

CML Construction Services Sp. z o.o.

ul. Parzniewska 10
PL 05-800 Pruszków / Polska

Tel: +48 22 71 44 369
Fax + 48 22 71 44 908
tel. kom. +48 609 04 33 22
krzysztof.misiewicz@bauholding.com



Pruszków, dnia 8 stycznia 2021 r.

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

Zamawiający: **Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu**, ul. Sienkiewicza 27,39-400 Tarnobrzeg,
NIP: 867 -19 – 93 -452, REGON: 831220860
Tel: 15/688-25-00,Fax: 15/688 -26 – 78 ,
Adres poczty elektronicznej: sadokregowy@tarnobrzeg.so.gov.pl,
przetargi@kancelariaijz.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.** ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków, KRS 54588
tel. +48 22 71 44 800,
e-mail: pl_office.strabag@strabag.com

reprezentowany przez radcę prawnego Krzysztofa Misiewicza, adres do korespondencji: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków telefon 609-04-33-22; fax:+ 48 (22) 71 44 908
e-mail: krzysztof.misiewicz@bauholding.com

Odwołanie przekazano Zamawiającemu w dniu 8 stycznia 2021 r. drogą elektroniczną na adres e-mail: sadokregowy@tarnobrzeg.so.gov.pl, przetargi@kancelariaijz.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa budynku Sądu i Prokuratury Rejonowej w Nisku”
Numer referencyjny: ZP.261-6/2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2020 r. pod numerem **2020/S 253-638242**.

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu) w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o. na podstawie art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwaną w dalszej części „nowe pzp” wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku Sądu i Prokuratury Rejonowej w Nisku” (dalej: Postępowanie).

I. Termin.

- 29 grudnia 2020 r. Zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu

Oznacza to, że składając odwołanie w 8 stycznia 2021 r. Odwołujący czyni zadość wymaganiom art. 515 ust. 2 pkt 1 nowego pzp, tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

II. Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp w zw. z art. 647 kc poprzez;
(i) przyznanie Zamawiającemu w § 15 ust. 5 pkt 1 i ust. 6 wzoru Umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad,
(ii) przyznanie Zamawiającemu w § 15 ust. 7 wzoru Umowy uznaniowego prawa do odmowy dokonania odbioru częściowego w każdym przypadku wystąpienia wad,
przy czym uprawnienie do odmowy odbioru końcowego czy częściowego powinno mieć miejsce jedynie w przypadku wystąpienia wad istotnych. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego lub częściowego.
2. Powiązany z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art.139 pzp, art. 143a ust. 1 pkt 1 pzp, art. 148 ust. 1 pzp, art. 150 ust. 2 pzp w zw. z art. 647 kc i art. 654 kc poprzez powiązanie w § 11 ust. 1 lit a) wzoru umowy płatności częściowej z przeprowadzeniem bezusterkowego odbioru częściowego podczas gdy płatność częściowa powinna nastąpić po odbiorze częściowym a nie po usunięciu wad odbiorowych. Powiązanie płatności częściowej z usunięciem wad odbiorowych oznacza, że płatność częściowa stanowi dodatkowe zabezpieczenie należytego wykonania umowy (zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych) a Zamawiający wbrew pzp nie tylko narzuca formę zabezpieczenia ale ustanawia zabezpieczenie przekraczające dopuszczalną wysokość zabezpieczenia;
3. Naruszenie art. 143a ust. 2 pzp w zw. z art. 139 ust. 2 pzp i art. 7 pzp poprzez możliwość wstrzymania zgodnie z § 12 ust. 4 wzoru umowy zapłaty całości wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z danej faktury w przypadku nie przekazania dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, w sytuacji gdy zgodnie z art. 143a pzp możliwość wstrzymania zapłaty wynagrodzenia następuje tylko w odpowiedniej części to jest w zakresie, w którym nie przedstawiono dowodów zapłaty;
- 4.

III. Żądania

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit c) nowego pzp wnosi o uwzględnienie odwołania i uznanie, że projektowane zapisy załącznika nr 2 do SIWZ są niezgodne z pzp i nakazanie Zamawiającemu dokonania, zmiany treści załącznika nr 2 do SIWZ wzór umowy w sposób opisany poniżej:

Ad. II. 1 powyżej

Zmiana w § 15 ust. 5 pkt 1) i ust. 6 wzoru Umowy poprzez zobowiązanie Zamawiającego do dokonania odbioru końcowego a tym samym również odbioru częściowego w przypadku braku wad istotnych i tym samym wyeliminowanie odbioru bezusterkowego i dostosowanie zapisu do art. 647 kc nakładającego obowiązek dokonania odbioru. W związku z tym, że zgodnie z § 15 ust. 7 do odbiorów częściowych stosuje się zasady ustalone dla odbioru końcowego to zmiany § 15 ust. 5 pkt 1) i ust. 6 wzoru umowy będą miały odpowiednie zastosowanie do odbiorów częściowych.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 15 Ust. 5

Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady lub braki:

1) *jeżeli wady nadają się do usunięcia, to Zamawiający może odmówić odbioru wykonanych Robót wyłącznie w przypadku stwierdzenia wad istotnych do czasu usunięcia wad. W przypadku stwierdzenia jedynie wad nieistotnych strony podpiszą protokół odbioru końcowego, do którego załączona zostanie lista wad odbiorowych wraz z terminem ich usunięcia.*

§ 15 ust. 6

Jeżeli w toku czynności odbioru zostanie stwierdzone, że Przedmiot Umowy nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nieukończenia prac, wad istotnych lub nie przeprowadzenia wszystkich prób, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający może odmówić odbioru, a fakt ten nie może być podstawą do przedłużenia terminu wykonania Przedmiotu Umowy o którym mowa w § 2, natomiast będzie podstawą do naliczenia przez Zamawiającego stosownych kar umownych za niewykonanie umowy w terminie. W takim przypadku Wykonawca ma obowiązek usunięcia wad istotnych i ponownego zgłoszenia elementu do odbioru bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia.

Ad. II.2 powyżej

Zmiany w § 11 ust. 1 lit a) wzoru umowy poprzez wyeliminowanie uzależniania dokonania płatności częściowej od dokonania bezusterkowego odbioru częściowego czy też uzależnienia płatności od usunięcia wad stwierdzonych w trakcie odbioru częściowego – wykreślenie sformułowania „bez zastrzeżeń”.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 11 ust. 1 lit a)

a) *faktura częściowa obejmować będzie wynagrodzenie za prawidłowo wykonany etap robót, określony w harmonogramie finansowo rzeczowym zaakceptowanym przez Zamawiającego, odebrany przez Zamawiającego;*

Ad. II.3 powyżej

Zamiana § 12 ust. 4 wzoru umowy poprzez dostosowanie treści zapisu do art. 143a ust. 2 pzp tj. ograniczenie uprawnienia Zamawiającego do powstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z faktury częściowej jedynie w części w jakiej brakuje dowodów zapłaty a nie z całością wynagrodzenia wynikającego z danej faktury.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - wzoru umowy powinna być następująca:

§ 12 ust. 4

W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę dowodu zapłaty o którym mowa w ust. 3 albo dowodu który budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego wstrzymuje się wypłatę należnego wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty, aż do czasu usunięcia tych braków – bądź dokonania płatności zgodnie z ust.5 poniżej.

IV. Interes prawny

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący, jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji realizowanych w trybie Ustawy PZP. Zapisy zawarte w SIWZ, a w szczególności wzorze umowy będącym załącznikiem do SIWZ są niezgodne z pzp i kc. Zamawiający w sposób sprzeczny z kc wprowadza możliwość uchylecia się od dokonania odbioru końcowego i częściowego w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad nawet jeżeli mają one charakter nieistotny a Zamawiający ma możliwość użytkowania przedmiotu umowy. Z bezusterkowym odbiorem częściowym zamawiający wiąże również możliwość wstrzymania zapłaty należnego wykonawcy

wynagrodzenia. Zamawiający narusza również uprawnienie wykonawcy do otrzymania należnego wynagrodzenia w przypadku nie przedstawienia wszystkich dowodów zapłaty na rzecz podwykonawców w sytuacji, gdy możliwość odmowy zapłaty powinna dotyczyć tylko tej części wynagrodzenia w stosunku do której brakuje dowodów zapłaty.

Z uwagi na powyższe, skoro treść wzoru umowy narusza zasady Prawa zamówień publicznych oraz kc, Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, jako że chciałby mieć możliwość złożenia najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu i zawrzeć prawidłową i zgodną z powszechnie obowiązującymi przepisami umowę z Zamawiającym, zrealizować przedmiot zamówienia a następnie otrzymać należne wynagrodzenie.

UZASADNIENIE

- 1. Zamawiający wbrew obowiązкови dokonania odbioru wynikającego z dyspozycji art. 647 kc we wzorze umowy wprowadził bezusterkowy odbiór końcowy i częściowy a tym samym zastrzegł możliwość odmowy dokonania odbioru w przypadku wystąpienia wad nawet jeżeli mają one charakter nieistotny. Zapisy umowy stwarzają ryzyko odbiorów bezusterkowych, które są sprzeczne z art. 647 kc.**

Zgodnie z art. 647 kc jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (Zamawiający) – wykonawca. Dokonanie odbioru stanowi niejako pokwitowanie spełnia świadczenia wystawiane przez inwestora.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego dochodzi często do sporów pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Osłą tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem, inwestorzy odmawiają dokonania odbioru a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru inwestor próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy.

Tego typu spory były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor 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 tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji inwestor jest obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony 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.

W tym zakresie można powołać się na następujące wyroki Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07

1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97

W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia".

Z uzasadnienia

Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, 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 uspołecznionej.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12

1. Skoro oświadczenie o potrąceniu może wyrzucić skutek dopiero z chwilą dojścia do adresata (art. 61 KC), to zawarte w odpowiedzi na pozew oświadczenie o potrąceniu doręczone jedynie nieumocowanemu do jego przyjęcia pełnomocnikowi powoda nie może być ocenione jako skuteczne, a przeciwnie stanowisko narusza art. 91 KPC, 96 KC, 61 KC i 499 KC.

2. **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.**

Powyższe oznacza, że treść § 15 ust. 5 pkt 1), ust. 6 i 7 wzoru Umowy zaproponowana przez Zamawiającego narusza art. 647 kc, gdyż pozostawia Zamawiającemu możliwość odmowy dokonania odbioru końcowego lub częściowego jeżeli wady stwierdzone w trakcie odbioru końcowego nie mają charakteru istotnego. W ocenie odwołującego uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru końcowego powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych tj. wad uniemożliwiających użytkowanie przedmiotu umowy lub wad wyraźnie sprzeciwiających się umowie. W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek dokonania odbioru częściowego i końcowego w przypadku, gdy w wykonanych robotach brak jest wad istotnych.

2. W 11 ust. 1 lit a) wzoru umowy Zamawiający powiązał płatność częściową z przeprowadzeniem bezusterkowego odbioru częściowego czyli w istocie płatność częściowa ma stanowić zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych i tym samym naruszony zostaje 654 kc przewidujący płatności częściowe za roboty częściowo wykonane, art. 143a ust. 1 pkt 1 pzp przewidujący zapłatę części wynagrodzenia za odebrane roboty, art. 150 ust. 2 pzp ustalający maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy jak też art. 148 ust. 1 pzp przyznający wykonawcy prawo do wyboru formy zabezpieczenia.

Jak wskazano w pkt 1 powyżej odbiór częściowy nastąpić w przypadku braku wad istotnych. Przy takim założeniu wady nieistotne stwierdzone w trakcie odbioru częściowego są usuwane już po odbiorze w trakcie dalszej realizacji prac przez Wykonawcę. Skoro wystąpienie wad nieistotnych nie może blokować odbioru częściowego jak i końcowego to jednocześnie aktualizuje się kolejny podstawowy obowiązek inwestora (zamawiającego) wynikający z art. 654 kc do zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zastrzegając, że płatność częściowa ma nastąpić po odbiorze bezusterkowym Zamawiający w istocie traktuje płatność częściową jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy to jest zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych. Potraktowanie płatności częściowej jako dodatkowego zabezpieczenia względem zabezpieczenia należytego wykonania umowy określonego w § 13 ust. 2 wzoru umowy stanowi naruszenie pzp w dwóch aspektach. Po pierwsze zgodnie z art. 148 ust. 1 pzp to wykonawca ma prawo wyboru formy zabezpieczenia. Traktując płatność częściową jako zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych Zamawiający narzuca wykonawcy formę zabezpieczenia pozbawiając go jednocześnie prawa wyboru. Po drugie zgodnie z art. 150 ust. 2 pzp wysokość zabezpieczenia nie może przekraczać 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy. Przy obecnych zapisach wzoru umowy wartość zabezpieczenia przysługującego Zamawiającemu będzie przekraczać tę wartość, gdyż Zamawiający zgodnie z § 13 ust. 2 wzoru umowy otrzyma zabezpieczenie wynoszące 5% oraz zabezpieczenie w postaci zatrzymanej płatności częściowej, które mogą przekraczać 5% wartości wynagrodzenia czyli łącznie zabezpieczenie przekraczać będzie 10% wynagrodzenia umownego.

3. Art. 143a ust. 2 pzp jednoznacznie wskazuje, że w przypadku umów o roboty budowlane Zamawiający może się wstrzymać za zapłatą części wynagrodzenia należnego wykonawcy jeżeli wykonawca nie przedstawi dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Przepis ten nie umożliwia wstrzymania w całości zapłaty.

Zgodnie z art. 143a ust. 2

2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane,

2) udzielenie kolejnej zaliczki

- w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Zamawiający w § 12 ust. 4 wzoru umowy niegodnie z powyższym przepisem dał sobie prawo do wstrzymania zapłaty całości wynagrodzenia z danej faktury w przypadku nieprzedłożenia dowodów zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. Zapis został sformułowany w taki sposób, że brak chociażby jednego dowodu zapłaty na rzecz podwykonawcy nawet na niewielką kwotę wynagrodzenia podwykonawcy skutkować będzie wstrzymaniem zapłaty całego wynagrodzenia należnego wykonawcy z danej faktury. Zamawiający nie wskazał, że wstrzymanie będzie dotyczyć jedynie tej części wynagrodzenia, gdzie występują braki w dokumentach.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo
2. odpis z KRS
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
5. dowód wysłania odpisu odwołania do zamawiającego