

Mysłowice, dnia 27.02.2023 r.

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

Zamawiający: **Powiat Czarnkowski - Trzcianecki w imieniu którego działa:**
Zarząd Dróg Powiatowych w Czarnkowie
ul. Gdańska 56, 64-700 Czarnków
e-mail: sekretariat@zdpczarnkow.pl
tel.: 67 255 28 23
NIP: 763-18-24-671

Odwołujący: **Eurovia Polska S.A.**
Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1,
55-040 Kobierzyce
adres do doręczeń:
Eurovia Polska S.A.,
ul. Sosnowiecka 11
41-400 Mysłowice
KRS: 0000069487
e-mail: kamil.furman@eurovia.pl

Dotyczy zamówienia pn.: „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1343P, 1353P i 1846P Młynkowo - Tarnówko.

ODWOŁANIE OD TREŚCI SWZ

Działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 z późn. zm. – dalej jako: „pzp”), EUROVIA POLSKA S.A., niniejszym wnosi odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: SWZ) w sposób niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa skutkującą naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 16 pkt 1) i 3) pzp w zw. z art. 647 kc, art. 471 kc, art. 353¹ kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp** poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób spreczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego oraz zasadą wynikającą wprost z przepisu prawa, poprzez:
wprowadzenie w §10 ust. 8 pkt 1) lit. b) projektu umowy (dalej również jako „PPU”) możliwości naliczenia Wykonawcy kary za niewykonanie przedmiotu umowy w terminie, w sytuacji gdy Wykonawca usuwałby wady/usterki po terminie wyznaczonym na realizację robót budowlanych, mimo, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictw, w momencie rozpoczęcia czynności odbiorowych przedmiot umowy uznaje się za wykonany i zdany do odbioru;

2. **art. 16 pkt 1) i 3) pzp w zw. z art. 647 kc, art. 353¹ kc, art. 568 §1 kc, art. 577 §4 kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp** poprzez ukształtowanie projektowanych postanowień umownych w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego oraz zasadą wynikającą wprost z przepisu prawa, poprzez:

przyjęcie w §8 ust. 1 projektu umowy, że bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się w dniu następnym, po dniu odbioru końcowego, jeżeli wady nie wystąpiły lub po dniu potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy - podczas gdy zgodnie z art. 647 kodeksu cywilnego, dokonanie odbioru robót i zapłata wynagrodzenia jest obowiązkiem inwestora, od którego zwolniony jest on tylko w przypadku stwierdzenia wad istotnych, a bieg okresu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia odbioru, a nie odbioru bezusterkowego;

3. **art. 433 pkt 3 pzp w zw. z art. 16 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 8 pzp** poprzez obciążenie wykonawcy obowiązkiem uzupełnienia dokumentacji projektowej, w sytuacji gdy, zgodnie z zapisami art. 647 kc, wyłączną odpowiedzialność za dokumentację projektową w inwestycjach typu „buduj” ponosi Zamawiający.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany w §10 ust. 8 pkt 1) PPU, poprzez usunięcie §10 ust. 8 pkt 1) lit. b PPU.

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu modyfikację §10 ust. 8 pkt 1) lit. b PPU, nadanie mu treści: „za czas od dnia zakończenia robót podany w §2 do dnia usunięcia wad zostaną naliczone kary zgodnie z §12 ust. 2 pkt 2), w sytuacji gdy usuwane wady mają charakter istotny, tj. gdy wada powoduje niezdatność robót budowlanych do określonego w Umowie użytku ze względu na brak cech umożliwiających ich bezpieczną eksploatację”;

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany §8 ust. 1 PPU, poprzez wykreślenie fragmentu:

„jeżeli nie wystąpiły wady, lub potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy”;

3. nakazanie Zamawiającemu zmiany rozdz. D.00.00.00 ust. 1.5.2 lit. (B) Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (dalej jako: SST) poprzez wykreślenie zdania:

„Jeżeli w trakcie wykonywania Robót okaże się konieczne uzupełnienie Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego, Wykonawca sporządzi brakujące rysunki i SST na własny koszt w 4 egzemplarzach i przedłoży je Inżynierowi do zatwierdzenia.”

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu modyfikację powyższego fragmentu rozdz. D.00.00.00 ust. 1.5.2 lit. (B) SST, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Jeżeli w trakcie wykonywania Robót okaże się konieczne uzupełnienie Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego, Wykonawca niezwłocznie zgłosi tę okoliczność Zamawiającemu, który uzupełni brakujące elementy dokumentacji projektowej.”

Jednocześnie wnosimy o uznanie odwołania za zasadne i orzeczenie zgodnie z wnioskami Odwołującego, jak też o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normą prawem przepisana.

Uzasadnienie

1. Termin wniesienia odwołania.

Zamawiający w dniu 21 lutego 2023 r. zamieścił w publikatorze i platformie zakupowej ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane.

Wobec faktu, iż wartość niniejszego zamówienia nie przekracza kwoty, o których mowa w art. 3 ust. 1 i 2 pzp, mając na względzie treści art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) pzp, środek ochrony prawnej został wniesiony w terminie.

2. Interes w uzyskaniu zamówienia/potencjalna szkoda.

Wykonawca Eurovia Polska S.A. (dalej jako: Eurovia lub Odwołujący) jest wieloletnim uczestnikiem rynku budownictwa infrastrukturalnego środkowo-zachodniej Polski, ze szczególną aktywnością na terenie województwa wielkopolskiego.

Wykonawca nie tylko regularnie składa oferty, ale też realizuje roboty budowlane na terenie województwa wielkopolskiego, w tym na terenie podlegającym kognicji tut. Zamawiającego.

Zapisy zawarte w SWZ, a w szczególności zapisy PPU i SST, będącymi załącznikami do SWZ, pozostają w niezgodności zarówno z przepisami pzp ale i kc. Formułując zapisy wzoru umowy Zamawiający narusza podstawowe obowiązki inwestora (Zamawiającego) wynikające z umowy o roboty budowlane (art. 647 kc). Wszystkie podniesione wyżej zarzuty wpływają na sposób odpowiedzialności wykonawcy, modyfikując zasady w tym zakresie w sposób sprzeczny z normami powszechnie obowiązującymi. Wobec faktu, iż nadmierny rygorizm w zapisach PPU i SST może prowadzić do nieuprawnionego naliczenia kar umownych lub ponoszenia przez Wykonawcę odpowiedzialności w sposób nieakceptowalny w polskim porządku prawnym, co tym samym wyrządzi po stronie Odwołującego stratę materialną. Wobec powyższej argumentacji powstała konieczność zaskarżenia ww. zapisów PPU.

Ze względu na powyższe, skoro treść PPU i SST została skonstruowana w sposób sprzeczny z zasadami pzp oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem przy obecnym brzmieniu wzoru umowy, jego dostęp do rynku zamówień publicznych którego jest uczestnikiem, jest znacząco utrudniony. Odwołujący podkreśla, że w przypadku wyboru jego oferty w postępowaniu chce zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Mając to na względzie Odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 505 ust. 1 pzp.

3. Zagadnienia wstępne

Zamawiający w dniu 21 lutego 2023 r. zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane pn. „Rozbudowa drogi powiatowej nr 1343P, 1353P i 1846P Młynkowo – Tarnówko”, nr postępowania: 2023/BZP 00103543.

W ramach dokumentacji postępowania, wykonawcy otrzymali dostęp do dokumentu SWZ, którego część stanowią Projektowane Postanowienia Umowy i SST.

Ze sformułowaniami określonymi w ww. dokumentach, w kontekście zakresu odpowiedzialności wykonawcy i możliwości naliczenia kar umownych, nie zgodził się Odwołujący, wskazując, iż kwestionowane zapisy są niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa i naruszają zasadę uczciwej konkurencji.

Mając to na względzie Eurovia zdecydowała się na wniesienie niniejszego środka ochrony prawnej.

4. Zagadnienia prawne

Słowem wstępu, wskazać należy, że przepisy ustawy pzp jedynie w ograniczonym zakresie regulują problematykę umów zawieranych na skutek przeprowadzonego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w tym w zakresie regulacji odnoszących się do ustalenia równowagi jej stron.

Wobec zakresu regulacji przewidzianego w ustawie pzp, zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp, do czynności podejmowanych przez Zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), jeżeli przepisy Ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie zaś z art. 353¹ kc strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20 wskazać należy, że Zamawiający „[...] nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie Zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji Zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)”. Przepis art. 353¹ kc rozstrzyga kwestię zakresu kompetencji stron umowy zobowiązaniowej za pomocą dwóch sformułowań.

Po pierwsze, wskazuje ten zakres w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą „ułożyć stosunek prawny”.

Po drugie, powołany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wyznaczając granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykroczyć. Sama istota klauzuli generalnej jako zwrotu (w sposób zamierzony) niedookreślonego powoduje, że ani wyczerpujące wyliczenie, ani ścisła klasyfikacja możliwych postaci naruszenia zasad współżycia społecznego przez strony zawierające umowę zobowiązaniową nie są możliwe.

Da się natomiast wskazać najważniejsze przypadki takich naruszeń. W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też

korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. W tym kontekście chodzi o ustalenie, czy strony równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności uprawnień (*por. Komentarz do art. 353¹ kc System Prawa Prywatnego, tom 5, red. Osajda 2020, wyd. 3*).

O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jedyną formą „negocjacji” jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący, co do zasady, nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy. Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (*por. wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt KIO 892/15*).

W realiach niniejszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny z kc, ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także z zasadami współzycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 kc nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współzycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też w umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353¹ kc w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny Wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w części zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 kc.

5. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 3) pzp w zw. z art. 647 kc, art. 471 kc, art. 353¹ kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp (§10 ust. 8 pkt 1) PPU)

Zamawiający w § 10 ust. 8 PPU zawarł następujący zapis:

8. Jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) Jeżeli wady nadają się do usunięcia:

- a) wyznaczenie terminu na usunięcie wad,
- b) za czas od dnia zakończenia robót podany w § 2 do dnia usunięcia wad zostaną naliczone kary zgonie z § 12 ust. 2 pkt 2),

Odwołujący podnosi, że zapis widniejący w §10 ust. 8 pkt 1) lit. b PPU, przeczy logice i podstawowym zasadom regulującym stosunek zobowiązaniowy w ramach umowy o roboty budowlane.

Pragniemy zauważyć, że Zamawiający poprzez zaskarżony zapis wprowadza mechanizm karania Wykonawcy za przekroczenie terminu umownego w sytuacji kiedy „bieg” tego terminu został przerwany poprzez skuteczne zgłoszenie przedmiotu Umowy do odbioru i rozpoczęcie czynności odbiorowych.

Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, termin dla wykonania robót budowlanych, należy uznać za zachowany w sytuacji gdy wykonawca zgłosił roboty do odbioru, a zamawiający stwierdził, iż przedmiot umowy jest zdalny do odbioru (*vide: Orzeczenie SA w Szczecinie z dnia 27.11.2018r. sygn. akt I AGa 205/18*).

Mając to na względzie należy zwrócić uwagę, że w momencie gdy proces usuwania wad i usterek przekroczy termin wyznaczony dla realizacji przedmiotu umowy, Zamawiający chce skorzystać z zapisu umożliwiającego naliczenia kary za:

*„niewykonanie robót **w terminie określonym w § 2** – w wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy”,*

Należy zauważyć daleko idącą niekonsekwencję po stronie Zamawiającego, który na etapie czynności odbiorowych pragnie zachować prawo do naliczenia kary za przekroczenie terminu umownego na realizację przedmiotu Umowy.

Odwołujący ponownie podnosi, że skoro Zamawiający przystąpił do czynności odbiorowych to uznał, przedmiot umowy za zdalny do odbioru i pozbawiony wad istotnych, które taki odbiór miałyby uniemożliwiać. Tym samym, należy wnioskować, że Wykonawca zrealizował swoje zobowiązanie w terminie, co czyni przytoczoną powyżej karę za niemożliwą do zastosowania wobec jej przesłanek.

Jeżeli Zamawiający chciałby skorzystać z kary z §12 ust. 2 pkt 2) PPU, to powinien w momencie zgłoszenia do odbioru, uznać przedmiot umowy za niewykonany (zawierający wady istotne) i tym samym uczynić czynność przerywającą bieg terminu umownego (zgłoszenie) za nieodnoszącą skutku.

Rozważając czysto hipotetycznie i wychodząc naprzeciw potrzebom Inwestora, Odwołujący podnosi, że Zamawiający, wobec obawy przed ujawnieniem się wad istotnych, których nie wykryłby na etapie zgłoszenia robót do odbioru, mógłby wprowadzić do PPU zapisy które uzależniałyby możliwość naliczenia kary za przekroczenie terminu tylko w przypadku gdyby wady/usterki miały charakter istotny.

Na doniosłą rolę podziału w tym zakresie (występowanie wad istotnych – nieistotnych w trakcie odbioru), wskazuje zarówno literatura przedmiotu, jak i orzecznictwo.

Wskazać należy, że Zamawiający w żaden sposób nie rozgranicza w niniejszym przypadku wad na istotne i nieistotne, co jest wprost sprzeczne z regulacjami wynikającymi z przepisów dot. umowy o roboty

budowlane. W świetle art. 647 kc inwestor (Zamawiający) obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor (Zamawiający) nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie.

Powszechnie wiadome jest, iż odbiór bezusterkowy to „pojęcie wyimaginowane”, gdyż wyłącznie estetyczny, porządkowy charakter występujących usterek skutkowałby odmową dokonania odbioru (*por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt: I ACa 1044/14*).

Inwestor (Zamawiający) może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach Inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem Inwestora (Zamawiającego) o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze, co jednocześnie nie tamuje całego procesu odbioru (*vide: wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 781/20*). Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12 wskazać należy, 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.” Zakwestionowane zapisy powodują, że Zamawiający w sposób niezgodny z przepisami przyznaje sobie możliwość ingerowania w czynność odbioru w sposób całkowicie arbitralny.

Za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 1998 r., sygn. akt II CKN 673/97 zaznaczyć należy, że: „z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki społecznej.” Powyższe jednoznacznie wskazuje, że uprawnienia przyznane sobie przez Zamawiającego wykraczają poza możliwości ustawowego ukształtowania stosunku stron.

Jeżeli obiekt wskazuje jedynie wadę nieistotną, to jego oddanie powoduje wymagalność wierzytelności o wynagrodzenie, natomiast inwestor powinien skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi lub gwarancji. Bezzasadna odmowa odbioru robót i zapłaty wykonawcy wynagrodzenia stanowi zwłokę inwestora (art. 486 § 1 kc), a takie zachowanie wierzyciela stanowi naruszenie art. 354 § 2 kc.

Na mocy art. 471 kc wierzyciel może nie przyjąć świadczenia, jeżeli ma ku temu uzasadnioną podstawę w okolicznościach konkretnego wypadku. Gdy dłużnik zaofiaruje świadczenie nienależyte, zachodzi podstawa do odmowy jego przyjęcia, chyba że świadczenie tylko w nieistotnym stopniu narusza zobowiązanie, a tym samym nie zagraża zaspokojeniu celu zobowiązania i interesu wierzyciela. Gdyby wierzyciel odmówił przyjęcia świadczenia, a odmowa byłaby usprawiedliwiona, zobowiązanie byłoby niewykonane, gdyż nie doszłoby do zaspokojenia interesu wierzyciela. Wykonanie przedmiotu umowy z wadami może być równoznaczne albo z niewykonaniem, albo z nienależytym wykonaniem zobowiązania. Niewykonanie zobowiązania zachodzi, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia właściwe korzystanie z przedmiotu objętego umową, zgodnie z celem umowy albo odbiera mu cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając jego wartość (wada istotna), natomiast pozostałe wady świadczą tylko o nienależytym wykonaniu zobowiązania co do jakości (tak też: wyrok SA w Katowicach z dnia 14 grudnia 2017 r., sygn. akt V ACa 54/16).

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający ustanowił pewnego rodzaju odbiór „bezusterkowy”, przewidując możliwość obciążenia wykonawcy karą umowną jak za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w przypadku **stwierdzenia jakichkolwiek wad**. Kreując zapisy PPU w ten sposób, Zamawiający przyznał sobie niejako prawo do odmowy dokonania odbioru, stwierdzając jednocześnie, iż wykonawca pozostaje w zwłoce.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż kwestionowana kara umowna ma na celu głównie zdyscyplinowanie wykonawcy, celem zachowania realizacji w określonych ramach czasowych, natomiast „wykorzystanie jej” przez Zamawiającego, dla egzekwowania czynności mających miejsce na etapie odbioru robót, prowadzi do naruszenia zasady współzycia społecznego i powoduje nadmierną nierówność stron.

Kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody (wyrok SN z dnia 24 stycznia 2014 r., sygn. akt I CSK 124/13). Zastrzeżenie takiej kary powoduje, iż Zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SWZ zawarte w pzp (por. wyroki KIO z dnia 20 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2399/15 oraz z dnia 31 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1519/15).

Jednocześnie należy zauważyć, że kara nie spełni celu dla którego została umieszczona w treści PPU, albowiem nie może zmotywować do działania wykonawcy który zdążył już wykonać przedmiot umowy.

Wobec wewnętrznej sprzeczności rozwiązań umownych, w ocenie Odwołującego zarzut wydaje się uzasadniony, jednak dla jego wzmocnienia, pragnie przytoczyć dalszą argumentację.

6. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 3) pzp w zw. z art. 647 kc, art. 471 kc, art. 353¹ kc oraz art. 5 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp (§8 ust. 1 PPU).

W §8 ust. 1 PPU Zamawiający zawarł poniższy zapis:

1. Wykonawca ponosi wobec Zamawiającego odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady przedmiotu Umowy przez okres od daty odbioru końcowego robót, na zasadach określonych w Kodeksie Cywilnym.

Bieg terminu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się w dniu następnym, licząc od daty odbioru końcowego, jeżeli nie wystąpiły wady, lub potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym przedmiotu umowy.

Zamawiający w przedmiotowym zapisie przewiduje, że rękojnia i gwarancja za wady liczona jest od dnia następującego po dniu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym, podczas gdy terminy te winny biec od dnia następującego po dniu dokonania odbioru końcowego robót bez wad istotnych.

Wykonawca obiektu jest odpowiedzialny względem Zamawiającego z tytułu rękojmi, jeśli obiekt ma wadę fizyczną lub prawną (art. 556 w zw. z art. 656 § 1 oraz art. 638 § 1 kc). Wady wykonanego obiektu są podstawowymi pozytywnymi przesłankami odpowiedzialności wykonawcy względem inwestora z tytułu rękojmi.

Odpowiednie stosowanie art. 559 kc do umowy o roboty budowlane prowadzi do wniosku, że wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za wady wykonanego obiektu, gdy nie istniały one w chwili przechodzenia niebezpieczeństwa na inwestora ani nie wynikały z przyczyny tkwiącej w obiekcie w tej samej chwili. W ramach stosunku prawnego wynikającego z umowy o roboty budowlane niebezpieczeństwo przechodzi na inwestora z chwilą dokonania odbioru końcowego. W ramach umowy o roboty budowlane rzadko może dojść do wydania obiektu i z tego powodu za chwilę miarodajną dla ustalania zakresu wad objętych odpowiedzialnością wykonawcy z tytułu rękojmi należy uznać datę dokonania odbioru końcowego (*por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2013 r., sygn. akt IV CSK 1/13*).

W związku z powyższym, Wykonawca winien ponosić odpowiedzialność z tytułu rękojmi i gwarancji z momentem wydania nieruchomości, co jest równoznaczne z podpisaniem protokołu odbioru końcowego. Warunkowanie odbioru, a przez to rozpoczęcie biegu z tytułu rękojmi i gwarancji od innych zdarzeń, jak podpisanie protokołu odbioru końcowego bezusterkowego czy protokołu usunięcia wad jest niezgodne z prawem. Nie ulega wątpliwości że momentem odbioru przedmiotu umowy powinien być fakt zgłoszenia robót do odbioru bez wad istotnych, dlatego też Odwołujący żąda usunięcia z zapisów dotyczących rozpoczęcia biegu terminu rękojmi i gwarancji.

7. Zarzut naruszenia art. 433 pkt 3 pzp w zw. z art. 16 pzp w zw. z art. 647 kc w zw. z art. 8 pzp (rozdz. D.00.00.00 ust. 1.5.2 lit. (B) SST).

W rozdz. D.00.00.00 ust. 1.5.2 lit. (B) SST Zamawiający zawarł poniższy zapis:

Jeżeli w trakcie wykonywania Robót okaże się konieczne uzupełnienie Dokumentacji Projektowej przekazanej przez Zamawiającego, Wykonawca sporządzi brakujące rysunki i SST na własny koszt w 4 egzemplarzach i przedłoży je Inżynierowi do zatwierdzenia.

1.5.3. Zgodność Robót z Dokumentacją Projektową i SST

W przedmiotowym zapisie Zamawiający przewiduje odpowiedzialność Wykonawcy za braki dokumentacji projektowej, podczas gdy jest to zabieg niedopuszczalny.

Odwołujący wskazuje, że przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne jest prowadzone w systemie „buduj”, wobec czego odpowiedzialność za dokumentację ponosi Zamawiający, co wynika bezpośrednio z art. 647 kc. To Zamawiający w świetle art. 103 w zw. z art. 99 pzp, obowiązany jest sporządzić dokumentację w sposób precyzyjny, albowiem służy ona do opis przedmiotu zamówienia, który będzie podlegał wycenieniu w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przerzucenie obowiązku za dokumentację projektową na Wykonawcę, narusza wprost zapisy art. 433 pkt 3 pzp i stanowi nieuprawnione przeniesienie na Wykonawcę obowiązków spoczywających na Zamawiającym.

Podnieść należy, iż w ww. zakresie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3260/21 podniosła:

„Jak już wyżej wskazano, sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Tym samym nie jest dopuszczalne przerzucenie odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców”.

„Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców”.

Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców.

Nadto, wykonawca nie jest w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji oferty, gdyż nie zna zakresu tego obowiązku, gdyż nie jest znana jego wielkość. Dodatkowo, skoro przedłużenie terminu realizacji umowy może nastąpić, jeżeli zachowanie terminów stanie się niemożliwe z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę, to w świetle odpowiedzialności Zamawiającego za dokumentację przetargową, nawet jeśli wykonawca uchybi terminowi umownemu, powinien mieć przyznane prawo do domagania się przedłużenia terminu.

8. Podsumowanie

Suma powyżej przytoczonych zapisów PPU jednoznacznie świadczy o wprowadzeniu przez Zamawiającego odbioru bezusterkowego, gdyż stwierdzenie jakiegokolwiek wady nie powoduje uruchomienia procedury rękojmiowej czy gwarancyjnej a skutkuje naliczeniem kary za zwłokę, a więc powoduje sytuację, gdzie dzień dokonania odbioru nie stanowi zakończenia realizacji przedmiotu umowy, czyli w myśl przytoczonych przepisów prawa, faktycznie nie dochodzi do odbioru przedmiotu umowy. Jest to jedynie pozorne zachowanie zapisów umownych w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Wbrew pozornemu ustanowieniu instytucji odbiorów w zgodzie z przepisami prawa, Zamawiający nie odszedł jednak w sposób jednoznaczny od odbiorów bezusterkowych, projektując dodatkowo postanowienia niespójne i wzajemnie sprzeczne.

Wskazać należy, iż Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, powinien ściśle przestrzegać zasad jego sporządzania określonych w art. 99–103 pzp, kładąc nacisk na jednoznaczność jego treści i uwzględnienie całości zakresu zamówienia, którego realizacji Zamawiający wymaga od wybranego wykonawcy. Zamawiający nie powinien opisywać swoich wymogów w sposób bardziej rygorystyczny niż jest to niezbędne dla osiągnięcia celów realizacji zamówienia, stawiając wyśrubowane wymogi odnośnie do tych

aspektów realizacji zamówienia, które są dla niego drugorzędne, jeśli nie bez znaczenia. Zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, bez wątpienia jest działaniem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.

Jak wskazuje się w orzecznictwie „*celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...)*” (vide: wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19). W przedmiotowej sprawie Zamawiający nadużył swojej pozycji, co w konsekwencji godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane. Wskazane postanowienia PPU, będące jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę kontraktową.

Mając na względzie przedstawioną argumentację, wnosimy i wywodzimy jak dotychczas.

.....

Załączniki:

1. Dowód wniesienia opłaty od odwołania,
2. Pełnomocnictwo, KRS Odwołującego wraz z opłatą od pełnomocnictwa,
3. Dowód doręczenia Odwołania Zamawiającemu,
4. Projektowane Postanowienia Umowy,
5. SST – wymagania drogowe.