

Wrocław, dnia 26 lutego 2020 r.

Zamawiający:

Fundacja dla Ostrowa Tumskiego we Wrocławiu

Dotyczy ogłoszenia o zamówieniu:

Przebudowa i remont budynków Muzeum Archidiecezjalnego we Wrocławiu

Numer referencyjny:

PZP.01.02.2020

Wykonawcy zainteresowani udzieleniem zamówienia

**INFORMACJA O WNIESIENIU ODWOŁANIA
wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego**

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej w skrócie „p.z.p.”, zamawiający zawiadamia, że w dniu 25 lutego 2020 r. wykonawca ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku powyższym zamawiający zamieszcza na stronie internetowej przedmiotowego zamówienia kopię odwołania.

Na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy p.z.p. zamawiający wzywa wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego zgodnie z art. 185 ust. 2, 3, 5 i 6 p.z.p.

Jednocześnie zamawiający informuje, że w dniu 26 lutego 2020 r. odpowiedział na przedmiotowe odwołanie uwzględniając w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający informuje, że w dniu 21 lutego 2020 r. (tj. przed otrzymaniem odwołania ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z dnia 24 lutego 2020 r.) zamawiający wysłał do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE informację o zmianie ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu (w kwestionowanym przez odwołującego zakresie), które zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2020 r., równoległe z powiązaniem z nim ogłoszeniem o zmianie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej przedmiotowego zamówienia. Opublikowane w dniu 26 lutego 2020 r. zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (wraz z załącznikami) odpowiadają wnioskowi sformułowanemu w odwołaniu ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.

PREZES ZARZĄDU

S. Artur Miazga

Warszawa, dnia 24 lutego 2020 roku

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

Zamawiający:
Fundacja dla Ostrowa Tumskiego we
Wrocławiu
ul. Katedralna 13, 50-328 Wrocław
tel. 607 373 000, 517 870 270
e-mail: fundacja@ostrowtumski.wroc.pl

Odwołujący:
ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.
ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo
reprezentowane przez:
adwokata Jana Rolińskiego
z kancelarii WKB Wierciński Kwieciński
Baehr sp.k.
pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa
tel.: 22 201 00 00, fax: 22 201 00 99
e-mail: jan.rolinski@wkb.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa i remont budynków Muzeum Archidiecezjalnego we Wrocławiu” – dalej jako „Postępowanie”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 13.02.2020 r. pod nr 2020/S 031-071526.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jacewie (dalej jako „ALSTAL” lub „Odwołujący”) – w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”), wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego – Fundacji dla Ostrowa Tumskiego we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający”) polegającej na **ukształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w tym w szczególności wzoru umowy, w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami PZP i ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „KC”)**.

Wobec powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie w pkt. VI ust. 4 SIWZ, że termin na złożenie przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, będzie nie

krótszy niż 5 dni, w sytuacji, gdy zgodnie z art. 26 ust. 1 PZP termin ten nie powinien być krótszy niż 10 dni,

2. art. 10a ust. 1 i 4 PZP, art. 10b PZP oraz przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (dalej jako „**Rozporządzenie**”), a w szczególności z § 3 ust. 1 i 2 Rozporządzenia, w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez określenie przez Zamawiającego:
 - a. w pkt. VII ust. 6 SIWZ obowiązku przekazywania dokumentów i oświadczeń przez wykonawców za pośrednictwem poczty elektronicznej,
 - b. w pkt. XI ust. 1 i 3 SIWZ, że oferty (albo zmianę lub wycofanie oferty) należy składać za pośrednictwem poczty e-mail,
w sytuacji, gdy te przepisy PZP oraz Rozporządzenia przewidują szczegółowe wymagania dotyczące środków komunikacji elektronicznej stosowanych przez zamawiających, których to wymagań nie spełnia poczta e-mail, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 PZP,
3. art. 647 KC i 353¹ KC w zw. z art. 139 PZP i art. 7 ust. 1 PZP poprzez uregulowanie, że odbiór przez Zamawiającego robót nastąpi tylko w przypadku braku stwierdzenia jakichkolwiek usterek tych robót, co wynika z następujących postanowień wzoru umowy:
 - a. *„Podstawą do wystawienia każdej z faktur VAT częściowych jest bezusterkowy protokół odbioru danego elementu robót podpisany przez przedstawicieli stron i nadzór inwestorski, z kompletem niezbędnych dla danego elementu dokumentów wymienionych w Umowie” (§ 6 ust. 2),*
 - b. *„Podstawą do wystawienia faktury końcowej jest bezusterkowy protokół odbioru końcowego robót podpisany przez przedstawicieli stron, nadzór inwestorski, z kompletem dokumentów wymienionych w Umowie” (§ 6 ust. 3),*
 - c. *„(...) Odbiór robót zanikających lub ulegających zakryciu zostanie zakończony w terminie 1 dnia roboczego chyba, że wystąpią przeszkody do bezusterkowego odbioru robót zanikających lub ulegających zakryciu” (§ 7 ust. 2),*
 - d. *„(...) Odbiór elementów robót wymienionych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym zostanie zakończony terminie 5 dni od daty jego rozpoczęcia, chyba że wystąpią przeszkody do bezusterkowego odbioru robót wymienionych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym” (§ 7 ust. 3),*
 - e. *„(...) Odbiór końcowy zostanie zakończony w terminie w terminie 14 dni od daty jego rozpoczęcia chyba że, wystąpią przeszkody do jego bezusterkowego odbioru” (§ 7 ust. 5),*

a nadto uzależnienia zwrotu 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy od daty wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane, tj. od daty wystawienia bezusterkowego protokołu odbioru końcowego (§ 11 ust. 5 ppkt a)), w sytuacji gdy zgodnie z art. 647 KC Zamawiający jest zobowiązany do odbioru robót budowlanych, a uchylenie się od tego obowiązku jest możliwe jedynie wtedy gdy przedmiot umowy jest obarczony istotnymi wadami, a tym samym nieistotne wady przedmiotu umowy nie mogą stanowić podstawy do odmowy odbioru robót przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, **wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości** i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP zmianę postanowień wzoru umowy oraz SIWZ poprzez:

1. zmianę pkt. VI ust. 4 SIWZ w ten sposób, że termin na złożenie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP, będzie nie krótszy niż 10 dni,
2. zmianę pkt. VII ust. 6 SIWZ i pkt. XI ust. 1 i 3 SIWZ poprzez określenie komunikacji elektronicznej z wykonawcami, w szczególności sposobu złożenia oferty, zgodnie z wymaganiami wynikający z przepisami PZP oraz aktami wykonawczymi wydanymi do tych przepisów,
3. wykreślenie z § 6 ust. 2 i 3 oraz § 7 ust. 2, 3 i 5 oraz § 11 ust. 5 ppkt a) wzoru umowy słowa „bezusterkowy” uzależniającego odbiór robót przez Zamawiającego jedynie w sytuacji braku jakichkolwiek usterek.

Ponadto **wnoszę o:**

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania oraz przywołanych w treści odwołania, a znajdujących się w dokumentach Postępowania (na okoliczności wskazane w odwołaniu);
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP i KC. Odwołujący spełnia warunki udziału również w przedmiotowym Postępowaniu, zamierza złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie. Z tego względu w interesie ALSTAL leży, aby postanowienia SIWZ, w szczególności dotyczące warunków złożenia oferty oraz realizacji

zamówienia określonych we wzorze umowy, były zgodne z prawem, a także zasadami swobody umów, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tymczasem sposób ich ukształtowania przez Zamawiającego nie spełnia tych wymogów. **Sposób złożenia oferty wynikający z SIWZ oraz zasady realizacji zamówienia wynikające ze wzoru umowy w praktyce uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”) wskazuje się przy tym, że uprawnienie do złożenia odwołania wobec postanowień SIWZ przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Przykładowo zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 26 stycznia 2017 r. na etapie publikacji SIWZ **„wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu”¹.**

Zasygnalizowane powyżej zastrzeżenia, zostały szczegółowo opisane i wyjaśnione w uzasadnieniu do niniejszego odwołania. Już w tym miejscu nie ulega jednak wątpliwości, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, ponieważ:

- zamierza złożyć ofertę w Postępowaniu, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia, które zostanie udzielone w wyniku rozstrzygnięcia tego Postępowania,
- może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, co pozbawia ALSTAL szansy na udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji.

Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP na wynik Postępowania

Wskutek wskazanych wyżej naruszeń przepisów Zamawiający zamierza przeprowadzić Postępowanie w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych oraz ustalić warunki wykonania zamówienia w sposób sprzeczny z przepisami KC, a przez to – jak wskazano powyżej – uniemożliwi Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach uczciwej konkurencji. W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia mają bezpośredni i istotny wpływ na wynik Postępowania.

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2017 r. KIO 21/17.

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o Postępowaniu oraz SIWZ zostały opublikowane przez Zamawiającego w dniu 13 lutego 2020 r., wobec czego termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ust. 1), w związku z art. 185 ust. 8 PZP został zachowany.

UZASADNIENIE

1. Zarzut 1

- 1.1. W dniu 13 lutego 2020 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W pkt. II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu zostało wskazane, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 38.140.794,92 zł, a tym samym wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne. W związku z powyższym do Postępowania stosuje się między innymi przepis art. 26 ust. 1 PZP, zgodnie z którym Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, **nie krótszym niż 10 dni**, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP. Zamawiający powinien uwzględnić wyżej wskazany minimalny termin na złożenie przez wykonawcę stosownych dokumentów.
- 1.2. Natomiast Zamawiający w pkt. VI ust. 4 SIWZ wskazał, że **termin ten będzie nie krótszy niż 5 dni. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 PZP poprzez ustanowienie zbyt krótkiego minimalnego terminu na złożenie przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP.**
- 1.3. W związku z powyższym, w wyniku odwołania zmianie powinien ulec pkt. VI ust. 4 SIWZ w taki sposób, aby wynikający z niego termin na złożenie dokumentów był zgodny z art. 26 ust. 1 PZP, to znaczy wynosił co najmniej 10 dni.

2. Zarzut 2

- 2.1. Zamawiający w pkt. VII ust. 6 SIWZ określił, że „dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń składane są przez Wykonawcę za elektronicznie, za pomocą poczty elektronicznej, email: fundacja@ostrowtumski.wroc.pl”. Jednocześnie, zgodnie z pkt. XI ust. 1 i 3 SIWZ wykonawcy zobowiązani są złożyć ofertę (albo zmianę oferty lub jej wycofanie) za pośrednictwem poczty elektronicznej, na adres fundacja@ostrowtumski.wroc.pl.
- 2.2. Powyższe postanowienia SIWZ są niezgodne z art. 10a ust. 1 i 4 PZP, art. 10b PZP oraz przepisami Rozporządzenia, a w szczególności z § 3 ust. 1 i 2. Jak zostało wcześniej

ustalone, szacunkowa wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne, a tym samym do Postępowania stosuje się przepisy Rozdziału 2a PZP (Komunikacja zamawiającego z wykonawcami). Przywołane wyżej przepisy PZP nakładają na Zamawiającego określone obowiązki dotyczące korespondencji z wykonawcami. Komunikacja ta powinna odbywać się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej spełniającej między innymi wymagania wynikające z Rozporządzenia.

2.3. Zgodnie z § 3 ust. 2 Rozporządzenia: „**Przekazanie ofert (...)** następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej, których użycie zapewnia dodatkowo:

- 1) **identyfikację podmiotów przekazujących**, ustalenie dokładnego czasu i daty przekazania tych dokumentów, oraz rozliczalność innych działań podejmowanych przez podmioty przekazujące;
- 2) **ochronę przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia**;
- 3) **wyłącznie osobom uprawnionym** możliwość ustalania oraz zmiany terminów składania i otwarcia tych dokumentów;
- 4) **podczas poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia (...)** możliwość udostępniania wyłącznie osobom uprawnionym całości lub części danych zawartych w tych dokumentach;
- 5) **możliwość praktycznego zagwarantowania jednoznacznego wykrycia ewentualnego naruszenia lub próby naruszenia wymogów**, o których mowa w pkt 2-4;
- 6) **możliwość usunięcia oferty (...)** postępowaniu w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie i zapoznanie się przez użytkowników z ich treścią – w przypadku zwrócenia przez zamawiającego oferty (...) lub ich wycofania.”

2.4. Z powyższego przepisu jednoznacznie wynika, że złożenie ofert powinno następować przy pomocy środków komunikacji elektronicznej, które powinny spełniać określone wymagania, w tym w szczególności ochronę ofert, brak możliwości ich otwarcia przed terminem, możliwość wycofania w sposób uniemożliwiający Zamawiającemu zapoznanie się z jej treścią. W uzasadnieniu do Rozporządzenia stwierdzono, że: „**Użycie środków komunikacji elektronicznej służących do przekazywania ofert (...)** wymaga zapewnienia podwyższonego poziomu bezpieczeństwa przekazywanych informacji z uwagi na charakter tych dokumentów. Skutkuje to koniecznością zapewnienia prawidłowej i wiarygodnej identyfikacji nadawców dokumentów oraz

*zapewnienia integralności zawartości dokumentów, co sprawia, że **wymagania te mogą być spełnione jedynie przez systemy teleinformatyczne**².*

- 2.5. Należy podkreślić, że poczta elektroniczna nie spełnia tych wymagań. Przede wszystkim odbiorca (Zamawiający) nie ma żadnej pewności co do tożsamości nadawcy (wykonawcy). Z drugiej strony wykonawca nie otrzyma potwierdzenia o skutecznym dostarczeniu oferty Zamawiającemu. Ponadto poczta e-mail nie zapewnia żadnej ochrony przed możliwością otwarcia ofert jeszcze przed upływem terminu na wykonanie takiej czynności. Nie sposób jest również zmienić czy wycofać ofertę w taki sposób, aby Zamawiający nie mógł zapoznać się z jej pierwotną treścią. Przy zastosowaniu poczty e-mail Zamawiający nie ma również możliwości odpowiedniego udostępniania dokumentów uprawnionym podmiotom. Tym samym, zastosowane przez Zamawiającego narzędzie nie spełnia wymagań dla środków komunikacji elektronicznej wynikającej z przepisów PZP oraz Rozporządzenia.
- 2.6. Skorzystanie przez Zamawiającego z poczty e-mail jako narzędzia do składania ofert stanowi również naruszenie art. 10b PZP, gdyż Zamawiający nie zapewnił odpowiednich środków komunikacji elektronicznej w Postępowaniu.
- 2.7. Brak odpowiednich narzędzi komunikacji elektronicznej może również doprowadzić do naruszenia podstawowych zasad wynikających z przepisu art. 7 ust. 1 PZP, a przede wszystkim zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wynika to przede wszystkim z możliwości zapoznania się przez Zamawiającego z treścią oferty wykonawcy przed upływem terminu na jej złożenie, a także brakiem możliwości zmiany lub wycofania oferty w taki sposób, aby Zamawiający nie mógł zapoznać się z pierwotną treścią oferty.
- 2.8. W konsekwencji Zamawiający w wyniku ustalonego w SIWZ sposobu komunikacji z wykonawcami naruszył przepisy art. 10a ust. 1 i 4 PZP, art. 10b PZP i Rozporządzenia. W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a Zamawiający powinien dokonać zmiany SIWZ zgodnie z wnioskiem wskazanym na wstępie odwołania.

3. Zarzut 3

- 3.1. Przepisy PZP nakładają na Zamawiającego określone wymagania co do treści wzoru umowy o zamówienie publiczne. Jeżeli pewne kwestie w PZP nie są uregulowane, to zgodnie z art. 139 PZP do umów o zamówienie publiczne stosuje się przepisy KC. Tym

² Uzasadnienie do projektu Rozporządzenia, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12295402/katalog/12416868#12416868>.

samym zgodność zaproponowanego przez Zamawiającego wzoru umowy należy oceniać przez pryzmat przepisów PZP jak i KC.

3.2. Zamawiający w niżej wymienionych postanowieniach wzoru umowy określił, że odbiór robót wykonanych przez wykonawcę jest uzależniony od braku stwierdzenia jakichkolwiek usterek w tych robotach:

3.2.1. „Podstawą do wystawienia każdej z faktur VAT częściowych jest bezusterkowy protokół odbioru danego elementu robót podpisany przez przedstawicieli stron i nadzór inwestorski, z kompletem niezbędnych dla danego elementu dokumentów wymienionych w Umowie” (§ 6 ust. 2),

3.2.2. „Podstawą do wystawienia faktury końcowej jest bezusterkowy protokół odbioru końcowego robót podpisany przez przedstawicieli stron, nadzór inwestorski, z kompletem dokumentów wymienionych w Umowie” (§ 6 ust. 3),

3.2.3. „(...) Odbiór robót zanikających lub ulegających zakryciu zostanie zakończony w terminie 1 dnia roboczego chyba, że wystąpią przeszkody do bezusterkowego odbioru robót zanikających lub ulegających zakryciu” (§ 7 ust. 2),

3.2.4. „(...) Odbiór elementów robót wymienionych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym zostanie zakończony terminie 5 dni od daty jego rozpoczęcia, chyba że wystąpią przeszkody do bezusterkowego odbioru robót wymienionych w Harmonogramie rzeczowo-finansowym” (§ 7 ust. 3),

3.2.5. „(...) Odbiór końcowy zostanie zakończony w terminie w terminie 14 dni od daty jego rozpoczęcia chyba że, wystąpią przeszkody do jego bezusterkowego odbioru” (§ 7 ust. 5),

3.3. Jednocześnie w § 11 ust. 5 ppkt a) wzoru umowy zostało określone, że 70% wartości wniesionego przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostanie zwrócone po „wystawieniu bezusterkowego protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy”

3.4. Takie postanowienia wzoru umowy są niezgodne z art. 647 KC, zgodnie z którym „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**”.

3.5. Z powyższego przepisu wynika zatem jednoznacznie, że odbiór obiektu wykonanego w ramach umowy o roboty budowlane stanowi obowiązek Zamawiającego. Wystąpienie nieistotnych wad czy usterek niewpływających na możliwość użytkowania przedmiotu

umowy nie może stanowić podstawy do odmowy odbioru robót przez Zamawiającego. Tym samym za nieuprawnione należy uznać kształtowanie postanowień umowy, z których wynika, że warunkiem odbioru robót jest brak jakichkolwiek usterek lub wad.

- 3.6. Takie stanowisko prezentowane jest również w jednolitym orzecznictwie Sądu Najwyższego³ oraz KIO⁴. Przykładowo w wyroku z dnia 28 listopada 2019 r. o sygn. KIO 2311/19 Izba uznała, że „(...) podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Ujawnienie podczas odbioru nieistotnych wad (usterek), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem (...)”.
- 3.7. Z kolei, w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r. o sygn. II CSK 476/12, sąd uznał, 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”.
- 3.8. Określenie przez Zamawiającego, że moment odbioru robót następuje dopiero z chwilą stwierdzenia, że są one bezusterkowe lub nie posiadają żadnych wad, stanowi także naruszenie art. 353¹ KC, gdyż takie postanowienia sprzeciwiają się istocie stosunku prawnego jakim jest umowa o roboty budowlane. Zgodnie bowiem z definicją umowy o roboty budowlane wynikającą z art. 647 KC Zamawiający ma obowiązek odbioru

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. o sygn. V CSK 99/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r. o sygn. II CKN 28/97, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2013 r. o sygn. V CK 544/12.

⁴ Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2019 r. o sygn. KIO 2308/19, wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. o sygn. KIO 2017/19 i KIO 2027/19.

wykonanych robót. Opóźnianie takiej czynności do momentu uznania, że wszystkie usterki zostały usunięte jest sprzeczne z naturą omawianego stosunku prawnego, gdyż Zamawiający nie dokona ciężących na nim obowiązków, tj. odbioru robót oraz zapłaty wynagrodzenia.

- 3.9. W konsekwencji Zamawiający niezgodnie z art. 647 KC i 353¹ KC w zw. z art. 139 PZP i art. 7 ust. 1 PZP sformułował postanowienia wzoru umowy w § 6 ust. 2 i 3, § 7 ust. 2, 3 i 5 oraz § 11 ust. 5 pkt a). W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a Zamawiający powinien dokonać zmiany wzoru umowy zgodnie z wnioskiem wskazanym na wstępie odwołania.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.



Jan Roliński
adwokat

Załączniki:

1. odpis z KRS Odwołującego;
2. pełnomocnictwo do złożenia odwołania w imieniu Odwołującego wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa;
3. dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania.