pierwszym etapie postępowania czyli w momencie jego wszczęcia. Celem wprowadzenia przedmiotowej regulacji było również zagwarantowanie zachowania zasady równości oraz zachowania uczciwej konkurencji, które są bezpośrednio wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. Ustawodawca zmieniając omawiany przepis starał się wyeliminować ewentualną sytuację uprzywilejowania jednego wykonawcy, który mógłby posiadać nieuprawnioną i nieupubliczną wiedzę o przyszłych zmianach umowy i w związku z tym złożyć ofertę najkorzystniejszą. Inni wykonawcy, przy założeniu ich niewiedzy dotyczącej przyszłych zmian umowy, składaliby oferty mniej korzystne. Pozostawiając taką ewentualność postępowania o udzielenie zamówień publicznych narazone by były na zachwianie uczciwej konkurencji. Takie podejście do zachowania zasad wyrażone zostało również w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99: Zgodnie z orzeczeniem - zmiana niektórych warunków, na których zamówienie zostało udzielone, jest dopuszczalna jedynie wówczas, gdy zamawiający wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej modyfikacji. Warunkiem koniecznym dokonania modyfikacji jest nie tylko określenie okoliczności, z których zmiana wynika, ale również dokładny opis przewidywanych zmian i ich dopuszczalny zakres.

Na zamawiającego, jako podmiot odpowiedzialny za prowadzenie postępowania głównego moderatora postępowania o zamówienia publiczne nałożono obowiązek przewidywania ewentualności, które zdarzą się lub choćby tylko mogłyby się zdarzyć na etapie realizacji umowy. Zamawiający opisując możliwość zmiany umowy, ma obowiązek zrobić to w sposób nie budzący wątpliwości, jasny dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jak wskazuje się w komentarzach wykonawca określając cenę oferty, powinien mieć możliwość obliczenia swego wynagrodzenia z uwzględnieniem ewentualności wystąpienia zmian umowy. Musi więc zrozumieć kiedy i na jakich warunkach umowa może zostać zmieniona.

Zapis zgodnie z którym zmiana umowy jest możliwa w przypadku gdy jest korzystna dla zamawiającego nie spełnia przedstawionych wyżej warunków prawidłowego zastosowania art. 144 pzp. Co więcej w obecnym kształcie nie daje wykonawcy poczucia pewności co do zakresu przyszłego zobowiązania, co jest szczególnie istotne z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Stanowisko odwołującego podzieliła KIO w wyroku z dn. 20 stycznia 2009 roku (KIO/UZP 3/09) stwierdzając, że: „*samo zastrzeżenie możliwości dokonywania zmian w umowie korzystnych dla zamawiającego jest postanowieniem bardzo ogólnym, mogącym wywołać zbyteczne problemy interpretacyjne oraz dokonywanie ewentualnych zmian umowy na tej podstawie może nie wypełniać dyspozycji art. 144 Ustawy.*”

W zw. z powyższym wnosimy o:

- nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §33 ust 1 pkt 11 Wzoru umowy, załącznika nr VIII do SIWZ, poprzez (i) jego usunięcie albo (ii) określenie, w jakich innych sytuacjach i w jaki sposób możliwe jest dokonanie zmiany umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy.

Ad. 3)

Zgodnie z §8 ust 1 pk 1) Umowy *Wykonawca zapłaci kary umowne w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, a także w przypadku odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z powodów, za które odpowiada wykonawca w wysokości 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w §3 ust 2 niniejszej umowy.*

Przywołany zapis wprowadza odpowiedzialność wykonawcy za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego tj. a contrario:

- a) przyczyn zależnych od Wykonawcy, oraz
- b) przyczyn niezależnych od Wykonawcy i niezależnych od Zamawiającego.

Zgodnie z art. 471 kc odpowiedzialność kontraktowa oparta jest na zasadzie winy tj. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Dalej zaś, zgodnie z art. 472 kc Jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego dłużnik jest odpowiedzialny za zachowanie należytej staranności.

Oznacza to, że dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie czy nienależyte wykonanie zobowiązania będące następstwem działań za które nie ponosi odpowiedzialności. Zmiana zasad odpowiedzialności kontraktowej jest możliwa wymaga jednak, zgodnie z art. 473 kc, oznaczenia okoliczności za które dłużnik przejmuje odpowiedzialność. Zgodnie bowiem ze wskazanym przepisem „*Dłużnik może przez umowę przejść odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.*”

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 8 lipca 2004r. (sygn. akt IV CK 583/03) „(...) Odmienne c postanowienia umowne mogą, stosownie do treści art. 472 k.c., modyfikować granice i zasadę odpowiedzialności dłużnika. Zgodnie bowiem z treścią art. 473 § 1 k.c., dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności (niezawinionych). W piśmiennictwie podkreśla się jednak, że zamiar stron rozszerzenia odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania powinien wynikać z umowy w sposób niewątpliwy. Trudno bowiem przyjmować, że w każdym wypadku, gdy strony umawiają się o osiągnięcie określonego rezultatu, rozszerzają tym samym odpowiedzialność za szkody wynikłe z jego nieuzyskania poza granice winy. Nie można bowiem powoływać się tylko na potrzebę zapewnienia lepszej pozycji wierzycielowi, gdyż zgodnie z ogólną regułą prawo zobowiązań musi uwzględniać słuszne interesy obu stron stosunku obligacyjnego”.

Również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 21 grudnia 1974 r., III CZP 31/74, OSNCP 1975, z. 9, poz. 128, zajął stanowisko, że rozszerzenie odpowiedzialności na podstawie art. 473 § 1 k.c. musi być w umowie wyraźnie przewidziane.

Przeniesienie tych rozważań na grunt zaskarżonego zapisu umowy tj. §8 ust 1 pkt 1) oznacza, że w sytuacji gdy Wykonawca odpowiadać ma za odstąpienie od umowy z przyczyn od siebie niezależnych (tj. przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności) – jak przewiduje to zaskarżony zapis, Umowa powinna zawierać oznaczenie takich przyczyn tj. oznaczenie okoliczności, za które przejmuje odpowiedzialność.

Stanowisko odwołującego znajduje potwierdzenie w doktrynie i orzecznictwie, tytułem którego wskazać można:

- wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2002 r., sygn. akt IV CKN 1553/2000 zgodnie którym „Jeżeli strony chcą skutecznie rozszerzyć zakres odpowiedzialności dłużnika – muszą oznaczyć w umowie okoliczności zaostrzające odpowiedzialność dłużnika poprzez wskazanie szerszego lub węższego, zamkniętego kręgu tych okoliczności”

Doktryna i wyroki wskazują, że sposób , w jaki strony mogą to uczynić, polegać może na wskazaniu, że dłużnik ma odpowiadać za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu ściśle określonych okoliczności przypadkowych, a nawet za siłę wyższą. Strony mogą również wskazać – szerszy lub węższy – zamknięty krąg okoliczności zwalniających, których zakres nie będzie wyczerpywał zakresu niezawinięcia (por. T. Wiśniewski (w:) *Komentarz...*, s. 523 i n.).

Zapis §8 ust 1 pkt 1 nie spełnia warunków rozszerzenia odpowiedzialności wykonawcy, wskazuje bowiem za jakie niezawinione przez siebie okoliczności wykonawca przejmowałby odpowiedzialność w sposób, który upoważniałby do odstąpienia od umowy i naliczenia z tego tytułu kary umownej.

W zw. z powyższym wnosimy o:

- nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §8 ust 1 pkt 1 Wzoru umowy, załącznika nr VIII do SIWZ, poprzez (i) jego usunięcie albo (ii) oznaczenie okoliczności uzasadniających odstąpienie od umowy i obciążenie wykonawcy kara umowną z tego tytułu

Ad. 4)

Zgodnie z §5 ust 6 Wzoru umowy „Płatność faktury dla Wykonawcy nastąpi po dostarczeniu oświadczeń Podwykonawców o uregulowaniu wymagalnych zobowiązań finansowych między Podwykonawcą i Wykonawcą w zakresie robót rozliczeniowych objętych

niniejszą umowę, na dzień złożenia oświadczenia dotyczącego danego okresu rozliczeniowego.”

Zgodnie art. 647 kc „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”. Z treści przywołanego przepisu wynika, że z obowiązkiem Wykonawcy wykonania obiektu zgodnie z projektem i zasadami sztuki budowlanej oraz oddania go Zamawiającemu skorelowany jest obowiązek Zamawiającego dokonania odbioru robót i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Oznacza to, że w przypadku wykonania robót zgodnie z umową a w szczególności w przypadku potwierdzenia tego faktu przez Zamawiającego inwestora, wykonawca ma prawo domagać się zapłaty za wykonane roboty. Obowiązek zapłaty jest bowiem wynikiem wykonania umowy przez wykonawcę. Uznanie, że możliwe jest w przypadku wykonania umowy o roboty budowlane dalsze uzależniania obowiązku zapłaty od spełnienia dodatkowych warunków przez wykonawcę w konsekwencji prowadziłoby do tego, że inwestor korzystałby z wybudowanego obiektu bez zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, czego akceptować nie sposób.

Wyrażone wyżej stanowisko potwierdza bogate orzecznictwo sądów odnośnie braku podstaw do odmowy zapłaty wynagrodzenia przez inwestora w przypadku wykonania robót. Tytułem przykładu odwołujący wskazuje;

1) wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 25 lipca 2013r. (sygn. akt I ACa 276/12) zgodnie z którym „W sytuacji faktycznego przyjęcia robót przez zamawiającego, nie może on zwalczać żądania zapłaty wynagrodzenia z tej tylko przyczyny, że nie został sporządzony - nawet przewidziany w umowie - formalny protokół ich odbioru. Okolicznością, której znaczenia dla określenia aktualizacji obowiązku zapłaty wynagrodzenia nie sposób przecenić, jest w takiej sytuacji fakt, przejęcia przez inwestora obiektu, wraz ze wszystkimi wykonanymi robotami, zwłaszcza w sytuacji rozpoczęcia w nim prowadzenia normalnej działalności gospodarczej.”

2) wyrok Sądu apelacyjnego w Poznaniu z 30 marca 2006r. (sygn. akt 1900/05) zgodnie z którym „(...) Umowa o roboty budowlane charakteryzuje się zobowiązaniem osiągnięcia materialnego rezultatu w postaci końcowego efektu przewidzianego w umowie. Zgodnie z jej treścią wykonawca zobowiązany jest do wykonania określonych umową robót, zaś inwestor do ich odbioru i zapłaty umówionego wynagrodzenia (art. 647 k.c.). Niewątpliwie wynikające z tej umowy roszczenie wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia powstaje z chwilą zrealizowania przedmiotu umowy oddania go, a zatem wykonania obciążającego go zobowiązania niepieniężnego, rodzącego po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych robót. Zasada powiązania przy tego typu umowie warunku powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót wynika z art. 647 i 654 k.c.

3) wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 17 grudnia 2009 (sygn. akt I ACa 874/09), który powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. w spr. V CSK 99/07 stwierdza, że „(...) stosownie do przepisu art. 647 § 1 kc, z chwilą odbioru obiektu objętego umową o roboty budowlane realizuje się prawo wykonawcy do zapłaty na jego rzecz wynagrodzenia za wykonane prace (...)”

4) wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 14 września 2005r. (I ACa 222/05) który stwierdza „(...) Podobnie więc, jak w przypadku umowy o dzieło, tak i przy umowie o roboty budowlane, decydujące znaczenie dla powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia ma odbiór robót i choć regułą jest przeprowadzenie odbioru w formie pisemnej w postaci tzw.

protokołu odbioru, skuteczne może być również dokonanie faktycznego odbioru bez sporządzania formalnego protokołu (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1997 r., II CKN 446/97) (...)"

Zapis §5 ust 6 umowy jest więc niezgodny z art. 647 kc.

Niezależnie od tego, w świetle art. 647 kc w zw. z art. 89 i 58 ust.3 kc, brak możliwości skutecznego uzależnienia wymagalności roszczenia o zapłatę za wykonane roboty od spełnienia świadczenia przez podmiot trzeci.

Obowiązek przedstawienia oświadczenia podwykonawcy o uregulowaniu należności jest warunkiem w rozumieniu art. 89 kc, co oznacza, że Zamawiający uzależnia wymagalność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia od zdarzenia przyszłego i niepewnego jakim jest złożenie

Zapis umowy polegający na uzależnieniu obowiązku zapłaty od złożenia przez podwykonawcę oznaczone oświadczenia i przedstawienia go zamawiającemu, doprowadzić może w skrajnej sytuacji do stanu w którym roszczenie wykonawcy o wynagrodzenie nigdy nie stanie się wymagalne mimo, że zamawiający będzie korzystał z przedmiotu wykonanej przez nią umowy.

W analogicznym przypadku, rozważając możliwość uzależnienia wymagalności roszczenia o zapłatę od warunku, jakim było wcześniejsze dokonanie zapłaty na rzecz inwestora przez podmiot trzeci Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dn. 17 lipca 2007r. (I ACa 817/06) wskazał, że „(...) terminu zapłaty wynagrodzenia nie można uzależnić od zdarzenia przyszłego i niepewnego, gdyż wówczas, to nie tylko termin jest niepewny, ale sama zapłata wynagrodzenia, a nie sposób przyjąć, że wykonawca na takie uregulowanie się godził. (...) Oznaczenie terminu przez określone zdarzenie może nastąpić tylko wtedy, gdy nastąpienie tego zdarzenia w przyszłości jest - w ramach rozsądnych ludzkich oczekiwań - oczywiście pewne (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 sierpnia 1990 r., IV CR 236/90, OSNC 1991, z. 10-12, poz. 125) (...)”. Dalej, rozważając skuteczność takiego zapisu w umowie Sąd Apelacyjny wskazał, że w braku możliwości dokonania interpretacji postanowień umowy pozwalającej na precyzyjne określenie terminu zapłaty należy przyjąć „ (...) iż z mocy art. 58 § 3 k.c. jest on nieważny, a w jego miejsce stosować zasady zapłaty wynagrodzenia określone w art. 647 i art. 654 I k.c., zgodnie z którym wynagrodzenia należy się wykonawcy w chwili oddania robót.

Podsumowując, Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że postanowienia umowy, które uzależniają wymagalność roszczenia wykonawcy za wykonane prace od spełnienia się warunku – w przypadku braku możliwości ich innej interpretacji, traktować należy jako sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego i uznać je na mocy art. 58 § 3 k.c. za nieważne, a konsekwencji terminu zapłaty, a tym samym wymagalność roszczenia powoda ocenić według zasad określonych w art. 647 i art. 654 kc.

W rozpatrywanym stanie faktycznym zgoda na uzależnianie obowiązku zapłaty od przedstawienia oświadczenia podwykonawcy przedmiotowej pozwala w efekcie na nieograniczone w czasie odsunięcie terminu wymagalności roszczenia wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. Konsekwentnie, zgodnie z umową możliwa jest więc sytuacja w której gdyby w ogóle nie ziścił się warunek opisany wyżej, wykonawca nigdy nie otrzymałby świadczenia wzajemnego, co pozostaje w sprzeczności z istotą i naturą umowy o roboty budowlane jako umowy odpłatnej oraz zasadą ekwiwalentności świadczeń.

Przedstawiona argumentacja oraz przywołane stanowisko judykatury, potwierdza zasadność twierdzeń odwołującego o braku możliwości skutecznej odmowy zapłaty za wykonanie Umowy w sytuacji gdy umowa została wykonana i odebrana, a warunek jaki stawia Umowa

jest sprzeczny z odpłatnym charakterem zawartej umowy. Potwierdza więc zasadność żądania zmiany umowy w tym zakresie.

W zw. z powyższym wnosimy o:

- nakazanie Zamawiającemu modyfikacji §5 ust.6 Wzoru umowy, załącznika nr VIII do SIWZ, w ten sposób, że „Płatność faktury dla Wykonawcy nastąpi po dostarczeniu oświadczeń Podwykonawców o uregulowaniu wymagalnych zobowiązań finansowych między Podwykonawcą i Wykonawcą albo dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców w zakresie robót rozliczeniowych objętych niniejszą umową” tj. dokonanie modyfikacji poprzez dodanie słów „(...) albo dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców (...)”.

W świetle przytoczonych wyjaśnień odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.


Radca prawny
Magdalena Zadora-Redzko

W załączeniu:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 2) Pełnomocnictwo
- 3) KRS
- 4) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.