

Gdańsk, dnia 17 czerwca 2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

Ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Zamawiający:**

**WOJEWÓDZKI SZPITAL PSYCHIATRYCZNY im. prof. Tadeusza Bilikiewicza w Gdańsku**

ul. Srebrniki 17, 80-282 Gdańsk

NIP: 9570728045

e-mail: [szpital@wsp-bilikiewicz.pl](mailto:szpital@wsp-bilikiewicz.pl)

tel. 58 52 47 500

**Odwołujący:**

**1. TYSAND SPÓŁKA JAWNA J. KRAWCZYKIEWICZ J. SOWIŃSKI**

ul. Grunwaldzka 585A/7, 80-339 Gdańsk

KRS: 0000076104

**2. STANISŁAW KRUPA** prowadzący działalność pod firmą Firma Remontowo – Budowlana „KRUPA” STANISŁAW KRUPA

81-558 Gdynia ul. Klonowa 13

NIP: 5861053118,

reprezentowani przez

radcę prawnego Macieja Krawczykiewicza

e-mail: [maciejkrawczykiewicz@gmail.com](mailto:maciejkrawczykiewicz@gmail.com)

tel. 660 428 018

Kancelaria Radcy Prawnego Maciej Krawczykiewicz

ul. Partyzantów 72/56, 80-254 Gdańsk

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego: „Budowa trzykondygnacyjnego budynku przeznaczonego na oddziały pobytu dziennego dla dorosłych oraz dzieci i młodzieży – znak sprawy Adm 6/2024 (dalej: Postępowanie)

Ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00360890/01

**ODWOŁANIE**

Kancelaria Radcy Prawnego Maciej Krawczykiewicz

ul. Partyzantów 72/56

80-254 Gdańsk

Tel. +48 660 428 018

NIP: 9571095777

REGON: 367619287

e-mail: [maciejkrawczykiewicz@gmail.com](mailto:maciejkrawczykiewicz@gmail.com)

Działając w imieniu Odwołujących na podstawie pełnomocnictwa, którego oryginał elektroniczny przesyłam w załączeniu, wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i Kodeksu cywilnego.

## 1. ZARZUTY

- 1) **naruszenie art. 117 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp** poprzez zastrzeżenie w SWZ (rozdział XII pkt 1 lit A ppkt 4) że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia musi być spełniony przynajmniej przez jednego z Wykonawców (tj. samodzielnie przez co najmniej jednego z Wykonawców) tj. sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób nieuzasadniony charakterem zamówienia i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia a co za tym idzie dyskryminujący wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności wykonawców, którzy wspólnie zrealizowali uprzednio roboty budowlane spełniające określony w SWZ warunek zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia;
- 2) **naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i 353 (1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez zawarcie w Załączniku nr 7 do SWZ – Projekt umowy postanowień (§13 ust. 16) uprawniających Zamawiającego do uznaniowej odmowy odbioru przedmiotu umowy oraz zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy (zarówno częściowego jak i końcowego) w przypadku wystąpienia w przedmiocie umowy lub dokumentacji powykonawczej jakichkolwiek wad lub usterek niezależnie od ich charakteru – które to postanowienia naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy rażąco wykraczając poza zasadę swobody umów.

## 2. ŻĄDANIA

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wnoszą o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez nadanie mu treści zgodnej z przepisami prawa:

- 1) **W zakresie zarzutu nr 1** Odwołujący wnoszą o dostosowanie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale XII pkt 1 lit A ppkt 4) SWZ w sposób niedyskryminujący wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia co może polegać w szczególności na nadaniu następującego brzmienia wskazanym zapisom SWZ:

*„4) W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek, o którym mowa powyżej, może być spełniony samodzielnie przez co najmniej jednego z Wykonawców lub wspólnie przez obu Wykonawców, gdy posiadają oni doświadczenie wynikające z realizacji wspólnych robót budowlanych, o których mowa w pkt 1)”*

bądź ewentualnie poprzez całkowite usunięcie wskazanego zapisu SWZ.

- 2) **W zakresie zarzutu nr 2** Odwołujący wnosi o dostosowanie postanowień załącznika nr 7 do SWZ - Projektu Umowy do przepisów prawa i wprowadzenie do niego postanowień, które pozwolą na dokonanie odbioru w sytuacji, gdy wystąpią wady nieistotne (które będą mogły zostać usunięte po odbiorze i których zakres oraz terminy usunięcia zostaną określone w protokole odbioru końcowego), a uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania się z odbiorem przysługiwać mu będzie wyłącznie w przypadku wad o istotnym charakterze (uniemożliwiających normalne korzystanie z przedmiotu umowy).

Po uwzględnieniu ww. zmiany treść Projektu Umowy może polegać w szczególności na nadaniu następującego brzmienia wskazanym zapisom SWZ:

*„§13*

*13. Jeżeli roboty mające być przedmiotem odbioru końcowego zostały wykonane a dokumentacja powykonawcza nie będzie miała istotnych wad, Zamawiający w porozumieniu z Wykonawcą, wyznaczy datę odbioru robót, nie późniejszą niż 4 dni roboczych od daty przekazania Zamawiającemu przez Wykonawcę dokumentacji powykonawczej.”*

*„§13*

*16. Jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady lub usterki istotne (uniemożliwiające bądź znacząco utrudniające korzystanie z przedmiotu Umowy), Zamawiający może odmówić odbioru. Jeżeli w toku odbioru zostaną stwierdzone wady lub usterki nieistotne, Zamawiający dokona odbioru i wyznaczy Wykonawcy odpowiedni termin na ich usunięcie.”*

### 3. INTERES PRAWNY

Odwołujący posiadają interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący są podmiotami profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym w sektorze

---

Kancelaria Radcy Prawnego Maciej Krawczykiewicz

ul. Partyzantów 72/56

80-254 Gdańsk

Tel. +48 660 428 018

NIP: 9571095777

REGON: 367619287

e-mail: maciejkrawczykiewicz@gmail.com

budowy inwestycji kubaturowych jak w niniejszym postępowaniu. Odwołujący posiadają wspólne doświadczenie wynikające ze wspólnych realizacji odpowiadające warunkom udziału w postępowaniu i są zainteresowani pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, natomiast na skutek wskazanych naruszeń w formułowaniu SWZ ich oferta podlegałaby odrzuceniu, a tym samym uniemożliwione byłoby uzyskanie przez nich zysku z realizacji inwestycji. Jednocześnie w odniesieniu do niezgodne z zapisami KC postanowień projektu umowy, godzą w interes Odwołujących jako potencjalnych wykonawców, uniemożliwiając im realizację umowy w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami.

#### **4. UZASADNIENIE**

##### **ZARZUT NR 1 - NARUSZENIE ART. 117 UST. 1 W ZW. Z ART. 16 PZP**

W świetle orzecznictwa Sądów jak i Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami. Jakkolwiek przepisy ustawy Pzp pozwalają w sposób szczególny ustalić sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, to stanowią one wyjątek od reguły wynikającej ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego możliwości jakie daje art. 117 ust. 1 ustawy Pzp nie można rozszerzać na przypadki nie mające silnego, obiektywnego uzasadnienia w charakterze zamówienia. Jak wskazano powyżej dyspozycję art. 117 ust. 1 ustawy Pzp należy traktować jako wyjątek od ustawowej reguły ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i jak każdy wyjątek nie może on być interpretowany rozszerzająco. Ponadto jego zastosowanie powinno wynikać z okoliczności obiektywnie uzasadnionych szczególnie w kontekście charakteru zamówienia i proporcjonalności.

Uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo, takie szczególne określenie spełniania przez konsorcjum warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (w ramach warunku zdolności technicznej lub zawodowej) może wystąpić np. w sytuacji, gdy z uwagi na przedmiot zamówienia konieczne jest posiadanie doświadczenia zdobytego w wyniku wielokrotnego wykonania określonych czynności (tak: KIO 269/19).

W rozdział **XII pkt 1 lit A ppkt 4 SWZ** Zamawiający zastrzegł szczególny sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**Kancelaria Radcy Prawnego Maciej Krawczykiewicz**

ul. Partyzantów 72/56

80-254 Gdańsk

Tel. +48 660 428 018

NIP: 9571095777

REGON: 367619287

e-mail: maciejkrawczykiewicz@gmail.com

warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przewidując, że wymagany doświadczeniem musi wykazać się przynajmniej jeden z Wykonawców.

Zapis ten oznacza, że wymagany doświadczeniem musi dysponować samodzielnie co najmniej jeden z Wykonawców, a **ewentualne dysponowanie doświadczeniem wspólnym wynikającym ze wspólnej realizacji poprzednich inwestycji przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie nie zostanie uznane przez Zamawiającego.**

W ocenie Odwołujących wskazany warunek został sformułowany w sposób rażąco nieproporcjonalny i nie uzasadniony biorąc pod uwagę przedmiot postępowania i dyskryminuje i wyklucza z udziału w postępowaniu podmioty posiadające stosowne doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji, jedynie z powodu formy w jakiej inwestycje te uprzednio były realizowane (wspólnie w ramach konsorcjum).

**W orzecznictwie wskazuje się na nieadekwatność sumowania odrębnego doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wynikającego z różnych robót budowlanych:**

**KIO 1495/14 :** „wykazania po jednej robocie budowlanej opisanej przez Zamawiającego potwierdzałoby, że żaden z Wykonawców nie ma wymaganego doświadczenia.”

**KIO/KU 62/14:** „Wykazanie się przez poszczególnych członków konsorcjum wykonaniem po jednej robocie opisanej przez zamawiającego w warunku, lub sumowanie większej ilości robót”.

**W żadnym zaś wypadku orzecznictwo sądów i KIO, ani obecnie obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych, nie przewiduje możliwości dyskryminowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, którzy dotychczasowe zamówienia publiczne realizowali wspólnie w całości w ramach tego samego konsorcjum i którzy w ramach kolejnego przetargu przedstawiają doświadczenie wynikające ze wspólnych realizacji.** W takiej sytuacji nie zachodzi bowiem żadna sytuacja sumowania oddzielnych realizacji, a wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie wykazują wspólne całościowe wykonanie powtarzalnych robót zgodnie z warunkami postawionymi w SWZ.

Charakter zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania wskazuje, że jest nim inwestycja budowlana kubaturowa wymagająca kompetencji w zakresie robót ogólnobudowlanych, instalacyjnych i technologicznych. **Takie przedsięwzięcia budowlane nie są praktyce realizowane wyłącznie staraniem jednego**

**wykonawcy.** Nie występują praktycznie na rynku firmy budowlane wykonujące samodzielnie wszystkie specjalistyczne prace poszczególnych branż budowlanych. Nawet najwięksi w kraju generalni wykonawcy robót budowlanych posługują się dla zasadniczej części swoich prac podwykonawcami, z tego względu że pozwala to nie tylko na optymalizację kosztów budowy ale przede wszystkim na wyspecjalizowanie się poszczególnych firm podwykonawców w danych dziedzinach budownictwa.

Innymi słowy, za dyskryminacyjne wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie należy postawienie warunku, aby wszystkie roboty były wykonane przez jednego z nich a nie przez nich wspólnie. **Wykonawcy, którzy wykonali wspólnie kilkanaście podobnych robót spełniających warunki opisane w SWZ posiadają wspólnie niewątpliwie co najmniej same jak nie większe doświadczenie** niż pojedynczy wykonawca wykonujący samodzielnie dwie takie roboty budowlane. Nie istnieją jakiegokolwiek obiektywne kryteria, które wskazywałyby, że doświadczenie konsorcjów ma mniejsze znaczenie niż doświadczenie pojedynczego wykonawcy.

Sprowadzając wskazany zapis SWZ do absurdu, należałoby uznać, że duże międzynarodowe konsorcja realizujące miliardowe inwestycje infrastrukturalne typu porty lotnicze, porty morskie, autostrady czy drogi kolejowe, nie posiadają wymaganego doświadczenia dla realizacji kolejnych tego typu inwestycji jedynie z tego względu, że zrealizowały je dotychczas w formie konsorcjum, a nie pojedynczych wykonawców.

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że **istnieje obiektywna i proporcjonalna możliwość ograniczenia sumowania oddzielnych realizacji poprzez wskazanie, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia niedopuszczalne jest sumowanie odrębnego doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynikającego z wykonanych przez każdego z nich odrębnie robót budowlanych.** Możliwe jest również sformułowanie tego zapisu w dowolny inny sposób przewidujący spełnianie wskazanego wymogu doświadczenia, w przypadku gdy wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zrealizowali wskazane roboty budowlane wspólnie.

Nie bez znaczenia dla interpretacji art. 117 ustawy Pzp jest fakt, że jest to narzędzie które ustawodawca wprowadził do ustawy Pzp w celu eliminowania patologicznych sytuacji związanych z fikcyjnym udostępnieniem zasobów pomiędzy konsorcjantami. Nie sposób mówić o fikcyjnym udostępnieniu zasobu, w sytuacji gdy wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie przedstawiają

swoje dotychczasowe wspólne doświadczenie i zobowiązują się wspólnie wykonać kolejne zamówienie tego samego typu.

**ZARZUT NR 2 - NARUSZENIE ART. 8 UST. 1 PZP W ZW. Z ART. 5 I 353 (1) KC W ZW. Z ART. 647 KC W ZW. Z ART. 16 USTAWY PZP**

Zgodnie z art. 647 Kc jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową. Zgodnie z art. 647 Kc jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową.

Praktyka budowlana pokazuje, że na etapie odbioru końcowego często dochodzi do sporów pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą. Osią tego sporu jest kwestia wad w wykonanych robotach w związku, z których wystąpieniem. Zamawiający odmawiają dokonania odbioru, a tym samym blokują możliwość otrzymania wynagrodzenia przez wykonawcę. W istocie poprzez odmowę dokonania odbioru Zamawiający próbuje wymusić usunięcie wad stwierdzonych na etapie odbioru końcowego przedmiotu umowy traktując jednocześnie płatności należne Wykonawcy tytułem wynagrodzenia jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy to jest zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych. Potraktowanie płatności jako dodatkowego zabezpieczenia względem zabezpieczenia należytego wykonania umowy określonego w stanowi naruszenie Pzp w dwóch aspektach. Po pierwsze zgodnie z art. 450 ust. 1 PZP to wykonawca ma prawo wyboru formy zabezpieczenia. Traktując płatność wynagrodzenia jako zabezpieczenie usunięcia wad odbiorowych Zamawiający narzuca wykonawcy formę zabezpieczenia pozbawiając go jednocześnie prawa wyboru. Po drugie zgodnie z art. 452 ust. 2 Pzp wysokość zabezpieczenia nie może przekraczać 5% wartości wynagrodzenia wykonawcy. Przy obecnych zapisach wzoru Umowy wartość zabezpieczenia przysługującego Zamawiającemu będzie przekraczać tę wartość, gdyż Zamawiający zgodnie z § 11 ust. 1 wzoru umowy otrzyma zabezpieczenie wynoszące 3% oraz zabezpieczenie w postaci zatrzymanej płatności wynagrodzenia częściowego, bądź końcowego, które będą przekraczać ustaloną wartość zabezpieczenia.

Spory pomiędzy zamawiającymi, a wykonawcami w kwestii wprowadzania do umów tzw. odbiorów bezusterkowych i powiązanych z nimi płatnościami wynagrodzenia wykonawcy były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię

**Kancelaria Radcy Prawnego Maciej Krawczykiewicz**

ul. Partyzantów 72/56

80-254 Gdańsk

Tel. +48 660 428 018

NIP: 9571095777

REGON: 367619287

e-mail: maciejkrawczykiewicz@gmail.com

orzeczniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 Kc zamawiający obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Zamawiający nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. 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, a w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem Zamawiającego o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

Powyższe zostało ukształtowane w formie jednolitego stanowiska i wynika m.in. z wyroków Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 12 marca 2021 r. V CSKP 14/21

*„Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. **Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru**, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady”.*

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".*



*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

***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.***

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę nie mniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy Kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność.

Odnosnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na:

Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 gdzie Izba wskazała, że:

*„Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie”*

Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19

*„Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, 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.”*

Powyższe oznacza, że treść wskazanych na wstępie projektowanych postanowień Umowy, które referują do możliwości odmowy odbioru w sytuacji stwierdzenia jakiegokolwiek wad narusza wskazane w treści niniejszego odwołania przepisy prawa oraz pozostawia Zamawiającemu możliwość uchylenia się od dokonania odbioru końcowego w każdym przypadku wystąpienia wad, nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. **W ocenie Odwołujących uprawnienie Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru czy też przerwania czynności odbiorowych powinno być ograniczone jedynie do przypadku wystąpienia wad istotnych.** W związku z tym zapisy zawarte we wskazanych punktach umowy

Kancelaria Radcy Prawnego Maciej Krawczykiewicz

ul. Partyzantów 72/56

80-254 Gdańsk

Tel. +48 660 428 018

NIP: 9571095777

REGON: 367619287

e-mail: maciejkrawczykiewicz@gmail.com

powinny zostać zmienione w taki sposób, aby dostosować je treści art. 647 kc tj. Zamawiający powinien mieć obowiązek, a nie możliwość dokonania odbioru końcowego w przypadku, gdy w przedmiocie umowy nie występują wady istotne.

Jednocześnie należy wskazać, że **nie istnieją podstawy do różnicowania wad i usterek w zakresie dokumentacji powykonawczej (stanowiącej element składowy przedmiotu umowy) i robót budowlanych (stanowiącej zasadniczy element składowy przedmiotu umowy)**. Podobnie jak w przypadku robót budowlanych, tak również w przypadku dokumentacji powykonawczej ich ewentualne nieistotne z punktu widzenia możliwości korzystania z obiektu budowlanego wady nie powinny stanowić podstawy do możliwości wstrzymania dokonania odbioru oraz zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

*Radca Prawny*

*Maciej Krawczykiewicz*

**Załączniki:**

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 10 000 zł
2. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 34 zł
3. Pełnomocnictwo
4. Odpis pełny KRS Odwołującego nr 1
5. Wydruk z CEIDG Odwołującego nr 2
6. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu