

Warszawa, 22.02.2021 r.

**Do Prezesa
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

**Powiat Legionowski - Starostwo Powiatowe w Legionowie
ul. gen. Władysława Sikorskiego 11
05-119 Legionowo**

Odwołujący:

Skanska S.A.

Aleja „Solidarności” 173

00-877 Warszawa

KRS: 0000033102

NIP: 7780001070

Osoba do kontaktu

Leszek Gawel

Tel: +48 510 032 675

e-mail: leszek.gawel@skanska.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej progów unijnych prowadzone w trybie art. 275 pkt 1 (podstawowym bez negocjacji) pn.: „Przebudowa drogi powiatowej Nr 1810W (ul. Wolska, ul. Akacyjowa, ul. Kościelna) w Gminie Nieporęt”, na odcinku od km 2+479,70 do km 4+620,60 tj. na długości 2.140,90 m.

Numer postępowania: ZPU.272.1.2021

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) w związku z art. 505 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r.) w imieniu Skanska S.A. zwaną dalej „Odwołującym”, „Wykonawcą” wnoszę odwołanie na :

czynność Zamawiającego podjętą w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej.

I. Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający:

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim działaniem naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności:

Art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z **art. 5 i art. 353¹ kodeksu cywilnego** oraz **art. 647 kodeksu cywilnego** w zw. z **art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych** poprzez ukształtowanie w Specyfikacji Warunków Zamówienia, we Wzorze Umowy (załącznik 28) projektowanych postanowień umownych przyznających Zamawiającemu prawa odmowy dokonania odbioru robót oraz zapłaty wynagrodzenia do czasu usunięcia wad w każdym przypadku ich wystąpienia, nawet jeśli wady mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

II. Wskazanie żądań Odwołującego:

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu **dokonanie modyfikacji postanowień projektowanych postanowień umownych we Wzorze Umowy stanowiącym załączniku nr 28 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, poprzez nadanie im następującego brzmienia:**

1. **§ 4 ust. 4** „w celu uniknięcia wątpliwości strony ustalają, że przez zakończenie realizacji przedmiotu umowy rozumie się wykonanie wszystkich robót budowlano drogowych, zgodnie z dokumentacją projektową oraz z chwilą podpisania protokołu odbioru robót.”
2. **§ 7 ust. 8 pkt 1)** „w przypadku wad dających się usunąć:
 - a) W przypadku wad nieistotnych, nie uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy lub jego części, Zamawiający dokonuje odbioru, określając w protokole termin usunięcia wad.
 - b) W przypadku wad istotnych, uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu Umowy, może przerwać odbiór końcowy, wyznaczając Wykonawcy termin usunięcia wad i termin ponownego odbioru przedmiotu umowy.”

III. Termin na wniesienie odwołania

Stosownie do przepisu art. 515 ust.2 pkt 2) stawy z dnia 11 września 2019 roku (Dz. U z 2019 roku) odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie w dniu 16.02.2021 r., a zatem niniejsze odwołanie zostaje wniesione w wymaganym ustawowym terminie.

IV. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku polegającą na tym, że Odwołujący zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, a w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, będzie zobowiązany do zawarcia umowy i realizacji zamówienia zgodnie z jej treścią. Tym samym w wyniku działań Zamawiającego polegających na sformułowaniu umowy w sposób naruszający wskazane przepisy, interes Odwołującego może doznać uszczerbku.

UZASADNIENIE

Zamawiający we Wzorze Umowy stanowiącym załącznik nr 28 do Specyfikacji warunków Zamówienia opisał zasady odbioru robót, wskazując w szczególności, że:

1. Za zakończenie realizacji przedmiotu umowy rozumie się **podpisanie protokołu odbioru robót bez zastrzeżeń - § 4 ust. 4 :**
4. W celu uniknięcia wątpliwości strony ustalają, że przez zakończenie realizacji przedmiotu umowy rozumie się wykonanie wszystkich robót budowlano drogowych, zgodnie z dokumentacją projektową oraz z chwilą podpisania końcowego protokołu odbioru robót bez zastrzeżeń.
2. W przypadku **stwierdzenia podczas odbioru robót wad lub usterek dających się usunąć zarówno Zamawiający może odmówić przyjęcia przedmiotu umowy określając termin ich usunięcia i ponownego, bez względu na to czy będą to wady istotne, czy nieistotne. Dodatkowo protokół z czynności odbioru zawierający powyższe ustalenia, a zatem usterkowy, nie może stanowić podstawy wystawienia faktury VAT - § 7 ust. 8 pkt. 1):**

8. W przypadku stwierdzenia podczas czynności odbioru robót wad lub usterek w ich wykonaniu Zamawiającemu przysługują uprawnienia:

1) w przypadku wad lub usterek dających się usunąć:

- a) Zamawiający może odmówić przyjęcia przedmiotu umowy określając w protokole czynności odbioru termin usunięcia wad lub usterek i termin ponownego odbioru przedmiotu umowy protokołem odbioru. Protokół z czynności odbioru nie stanowi podstawy do wystawienia faktury VAT,
- b) w przypadku nieusunięcia wad i usterek w terminie określonym w protokole odbioru Zamawiający ma prawo zatrzymać zabezpieczenie należytego wykonania umowy, a usunięcie wad i usterek zlecić osobie trzeciej na koszt i ryzyko Wykonawcy, pokrywając ich koszt z zatrzymanego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

2) w przypadku wad, których usunąć się nie da, Zamawiający może:

- a) w przypadku wad istotnych żądać ponownego wykonania przedmiotu umowy lub odstąpić od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,
- b) w przypadku wad nieistotnych odpowiednio obniżyć należne Wykonawcy wynagrodzenie, na co Wykonawca wyraża zgodę.

Z treści umowy wynika, że jakkolwiek Zamawiający zdaje się rozróżniać pojęcia wad istotnych i nieistotnych (vide § 7 ust. 8 pkt 2) Wzoru Umowy) to rozróżnienie takie nie jest przez niego stosowane konsekwentnie, gdyż w § 7 ust. 8 pkt 1) Wzoru Umowy jak i § 4 ust. 4 wskazują na uprawnienie Zamawiającego do odmowy odebrania robót i płatności w sytuacji wystąpienia jakichkolwiek wad.

Tak ukształtowane postanowienia Wzoru Umowy dają Zamawiającemu uprawnienie do podjęcia takich samych działań zarówno w przypadku wad nieistotnych (usterek nie mających wpływu na możliwość korzystania z efektu wykonanych prac) jak i istotnych (uniemożliwiających prawidłowe korzystanie z rezultatu prac), co jest niezgodne z przepisami prawa, orzecznictwem oraz praktyką budowlaną.

Ponadto, tak ukształtowane postanowienia Wzoru Umowy, powodują, że Zamawiający przyznał sobie prawo do odmowy odbioru robót w bliżej niezidentyfikowanych sytuacjach. Mianowicie w przypadku jakichkolwiek wad nieistotnych, może odmówić odbioru, co generuje ryzyko arbitralności jego działań.

Zamawiający może odmówić bowiem odbioru bez uzasadnienia, w oparciu o niezidentyfikowaną, ocenną kategorię. Stwierdzając wadliwość przedmiotu umowy, która nie wpływa na możliwość korzystania obiektu lub formułując zastrzeżenia w oparciu o drobne usterek.

Jednocześnie warunkiem uznania zakończenia realizacji przedmiotu umowy oraz wystawienia faktury VAT, a zatem zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy, jest podpisanie protokołu odbioru robót bez zastrzeżeń. Oznacza to, że nawet w przypadku drobnych, nieistotnych uwag

wprowadzonych do protokołu, Wykonawca, mimo terminowego wykonania przedmiotu umowy, nie otrzyma należnego wynagrodzenia za wykonane roboty.

Przepisy prawa i orzecznictwo:

W orzecznictwie podnosi się, 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 k.c.). 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 (wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12).

Już samo zgłoszenie robót do odbioru, aktualizuje obowiązek przystąpienia przez inwestora do czynności odbiorowych. Inwestor od dokonania odbioru robót może się uchylić, ale tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i określonych w umowie bądź przepisach prawa przyczyn, czyniących to zgłoszenie nieskutecznym.

Orzecznictwo w tej mierze jest nawet bardziej liberalne - w wyroku z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07 (OSP 2009/1/7) Sąd Najwyższy zaaprobował pogląd, iż samo istnienie zapisu dokonanego przez wykonawcę w dzienniku budowy o gotowości do odbioru budynku, nakładało na inwestora obowiązek dokonania czynności odbiorczych. Z powyższego wynika, że wykonawca może wykazywać faktyczną datę zakończenia robót wszystkimi dokumentami, które dany fakt potwierdzają, nie tylko i wyłącznie protokołem odbioru końcowego robót.

Stanowisko orzecznictwa jest w tym zakresie jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli roboty budowlane będą obarczone wadami na tyle istotnymi, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Odmowy odbioru, a w konsekwencji i zapłaty wynagrodzenia nie mogą uzasadniać nieistotne wady bądź usterki, a ich stwierdzenie uprawnia Zamawiającego jedynie do skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi. Postanowienie, które uzależnia odbiór przedmiotu umowy od jego bezusterkowego wykonania skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego, dawałoby Zamawiającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między Zamawiającym a Wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia, a także w opóźnieniu ze spełnieniem jego świadczenia.

Uprawnienie Zamawiającego zawarte w § 4 ust 4 i § 7 ust. 8 pkt 1) Wzoru Umowy, uzależniające dokonanie zapłaty oraz wywiązanie się ze zobowiązania od usunięcia wszystkich wad przedmiotu umowy, nawet drobnych, nieistotnych i nie uniemożliwiających jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem nie mieści się w zakresie swobody kontraktowania wynikającej z art. 353¹ k.c. oraz art. 5. k.c. Postanowienia Wzoru Umowy są nie tylko sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane wynikającą z art. 647 k.c., ale także narusza zasady współżycia społecznego. Należy wyraźnie wskazać, iż zgodnie z art. 647 k.c. dokonanie odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane od Wykonawcy jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego i Zamawiający nie może uchylić się od dokonania odbioru z powodu wystąpienia wad/usterek nadających się do usunięcia, szczególnie jeżeli są one nieistotne. Należy zwrócić w tym miejscu uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z 8 stycznia 2004r. (sygn. akt I CK 24/03) w którym stwierdzono, iż: *„...jeżeli Wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, Inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art.647 kc). W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997r. II CKN 28/97 OSNC 1997/6-7 poz.90).”*

Zatem odbiór powinien być dokonany niezależnie od wystąpienia wad, które mogą być usuwane już po dokonaniu odbioru, a oczekiwanie na odbiory bezusterkowe nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów kodeksu cywilnego i prowadzi do wydłużenia uznania przedmiotu umowy za wykonany. W orzecnictwie wielokrotnie podkreślano, że art. 647 kc. definiujący umowę o roboty budowlane stanowi o *"odbiorze robót"* a nie o *"bezusterkowym"* czy *"bezwarunkowym"* odbiorze robót.

Stanowisko orzecznictwa jest w tym zakresie jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli roboty budowlane będą obciążone wadami na tyle istotnymi, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Odmowy odbioru, a w konsekwencji i zapłaty wynagrodzenia nie mogą uzasadniać nieistotne wady bądź usterki, a ich stwierdzenie uprawnia Zamawiającego jedynie do skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi.

Postanowienie § 4 ust. 4 oraz § 7 ust. 8 pkt. 1) Wzoru Umowy skutkuje naruszeniem równowagi między Zamawiającym a Wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia, a także w opóźnieniu ze spełnieniem jego świadczenia, skutkującym możliwością naliczenia kar umownych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji zaskarżonych postanowień Wzoru Umowy poprzez nadanie im następującego brzmienia:

- 1. § 4 ust. 4** „w celu uniknięcia wątpliwości strony ustalają, że przez zakończenie realizacji przedmiotu umowy rozumie się wykonanie wszystkich robót budowlano drogowych, zgodnie z dokumentacją projektową oraz z chwilą podpisania protokołu odbioru robót.”
- 2. § 7 ust. 8 pkt 1)** „w przypadku wad dających się usunąć:
 - a).W przypadku wad nieistotnych, nie uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy lub jego części, Zamawiający dokonuje odbioru, określając w protokole termin usunięcia wad.
 - b).W przypadku wad istotnych, uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu Umowy, może przerwać odbiór końcowy, wyznaczając Wykonawcy termin usunięcia wad i termin ponownego odbioru przedmiotu umowy.”

W ocenie Odwołującego kwestionowane w niniejszy odwołaniu projektowane postanowienia umowne zostały ukształtowane w sposób niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zasadami współżycia społecznego oraz przepisami kodeksu cywilnego.

Mając na uwadze wszystkie wskazane okoliczności, wniesienie niniejszego odwołania jest uzasadnione i konieczne, w związku z tym Odwołujący wnosi jako jego uwzględnienie w całości.

Załączniki:

1. Odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. KRS Odwołującego;
3. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
4. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Z poważaniem

Pełnomocnik Skanska S.A.