

Poznań, dnia 22 maja 2020 roku

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

Zamawiający:
Szpital Miejski św. Jana Pawła II w Elblągu
ul. Komeńskiego 35, 82-300 Elbląg
tel. 55 230 41 84
e-mail: zamowienia@szpitalmiejski.elblag.pl

Odwołujący:
ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k.
ul. Kwiatowa 23, 88-110 Jacewo
reprezentowane przez:
adwokata Jana Rolińskiego i
radcę prawnego Michała Mielnika
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,
michal.mielnik@wkb.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Podniesienie jakości i kompleksowości leczenia poprzez konsolidację usług zdrowotnych w zakresie lecznictwa zachowawczego i zabiegowego w Szpitalu Miejskim św. Jana Pawła II w Elblągu*” – dalej jako „**Postępowanie**”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 12.05.2020 r. pod nr 2020/S 092-218725.

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**”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego Szpitala Miejskiego św. Jana Pawła II w Elblągu (dalej jako „**Zamawiający**”) polegającej na **ukształtowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w tym w szczególności wzorów umów stanowiących załącznik nr 8 oraz 8A do SIWZ, 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. 36a ust. 2 pkt 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie przez Zamawiającego w rozdziale III pkt 14 SIWZ i § 1 ust. 4 wzoru umowy dla Zadania nr 1 (załącznik nr 8 do SIWZ) postanowienia, zgodnie z którym Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonanie stanu surowego zamkniętego pawilonu bloku operacyjnego, w sytuacji gdy takie roboty są standardowymi robotami budowlanymi, a tym samym Zamawiający, w sposób całkowicie nieuzasadniony, uniemożliwił skorzystanie wykonawcom z udziału podwykonawców przy realizacji tego zakresu robót.
2. art. 647 KC, art. 568 § 1 KC w zw. z art. 638 KC i art. 656 § 1 KC, i art. 353¹ KC, w zw. z art. 14 PZP i 139 PZP i art. 7 ust. 1 PZP poprzez:
 - a. określenie w rozdziale IV pkt. 4 SIWZ i § 2 ust. 2 wzoru umowy (dla obu części zamówienia), że poprzez termin zakończenia inwestycji i tym samym termin wykonania zamówienia dla Zadania nr 1 i 2 rozumie się datę protokolarnego przekazania obiektu w użytkowanie, potwierdzonego podpisaniem przez obie strony protokołu końcowego odbioru robót nie zawierającym wad,
 - b. określenie w § 10 ust. 7 ppkt f) wzoru umowy (dla obu części zamówienia), że dopiero z chwilą dokonania przez Zamawiającego bezwarunkowego odbioru końcowego, rozpoczyna się bieg okresu gwarancji i rękojmi oraz zwolnione zostaje 70% wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy wniesionego przez wykonawcę,
 - c. określenie w § 8 ust. 2 wzoru umowy (dla obu części zamówienia), że:
 - i. 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostanie zwrócona wykonawcy po dokonaniu bezwarunkowego odbioru końcowego,
 - ii. okres rękojmi za wady wynosi 60 miesięcy od daty bezwarunkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy,
 - d. sformułowanie w rozdziale III pkt 11 SIWZ oraz § 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy (dla obu części zamówienia) postanowień, zgodnie z którymi okres obowiązywania gwarancji jakości rozpoczyna się od daty podpisania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i podpisania (bez uwag) protokołu końcowego odbioru robót,
 - e. sformułowanie w § 10 ust. 7 ppkt h) wzoru umowy (dla obu części zamówienia) postanowienia, zgodnie z którym do czasu bezwarunkowego odbioru końcowego wszystkie wcześniejsze ewentualne odbiory przedmiotu umowy mają charakter „wstępny”,
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 obciążony istotnymi wadami, a tym samym nieistotne wady przedmiotu umowy

nie mogą stanowić podstawy do odmowy ich odbioru przez Zamawiającego, a jednocześnie termin rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi powinien rozpocząć się z chwilą odbioru końcowego robót (nawet jeśli roboty te będą miały nieistotne wady i usterki),

3. art. 353¹ KC w zw. z art. 139 PZP, oraz art. 651 KC, art. 29 ust. 1 PZP, art. 31 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasady swobody umów i reguł odpowiedzialności za dostarczony przez Zamawiającego projekt budowlany poprzez stwierdzenie w § 1 ust. 3 wzoru umowy (dla obu części zamówienia), że „*wykonawca nie wnosi uwag i zastrzeżeń do SIWZ oraz do dokumentacji, danych i informacji otrzymanych od Zamawiającego oraz oświadcza, że dokumentacja, dane i informacje są kompletne i wystarczające do wykonania Przedmiotu Umowy za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie Wykonawcy oraz jej załącznikach*”, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest przekazać wykonawcy dokumentację techniczną, w tym projektową, niezbędną do wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem, a tym samym zgodnie z art. 651 KC to Zamawiający powinien ponosić odpowiedzialność za jej prawidłowość i kompletność.

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

1. usunięcie obowiązku osobistego wykonania części zamówienia w ramach Zadania nr 1 (zdefiniowanego poniżej),
2. zmianę postanowień SIWZ oraz wzorów umów odnoszących się do odbioru końcowego przedmiotu zamówienia poprzez doprowadzenie ich do zgodności z przepisami KC oraz PZP, a przede wszystkim skonstruowanie tych postanowień w taki sposób, aby wystąpienie nieistotnych wad i usterek nie wstrzymywało odbioru końcowego robót, od którego to powinien rozpocząć bieg termin gwarancji jakości i rękojmi,
3. zmianę postanowienia § 1 ust. 3 wzoru umowy (dla obu części zamówienia) w taki sposób, aby zgodnie z art. 651 KC Zamawiający ponosił odpowiedzialność za przekazaną Wykonawcy dokumentację projektową, na podstawie której ma zostać wykonany przedmiot zamówienia.

Ponadto **wnoszę o:**

4. 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 określone dla Zadania nr 1 i nr 2, zamierza złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie. Z tego względu w interesie ALSTAL leży, aby postanowienia SIWZ, w szczególności dotyczące warunków 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.

Zasady realizacji zamówienia wynikające ze wzorów umowy 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

Zamawiający zamierza przeprowadzić Postępowanie w sposób naruszający podstawowe zasady prawa zamówień publicznych oraz ustalić warunki wykonania zamówienia w sposób

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

sprzeczny z przepisami PZP i 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.

Termin na wniesienie odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ zostały opublikowane przez Zamawiającego w dniu 12 maja 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

Zamawiający wszczął Postępowanie, które zostało podzielone na dwie odrębne części:

- Zadanie nr 1 (opisane Rozdziale II pkt 1 ppkt 1 SIWZ), dla którego Zamawiający przygotował wzór umowy stanowiący załącznik nr 8 SIWZ,
- Zadanie nr 2 (opisane Rozdziale II pkt 1 ppkt 2 SIWZ), dla którego Zamawiający przygotował wzór umowy stanowiący załącznik nr 8a SIWZ.

Zamawiający dopuścił złożenie ofert częściowych poprzez możliwość złożenia oferty na wszystkie części zamówienia lub poszczególną część.

Zamawiający prowadzi Postępowanie niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności nieprawidłowo sformułował postanowienia wzorów umów (dla obu części), oraz przedstawił wymagania dotyczące realizacji zamówienia sprzeczne z przepisami PZP.

1. Zarzut 1 – osobiste wykonanie części zamówienia w ramach Zadania nr 1

- 1.1. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 17 SIWZ przy realizacji Zadania nr 1 została ograniczona możliwość korzystania przez wykonawców z podwykonawców przy realizacji robót polegających na wykonaniu stanu surowego zamkniętego pawilonu bloku operacyjnego. Ten zakres zamówienia został zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę. Postanowienie to jest niezgodne z art. 36a ust. 2 pkt 1) PZP, gdyż nie stanowi kluczowej części zamówienia, a tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia możliwości korzystania przez wykonawcę z podwykonawców przy realizacji takich robót.
- 1.2. Zasadą realizacji umów o zamówienie publiczne jest możliwość angażowania przez wykonawców podwykonawców do ich realizacji. Zgodnie z art. 36a ust. 1 PZP wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Ograniczenie tej zasady w zamówieniach na roboty budowlane może dotyczyć jedynie kluczowych ich części, co wprost wynika z przywołanego art. 36a ust. 2 pkt 1) PZP.

- 1.3. Takie ograniczenie musi być jednak uzasadnione. Zamawiający nie może w sposób korzystać z uprawnienia wynikającego z art. 36a ust. 2 pkt. 1) PZP niezgodnie z celem tego przepisu. Wymaganie, aby kluczowe części zamówienia zostały wykonane osobiście przez wykonawcę może dotyczyć tych elementów, które wymagają od wykonawcy dysponowania osobistymi cechami pozwalającymi na wykonanie przedmiotu zamówienia. Kluczowej części zamówienia nie można mylić z jako „głównym przedmiotem zamówienia”. Kluczowa część zamówienia to bowiem taka, której wykonanie wymaga pewnych indywidualnych cech przez wykonawcę, które gwarantują należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2019 r. o sygn. KIO 867/19.
- 1.4. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że wyłączenie z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców jest możliwe wówczas gdy pewien zakres zamówienia wymaga szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy². Jako przykład wskazywane są zamówienia, których przedmiotem są usługi konserwacji dzieł sztuki. A contrario, zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez KIO³, kluczową częścią zamówienia nie jest wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi. Jakkolwiek jest to istotny element przedmiotu zamówienia, to jednak nie może być uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania z podwykonawców. Na jego wykonanie bowiem składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.
- 1.5. Roboty budowlane zastrzeżone błędnie przez Zamawiającego do osobistego wykonania stanowią typowe, standardowe prace, które nie wymagają realizacji bezpośrednio przez wykonawcę. Każdy bowiem profesjonalny podmiot (w tym podwykonawca) trudniący się wykonywaniem robót może zrealizować prace polegające na wykonaniu stanu zamkniętego pawilonu bloku operacyjnego. Nie ma również żadnych podstaw, aby niektóre prace wchodzące w taki zakres robót były wykonywane przez różne podmioty. Jednocześnie, sam fakt, że są to roboty stanowiące główny przedmiot zamówienia nie powoduje, że ich realizacja (choćby w części) nie może być zlecona podwykonawcom.
- 1.6. Zamawiający zatem w sposób nieuprawniony ograniczył możliwość wykonania zamówienia przez podwykonawców. Zamawiający naruszył w konsekwencji przepis art. 36a ust. 2 pkt 1) PZP poprzez uznanie, że zastrzeżone do osobistego wykonania roboty stanowią kluczowy zakres zamówienia. Takie działanie Zamawiającego jest sprzeczne z zasadą konkurencyjności, gdyż brak możliwości skorzystania z podwykonawców zawęża krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

² Uchwała KIO z dnia 7 listopada 2013 r. o sygn. KIO/KU 97/13

³ Wyrok KIO z dnia 27 września 2017 r. o sygn. KIO 1837/17

2. Zarzut 2 – odbiór robot bez usterek

2.1. Zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz projektów umów Zamawiający przewiduje, że dopiero od dnia bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu zamówienia rozpocznie się bieg okresu gwarancji jakości i rękojmi. Jednocześnie zatem dopiero po 30 dniach od dnia bezusterkowego odbioru końcowego Zamawiający zwróci wykonawcy 70% wysokości wniesionego zabezpieczenia. Powyższe wynika z następujących postanowień SIWZ i projektów umów:

2.1.1. rozdziału IV pkt. 4 SIWZ i § 2 ust. 2 wzoru umowy (dla obu części zamówienia), zgodnie z którymi termin zakończenia inwestycji i tym samym termin wykonania zamówienia dla Zadania nr 1 i 2 rozumiany jest jako data protokolarnego przekazania obiektu w użytkowanie, **potwierzonego podpisaniem przez obie strony protokołu końcowego odbioru robót nie zawierającym wad,**

2.1.2. § 10 ust. 7 ppkt f) wzoru umowy (dla obu części zamówienia), zgodnie z którym dopiero z chwilą dokonania przez Zamawiającego **bezwarunkowego odbioru końcowego, rozpoczyna się bieg okresu gwarancji i rękojmi oraz zwolnione zostaje 70% wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy** wniesionego przez wykonawcę,

2.1.3. rozdziału III pkt 11 SIWZ oraz § 8 ust. 4 i 5 wzoru umowy (dla obu części zamówienia), zgodnie z którymi okres obowiązywania **gwarancji jakości rozpoczyna się od daty podpisania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia i podpisania (bez uwag) protokołu końcowego odbioru robót,**

2.1.4. § 8 ust. 2 wzoru umowy (dla obu części zamówienia), zgodnie z którym **70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostanie zwrócona wykonawcy po dokonaniu bezwarunkowego odbioru końcowego, a okres rękojmi za wady wynosi 60 miesięcy od daty bezwarunkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy.**

2.2. Zamawiający, w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia, przewidział co prawda możliwość odbioru warunkowego (na zasadach § 10 ust. 3 2. ppkt b) wzoru umowy (dla obu części zamówienia), jednak nie powoduje to definitywnego odbioru robót, a jedynie stanowi tymczasową ich akceptację. Zgodnie bowiem z § 10 ust. 7 ppkt h) wzoru umowy (dla obu części zamówienia) do czasu bezwarunkowego odbioru końcowego wszystkie wcześniejsze ewentualne odbiory przedmiotu umowy mają charakter „wstępny”. Jednocześnie odbiór warunkowy nie powoduje rozpoczęcia biegu okresu rękojmi i gwarancji, ani ukończenia wykonania zamówienia.

- 2.3. 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”.
- 2.4. 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 kształtowanie postanowień umowy, z których wynika, że warunkiem odbioru robót jest brak jakichkolwiek usterek lub wad jest nieuprawnione.
- 2.5. Zamawiający, co prawda umożliwił dokonanie „odbioru warunkowego” umożliwiającego dokonanie zapłaty za wykonane prace w przypadku istnienia wad nieistotnych. Jednocześnie jednak uzależnił rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi oraz zwolnienie 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy od odbioru bezwarunkowego. Ponadto, zgodnie z rozdziałem IV pkt. 4 SIWZ i § 2 ust. 2 wzoru umowy (dla obu części zamówienia) przedmiot zamówienia zostanie uznany za wykonany po podpisaniu przez strony protokołu odbioru końcowego bez wad. Takie postanowienia należy uznać za sprzeczne z obowiązkiem Zamawiającego do odbioru obiektu, który wynika z art. 647 KC, gdyż de facto wykonania przez wykonawcę robót, Zamawiający ich nie odbierze ze względu na nieistotne wady lub usterek.
- 2.6. Takie stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁴ oraz sądów powszechnych⁵. Przykładowo w wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r. o sygn. V CSK 99/07 Sąd Najwyższy uznał, że *Budynek wzniesiony zgodnie z tymi wymaganiami, o ile projekt nie miał istotnych wad, nadaje się do użytkowania, natomiast ogólnikowe wykluczenie istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania budynku zwykłego użytku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. **Wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do art. 637 i art. 638 k.c., ale to uprawnienie inwestora nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty***

⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. o sygn. V CSK 99/07

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 października 2016 r. o sygn. I ACa 138/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 r. o sygn. V ACa 88/09, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2000 r. o sygn. I ACa 1027/9

- wynagrodzenia za budynek wzniesiony zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej”.**
- 2.7. Z kolei, Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 12 października 2016 r. o sygn. I ACa 138/16, uznał, że „odbiór robót nie jest uzależniony od tego, czy są one całkowicie wolne od wad. **Inwestor może skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 i art. 638 k.c., jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej”.**
- 2.8. Zgodnie z orzecznictwem odbiór jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy i wyznacza on początek biegu terminów rękojmi za wady⁶. Tym samym, dokonanie odbioru przez Zamawiającego musi się wiązać nie tylko z powstaniem obowiązku zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy, ale również powinno powodować rozpoczęcie biegu terminu rękojmi za wady fizyczne i prawne, gwarancji jakości przedmiotu zamówienia oraz zwolnienie 70% wniesionego przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy. **Ewentualne wady nieistotne istniejące w chwili odbioru powinny więc być usunięte w czasie obowiązywania rękojmi i gwarancji.** Przyjęcie odmiennego założenia powodowałoby możliwość odkładania w czasie przez Zamawiającego dokonania odbioru bezusterkowego, a tym samym bezpodstawnego przedłużenia trwania okresu rękojmi za wady oraz gwarancji. Ponadto powodowałoby przetrzymanie 70% kwoty wniesionego przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co wiązałoby się ze zwiększeniem kosztów jego utrzymania, a w konsekwencji z jego umniejszeniem. Tak ukształtowane postanowienia SIWZ oraz wzorów umowy powodują, że pomimo wykonania robót wykonawca nie dotrzyma terminu ich ukończenia ze względu na nieistotne wady i usterki.
- 2.9. Jednocześnie, zgodnie z art. 568 § 1 KC, mającym odpowiednie zastosowanie do umowy o roboty budowlane na podstawie art. 656 § 1 KC i 638 KC, bieg terminu rękojmi rozpoczyna się z chwilą wydania rzeczy, a zatem z momentem rozpoczęcia użytkowania obiektu przez Zamawiającego. W związku z tym ustalony w projektach umów termin rozpoczęcia obowiązywania rękojmi, tj. po usunięciu nieistotnych wad i usterek, jest sprzeczny z ustawowym termin rozpoczęcia biegu okresu rękojmi.
- 2.10. Określenie przez Zamawiającego, że poprzez termin wykonania zamówienia rozumie się podpisanie protokołu odbioru końcowego bez wad, a rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi oraz zwolnienie 70% wniesionego przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2000 r. o sygn. I ACa 1027/99

wykonania umowy rozpoczyna się z chwilą stwierdzenia, że roboty są bezusterkowe lub nie posiadają żadnych wad, stanowi także naruszenie art. 353¹ KC. Takie postanowienia sprzeciwiają się istocie umowy o roboty budowlane. Zgodnie bowiem z definicją umowy o roboty budowlane wynikającą z art. 647 KC Zamawiający ma obowiązek odbioru wykonanych robót. Opóźnianie takiej czynności do momentu uznania, że wszystkie usterki zostały usunięte jest sprzeczne z naturą omawianego stosunku prawnego, gdyż Zamawiający nie dokona ciężącego na nim obowiązku odbioru robót.

- 2.11. W konsekwencji Zamawiający sformułował postanowienia SIWZ oraz wzoru umowy dla obu części zamówienia niezgodnie z przepisami KC i PZP przywołanymi w petitum pisma i uzasadnieniu. W związku z powyższym zarzut jest zasadny, a Zamawiający powinien dokonać zmiany wzoru umowy zgodnie z wnioskiem wskazanym na wstępie odwołania.

3. Zarzut 3 – odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji projektowej

- 3.1. Zamawiający, w sposób odmienny niż wynika to z powszechnie obowiązujących przepisów KC, ustalił reguły odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej. Należy podkreślić, że dokumentacja projektowa, na podstawie której wykonawca ma wykonać roboty budowlane zostanie dostarczona przez Zamawiającego. Zgodnie z § 1 ust. 2 wzorów umowy dla Zadania nr 1 i nr 2 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony między innymi w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ.
- 3.2. Jednocześnie na podstawie Rozdziału III pkt 3 SIWZ wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty budowlane na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SIWZ wraz z załącznikami, pytaniami i odpowiedziami udzielonymi w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego oraz przedmiarami robót, a także obowiązującymi przepisami szczegółowymi i sztuką budowlaną.
- 3.3. Tym samym zakres robót określony jest przez dokumentację projektową, której autorem nie jest wykonawca. Co do zasady, ryzyko wad dokumentacji projektowej ponosi Zamawiający, co wprost wynika z art. 651 KC, zgodnie z którym *„jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora”*.
- 3.4. Jednak, z § 1 ust. 3 wzorów umów dla obu części zamówienia wynikają całkowicie odmienne reguły odpowiedzialności za dokumentację projektową. Zamawiający

oczekuje bowiem, że to wykonawca potwierdzi kompletność dokumentacji projektowej i uzna, że nie posiada ona żadnych wad.

- 3.5. Wykonawca na etapie składania ofert nie może w pełni świadomie złożyć takiego oświadczenia. W trakcie przygotowania oferty wykonawcy analizują dokumentację projektową, nieraz organizowane są wizje lokalne terenu budowy, na których wykonawca ma możliwość ogólnego zweryfikowania warunków budowy. Jednak takie działania nie pozwalają na wykrycie wszystkich ewentualnych wad dokumentacji projektowej. Wiele bowiem wad, niedokładności czy braków jest możliwa do ustalenia dopiero w trakcie realizacji robót. Wykonawca zatem, przy zachowaniu należytej staranności jakiej oczekuje się od profesjonalnego podmiotu wykonującego roboty budowlane, nie może oświadczyć przed rozpoczęciem robót, że przekazana przez Zamawiającego dokumentacja projektowa jest kompletna i prawidłowa.
- 3.6. Tym samym, takie przeniesienie odpowiedzialności na wykonawcę z tytułu przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej jest sprzeczne z art. 651 KC. Zamawiający ogranicza swoją odpowiedzialność za prawidłowe i kompletne przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 PZP.
- 3.7. Formułując postanowienia wzorów umów dla Zadania nr 1 i 2 Zamawiający nadużywa swojej pozycji organizatora postępowania i tym samym dopuszcza się nadużycia prawa. Ponadto, sprzeczne z zasadą swobody umów jest takie konstruowanie umowy, w której jedyne ryzyko jej wykonania spoczywa na wykonawcy. Odpowiedzialność za prawidłowość dokumentacji projektowej Zamawiający powinien ponosić na podstawie art. 651 KC i 29 ust. 1 PZP. Zmiana reguł odpowiedzialności w sposób proponowany we wzorze umowy sprzeciwia się powszechnym regułom, a tym samym należy uznać, że jest to sprzeczne z naturą umowy o zamówienie publiczne, do której stosuje się przepisy umowy o roboty budowlane, a zatem niezgodne z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ KC.
- 3.8. Jednocześnie Zamawiający ogranicza w ten sposób konkurencyjność postępowania, gdyż jedynie duże spółki budowlane posiadają odpowiednie środki finansowe na ewentualne pokrycie ryzyka wynikającego z odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej. Istotne zastrzeżenia budzi również możliwość prawidłowej wyceny ofert przez wykonawcę, gdyż ocena ryzyka związanego z prawidłowością dokumentacji projektowej jest nierealna.
- 3.9. Omawiane powyżej kwestie były wielokrotnie przedmiotem orzeczeń KIO, w których to Izba dochodziła do wniosków zgodnych ze stanowiskiem Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 8 listopada 2019 r. o sygn. KIO 2017/19 i 2027/19 *„próba obciążenia wykonawcy ryzykiem za wszelkie ww. okoliczności wskazuje na to, że Zamawiający liczy się z tym, że przekazywana przez niego dokumentacja projektowa jest dotknięta wadami, jakich stosownie do art. 651 k.c. wykonawca nie ma obowiązku się doszukiwać*

i pod ich kątem analizować tej dokumentacji i dlatego wyraźnie wprowadził do umowy zapisy wskazujące na rozszerzoną, w stosunku do tej jaka wynika z przepisów k.c., odpowiedzialność wykonawcy, chcąc tym samym uchylić się od odpowiedzialności. Takie działanie nie może akceptowane”.

3.10. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający w sposób nieuprawniony zmodyfikował odpowiedzialność za wady dokumentacji projektowej. Taką odpowiedzialność powinien ponosić Zamawiający, gdyż to on przekazał ją wykonawcy jako podstawę do wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem. Wzory umowy dla Zadania nr 1 i 2 w tym zakresie powinny zostać zmienione zgodnie z wnioskiem Odwołującego zamieszczonym na wstępie odwołania.

Mając na uwadze powyższe, wnosimy jak na wstępie.

Michał Mielnik
radca prawny

Załączniki:

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