

Warszawa, dnia 18.10.2019 r.

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

Zamawiający: Gmina Miejska Rumia
ul. Sobieskiego 7
84-230 Rumia
działająca w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz
Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.
ul. Witomińskiej 29
81-311 - Gdynia
e-mail: zamowieniapubliczne@um.rumia.pl

Odwołujący: Budimex S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9
01-204 Warszawa
tel. +48 22 623 60 00
e-mail: cezary.soja@budimex.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Budowa węzła integracyjnego wraz z drogami dojazdowymi w okolicy przystanku kolejowego Rumia Janowo zgodnie z dokumentacją projektową pn. „Budowa węzłów integracyjnych w Rumi wraz z trasami dojazdowymi (Janowo)”*.
Numer referencyjny: ZP.271.35.2019

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 11.10.2019 roku pod numerem **2019/S 197-477375**.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, którego pełnomocnictwo załączam, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2014 Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 3 października 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm. - zwaną dalej jako PZP) wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami PZP i Kodeksu cywilnego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa węzła integracyjnego wraz z drogami dojazdowymi w okolicy przystanku kolejowego Rumia Janowo zgodnie z dokumentacją projektową*

pn. „Budowa węzłów integracyjnych w Rumi wraz z trasami dojazdowymi (Janowo)” (dalej zwanego jako Postępowanie).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 647 Kc w wz. z art. 139 PZP poprzez przyznanie Zamawiającemu w § 6 ust. 9, ust. 10, ust. 14 oraz § 10 ust. 2 projektu umowy prawa do odmowy dokonania odbioru przedmiotu umowy w każdym wypadku stwierdzenia wad, nawet jeśli wady te będą wadami nieistotnymi, a w konsekwencji również ustalenie biegu terminu rękojmi oraz gwarancji jakości od dnia bezusterkowego odbioru robót, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane. Zgodnie zaś z art. 647 Kc inwestor/zamawiający ma obowiązek dokonania odbioru przedmiotu umowy i może zwolnić się z tego obowiązku jedynie w przypadku stwierdzenia w takcie odbioru wad istotnych przedmiotu umowy, czyli takich które uniemożliwiają jego użytkowanie w sposób zgodny z jego przeznaczeniem.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ tj. zapisu § 9 ust. 4, ust.10, ust. 14 oraz § 10 ust. 2 projektu umowy, w następujący sposób:

a) Zapis § 6 ust. 9 projektu umowy:

Jeżeli w toku czynności odbiorów robót zostaną stwierdzone usterki lub wady, w takiej sytuacji Zamawiającemu i PEWIK Sp. z o.o. przysługują następujące uprawnienia:

- a) w przypadku usterek nadających się do natychmiastowego usunięcia – Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. dokonają odbioru robót, a w protokole odbioru robót w porozumieniu z Wykonawcą wyznaczają termin na usunięcie usterek. W razie nie usunięcia usterek w wyznaczonym terminie, Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. mają prawo powierzyć wykonanie poprawek innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy;
- b) w przypadku wad nie nadających się do usunięcia, odpowiednio Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody:
 - jeżeli wady nie są istotne i umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, estetycznej i technicznej;
 - jeżeli wady są istotne i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od umowy;
 - naliczyć kary wynikające z opóźnienia Wykonawcy;
 - zażądać ponownego wykonania umowy.

b) Zapis § 6 ust. 10 projektu umowy:

Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia odpowiednio Zamawiającego i PEWIK Sp. z o.o. o usunięciu usterek lub wad stwierdzonych w protokole odbioru robót w oraz do żądania wyznaczenia terminu na odbiór robót zakwestionowanych uprzednio jako wadliwe. Po usunięciu przez Wykonawcę usterek i wad na własny koszt, odpowiednio Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. dokonuje w formie protokołu potwierdzenia usunięcia przez Wykonawcę usterek lub wad stwierdzonych w protokole odbioru robót.

c) Zapis § 6 ust. 14 projektu umowy:

Odbiór końcowy przedmiotu umowy nastąpi na podstawie protokołu odbioru końcowego robót

podpisanego przez Zamawiającego i PEWIK Sp. z o.o. oraz uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu, z uwzględnieniem terminu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2) umowy.

d) Zapis § 10 ust. 2 projektu umowy:

Okres gwarancji i rękojmi na wykonane roboty budowlane liczy się od daty podpisania odpowiednio przez Zamawiającego i PEWIK Gdynia Sp. z o.o. protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy. Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, która może okazać się ofertą najkorzystniejszą. W konsekwencji Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Ponieważ Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym i nie może zgodzić się na podpisanie umowy o treści naruszającej przepisy PZP oraz Kc. Czynność Zamawiającego polegająca na określeniu treści § 6 ust. 9, ust. 10 oraz ust.14 wzoru umowy, pozbawia go możliwości udziału w postępowaniu, a tym samym naraża na poniesienie szkody w postaci utraty realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji zamówienia.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 11.10.2019 roku. Odwołujący czyni więc zadość zapisom art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa węzła integracyjnego wraz z drogami dojazdowymi w okolicy przystanku kolejowego Rumia Janowo zgodnie z dokumentacją projektową pn. „Budowa węzłów integracyjnych w Rumi wraz z trasami dojazdowymi (Janowo)”*

We wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ Zamawiający zawarł następujące zapisy:

§ 6 ust. 9. *„Jeżeli w toku czynności odbiorów robót zostaną stwierdzone usterki lub wady, odpowiednio Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. może odstąpić od odbioru, w takiej sytuacji Zamawiającemu i PEWIK Sp. z o.o. przysługują następujące uprawnienia:*

- a) w przypadku usterek nadających się do natychmiastowego usunięcia - odpowiednio Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie usterek. W razie nie usunięcia usterek w wyznaczonym terminie, Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. ma prawo powierzyć wykonanie poprawek innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy;*
- b) w przypadku wad nie nadających się do usunięcia, odpowiednio Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody:*
 - jeżeli wady nie są istotne i umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, estetycznej i technicznej;*
 - jeżeli wady są istotne i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od umowy;*
 - naliczyć kary wynikające z opóźnienia Wykonawcy;*
 - zażądać ponownego wykonania umowy.”*

§ 6 ust. 10. *„Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia odpowiednio Zamawiającego i PEWIK Sp. z o.o. o usunięciu usterek lub wad oraz do żądania wyznaczenia terminu na odbiór robót zakwestionowanych uprzednio jako wadliwe. Po usunięciu przez Wykonawcę usterek i wad na własny koszt, odpowiednio Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. dokonuje odbioru przedmiotu umowy.”*

§ 6 ust. 14. *„Odbiór końcowy przedmiotu umowy nastąpi na podstawie protokołu odbioru końcowego robót bez uwag podpisanego przez Zamawiającego i PEWIK Sp. z o.o. oraz uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie obiektu, z uwzględnieniem terminu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2) umowy.”*

§ 10 ust. 2. *„Okres gwarancji i rękojmi na wykonane roboty budowlane liczy się od daty podpisania odpowiednio przez Zamawiającego i PEWIK Gdynia Sp. z o.o. protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy, bez uwag.”*

Wskazanymi powyżej zapisami Zamawiający przyznał sobie prawo do odmowy dokonania odbioru przedmiotu umowy w każdym przypadku wystąpienia jakiegokolwiek wady/usterki, nawet wady/usterki o nieistotnym charakterze tj. wady/usterki która nie ma wpływu na użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem.

Z uwagi na powyższe zapisy jeden z oferentów zadał Zamawiającemu pytanie o następującej treści :

„Pytanie nr 6

Treść zapisów umowy § 6 ust 9, a szczególnie odstępnie od czynności odbiorowych na skutek usterki lub wady, wprost wskazują na bezusterkowy charakter odbioru robót. Prosimy o zmodyfikowanie zapisów w taki sposób, że Zamawiający dokona odbioru końcowego, a w przypadku stwierdzenia usterek lub wad opisz je w protokole odbioru końcowego oraz wyznacz termin na ich usunięcie.”

W odpowiedzi na przedmiotowe pytanie Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie § 6 ust. 9 wzoru umowy w sposób następujący:

„9. Jeżeli w toku czynności odbiorów robót zostaną stwierdzone usterki lub wady, w takiej sytuacji odpowiednio Zamawiającemu i PEWIK GDYNIA Sp. z o.o. przysługują następujące uprawnienia:

- a) w przypadku usterek nadających się do natychmiastowego usunięcia - Zamawiający i PEWIK GDYNIA Sp. z o.o. wyznaczy w porozumieniu z Wykonawcą termin na usunięcie usterek. W razie nie usunięcia usterek w wyznaczonym terminie Zamawiający i PEWIK GDYNIA Sp. z o.o. ma prawo powierzyć wykonanie poprawek innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy;*
- b) w przypadku wad nie nadających się do usunięcia, odpowiednio Zamawiający i PEWIK GDYNIA Sp. z o.o. może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody:*
 - jeżeli wady nie są istotne i umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, Zamawiający w porozumieniu z Wykonawcą ustali obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, estetycznej i technicznej;*
 - jeżeli wady są istotne i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od umowy;*
 - naliczyć kary wynikające z opóźnienia Wykonawcy;*
 - zażądać ponownego wykonania”*

Odwołujący pragnie zauważyć, że Zamawiający dokonując zmiany treści § 6 ust. 9 wzoru umowy poprzez wykreślenie części zapisu o treści „..... może odstąpić od odbioru” nie doprowadził, zgodnie z intencją oferenta zadającego pytanie, do dostosowania wzoru umowy do jego zgodności z art. 647 Kc. Zamawiający pozostawił bowiem w dotychczasowej treści zapis § 6 ust. 10 wzoru umowy, który stanowi, że Wykonawca zobowiązany jest do zawiadomienia odpowiednio Zamawiającego i PEWIK Sp. z o.o. o usunięciu usterek lub wad oraz do żądania wyznaczenia terminu na odbiór robót zakwestionowanych uprzednio jako wadliwe. Po usunięciu przez Wykonawcę usterek i wad na własny koszt, odpowiednio Zamawiający i PEWIK Sp. z o.o. dokonuje odbioru przedmiotu umowy. Odbiór przedmiotu Umowy przez Zamawiającego w dalszym ciągu jest więc uzależniony od usunięcia przez Wykonawcę jakichkolwiek wad, czy usterek, niezależnie od tego, czy są to wady/usterki istotne, czy też wady/usterki nieistotne przedmiotu umowy. W dotychczasowej treści pozostał również zapis § 6 ust. 10 wzoru umowy, który stanowi, że odbiór końcowy przedmiotu umowy nastąpi na podstawie **protokołu odbioru końcowego robót bez uwag**. Niewątpliwie za taką „uwagę” Zamawiający będzie uznawał ewentualną wadę/usterkę nieistotną stwierdzoną w trakcie odbioru robót.

Biorąc więc pod uwagę zmieniony zapis § 6 ust. 9 oraz dotychczasowe zapisy ust. 10 i 14 wzoru umowy należy dojść do wniosku, że Zamawiający w dalszym ciągu, w przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru robót występowania wad nieistotnych przedmiotu odbioru, jest uprawniony do odmowy dokonania odbioru przedmiotu umowy.

Natomiast zgodnie z art. 647 Kc dokonanie odbioru zleconych do wykonania robót jest podstawowym obowiązkiem Zamawiającego.

Również utrwalona linia orzecznictwa dotycząca art. 647 Kc potwierdza obowiązek Zamawiającego do dokonania odbioru robót. Zamawiający może uchylić się skutecznie od dokonania odbioru robót tylko i wyłącznie w przypadku wystąpienia wad istotnych przedmiotu umowy, ponieważ tylko w tym przypadku można mówić o niewykonaniu zobowiązania. W pozostałych przypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru robót, a do protokołu odbioru może zostać załączony wykaz stwierdzonych wad nieistotnych z określeniem terminów ich usunięcia.

Jako przykład wyżej wskazanej linii orzecznictwa Odwołujący wskazuje następujące orzeczenia:

Wyrok SN z 14.02.2007 r., II CNP 70/06 „Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.”.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r., V ACa 880/09: „O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC.”.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 „ Należy przy tym zauważyć, że zasadniczo w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zgłoszenie przez wykonawcę zakończenia robót obliguje inwestora do ich odbioru, a sam fakt istnienia wad i usterek nie uprawnia do odmowy odbioru obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 nie publ.)”.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 lutego 2012 r., V ACa 198/12. „Należy zgodzić się z poglądem, że odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części, wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 17 lutego 2000 r., I ACa 1027/99, Prawo Gospodarcze 2001/2). W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót. Wskazując na konieczność odbioru "bezusterkowego" skarżący statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono.”

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13: „Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r., I ACa 860/13: „Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że 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. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.”

Podkreślić należy, że dokonanie odbioru częściowego i końcowego nie pozbawia inwestora uprawnień do żądania usunięcia wad odbiorowych, tak min. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 grudnia 2015 r., IV CSK 120/15 „Odbiór częściowy robót i zapłata za nie wynagrodzenia nie oznacza definitywnego ich rozliczenia. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest bowiem oddanie całości obiektu, a nie jego poszczególnych części. Dlatego też odbiór części robót i zapłata części wynagrodzenia nie jest równoznaczne z rozliczeniem stron w tym zakresie ze skutkiem wygaśnięcia wzajemnych roszczeń i pretensji. Końcowe rozliczenie robót może obejmować bowiem także już odebrane prace i rozliczone finansowo, a inwestor (generalny wykonawca) oraz wykonawca mogą przy tym rozliczeniu korygować swoje stanowisko co do dokonanych już wcześniej rozliczeń częściowych. Należy jednak zaznaczyć, że jeżeli do końcowego rozliczenia robót nie dojdzie, nie oznacza to, że wykonawcy nie przysługuje żadne

wynagrodzenie za prace wykonane. Byłoby tak w przypadku, gdyby nie przedstawiały one żadnej wartości ze względu na ich bardzo złą jakość albo były nieprzydatne z innych, obiektywnie ocenianych przyczyn.”

Powyższe oznacza, że treść § 6 ust. 9, ust. 10 ust. 14 oraz § 10 ust. 2 wzoru umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 Kc, co powoduje, że powinien on zostać zmieniony w taki sposób, aby dostosować go do treści zgodnej z przepisami prawa.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak w petitum odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo,
2. potwierdzenie uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3. opis z KRS,
4. potwierdzenie uiszczenia opłaty od odwołania,
5. dowód wysłania odwołania do Zamawiającego.