

**WYROK**

**z dnia 16 listopada 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 r. przez wykonawcę: **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów,**

**orzeka:**

1. **oddała odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, i:**
  - 1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) **zasądza od wykonawcy: Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Polska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w przedmiocie: „Budowa gazociągu relacji Witnica — Gorzów Wkp. i sieci gazowej w Kostrzynie nad Odrą — etap II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2021 r. pod nr 2021/S 199-520324.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, tj:

1) art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 387 ust. 1 KC w zw. z art. 8 Pzp, przez oznaczenie terminu realizacji zamówienia w odniesieniu do całkowitego zakończenia robót dotyczących przedmiotu umowy z zastosowaniem konstrukcji sztywnej daty kalendarzowej, pomimo iż brak obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, co w konsekwencji oznacza ustalenie terminu zakończenia robót w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie - wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, a także w sposób prowadzący do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego;

2) art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego, przez przyznanie Zamawiającemu w ramach wzoru umowy i STWiORB prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego i odbioru technicznego w przypadku zaistnienia zastrzeżeń zgłoszonych do protokołu odpowiednio odbioru końcowego i technicznego, a więc do czasu usunięcia wszelkich usterek, nawet jeśli usterki mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkada ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia. Zarzut nr 1 - dotyczący oznaczenie terminu realizacji zamówienia poprzez odniesienie do sztywnej daty kalendarzowej.

Zamawiający w Rozdziale 6 SWZ określił terminy wykonania zamówienia wskazując następująco:

*„6 Termin i miejsce wykonania Zamówienia*

*6.1. Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 540 dni od daty podpisania umowy, nie później niż do dnia 04.07.2023.”*

Zgodnie z § 5 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający ustalił terminy oraz zasady realizacji prac w sposób następujący:

*„6. Odbiór techniczny Robót zostanie dokonany w terminie 526 dni od podpisania umowy, nie później niż do 20.06.2023 r. ...)*

*7. Odbiór końcowy Robót zostanie dokonany w terminie 540 dni od podpisania umowy, nie później niż do 04.07.2023 r. ...)*

Odwołujący wskazał, że za uniemożliwiającą prawidłowe oszacowanie i przygotowanie oferty uznać należy konstrukcję zastosowaną przez Zamawiającego polegającą na oznaczeniu terminu całkowitego zakończenia robót dotyczących przedmiotu umowy sztywno określoną datą kalendarzową. O ile naturalnym jest przyznanie Zamawiającemu prawa do nakreślenia ram czasowych realizacji zamówienia (oraz jego poszczególnych etapów), oczywiście pod warunkiem realności zaproponowanych terminów, o tyle założenia Zamawiającego koncentrować się powinny nie tyle na określeniu, do kiedy dane prace mają być wykonane, ale ile czasu ma wykonawca na ich realizację. Tylko takie określenie ram czasowych na wykonanie poszczególnych etapów realizacyjnych pozwala bowiem na uwzględnienie takich zmiennych jak ostateczna data składania ofert, długość procedury przetargowej oraz data podpisania umowy, co w konsekwencji gwarantuje zachowanie porównywalności ofert w ramach postępowania. W przeciwnym przypadku każdy z wykonawców będzie wyceniał ryzyka związane z szacunkami dotyczącymi tego, kiedy ostatecznie zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego na zupełnie dowolnych, spekulacyjnych i nieporównywalnych poziomach. W tej sytuacji żaden z wykonawców nie będzie de facto w stanie ocenić realności przyjmowanego na siebie zobowiązania w tym zakresie, a w konsekwencji racjonalnie i rzetelnie skalkulować wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że termin całkowitego zakończenia robót dotyczących przedmiotu umowy nie mieści w sobie ewentualnych ryzyk przedłużającej się procedury przetargowej i w związku z tym wymaga spekulacyjnych kalkulacji ryzyk w tym zakresie. W związku z tym, termin ten został oznaczony na nieadekwatnym poziomie, a jego nierealność wzmaga się tym bardziej jeśli wziąć pod uwagę jego sztywne określenie datą kalendarzową (odbiór końcowy do dnia 4 lipca 2023 r., a odbiór techniczny do dnia 20 czerwca 2023 r.). Jednocześnie podkreślenia wymaga, że pomimo, iż realizację całości prac w czasie 540 dni Odwołujący ocenia jako możliwą, o tyle niezbędne jest usunięcie sztywnej daty kalendarzowej przewidzianej na całkowite zakończenie robót również z tego względu, że Zamawiający powiązał ze sztywno określonymi terminami okoliczność naliczenia kar umownych. Okoliczność ta została przewidziana w § 8 ust. 1 wzoru umowy.

Zdaniem Odwołującego, analiza realności czasu zastrzeżonego przez Zamawiającego dla etapu całkowitego zakończenia robót dotyczących przedmiotu umowy wskazuje, że terminy zastrzeżone przez Zamawiającego w tym zakresie są nierealne, nieadekwatne do zakresu prac do wykonania w ramach przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji niemożliwe do dotrzymania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako podmiot wydatkujący publiczne środki, powinien zgromadzić dane pozwalające określić, jaki czas jest niezbędny na realizację zamówienia, który powinien - zgodnie z przepisami prawa - uwzględnić przy planowaniu zamówienia. Czynnikiem, które powinny zostać uwzględnione, są niewątpliwie skala zamówienia, szczegółowe uwarunkowania techniczne i organizacyjne związane z jego realizacją, a także specyfika danych elementów realizacyjnych. Zamawiający narzuca wykonawcom termin wykonania zamówienia w sposób niemożliwy do zachowania, przy tak ustalonych innych terminach, tj. terminie składania ofert, terminie związania ofertą i terminach ogólnych wynikających z Rozdziału 6 SWZ oraz postanowień wzoru umowy, całkowicie oderwanych od standardów rynkowych, co zdaniem Odwołującego narusza wyrażony w art. 353(1) k.c. postulat poszanowania zasad współzycia społecznego, przerzuca bowiem na wykonawców w sposób nieuzasadniony ryzyko ciężaru dochowania terminów, którym realnie nie mogą oni sprostać. Chcąc składać ofertę w przedmiotowym postępowaniu, z góry należałoby przyjąć opóźnienie w wykonaniu robót i konieczność poniesienia z tego tytułu chociażby sankcji finansowych związanych z naliczeniem zdefiniowanych w ramach umowy kar umownych. Wymuszanie takiego działania stoi jednak w jawnej sprzeczności z racjonalnością procesu ofertowania i uczestniczenia w publicznych przetargach.

Opisywany stan faktyczny, zdaniem Odwołującego, stawia wręcz wykonawców w sytuacji niemożliwości świadczenia. Wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku,

gdyby strony umówiły się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Odwołujący podniósł, że ekonomiczną nieracjonalnością byłoby składanie ofert z założeniem „z góry” opóźnień w realizacji etapu projektowania. Ponadto, Odwołujący podniósł, iż również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, fakt narzucenia nierealnych terminów realizacyjnych, niedostosowanych do zakresu i przedmiotu zamówienia, oceniany jest przez pryzmat niemożliwości świadczenia (vide: wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r., sygn. akt KIO 1006/11).

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisów ustawy Pzp, zamawiający są zobowiązani do określania w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach konkretnych terminów zakończenia realizacji umowy bądź poszczególnych jej etapów (art. 436 pkt 1) Pzp). Wprowadzenie przepisu do ustawy było zapewne podyktowane wolą uniknięcia sytuacji, w których prowadzenie postępowania przetargowego konsumuje termin na realizację zamówienia określony konkretną datą. Aktualnie, na podstawie obowiązujących przepisów, Zamawiający nie ma możliwości określenia w umowie planowanego terminu zakończenia robót budowlanych czy ich poszczególnych części w formie innym niż w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Co za tym idzie, Zamawiający nie zastosował się do wprowadzonej w nowej ustawie Pzp zasady oznaczania terminu realizacji zamówienia poprzez zagwarantowanie wykonawcy określonego okresu czasu na realizację, która została wyartykułowana w treści art. 436 pkt 1) Pzp. Uwzględniając motywy przyświecające wprowadzonej regulacji oraz fakt, iż każdy wyjątek od zasady wymaga ścisłego traktowania, określenie daty realizacji zamówienia datą kalendarzową możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, o obiektywnym charakterze. W okolicznościach przedmiotowego przypadku brak jest obiektywnych motywów uzasadniających określenie terminu realizacji zamówienia sztywną datą kalendarzową.

Odwołujący podkreślił, że czynnikiem kluczowym jest dysponowanie przez wykonawcę określonym okresem na wykonanie odpowiednich czynności wchodzących w zakres zamówienia, zwłaszcza przy kontrakcie o takiej skali i wartości jak będący przedmiotem przedmiotowego postępowania. Tylko dysponowanie wiedzą co do konkretnego czasu zagwarantowanego na wykonanie zamówienia z zestawieniem zakresu obowiązków nałożonych na wykonawców, pozwala na realną ocenę możliwości podjęcia się realizacji danego przedsięwzięcia i zabezpieczenia wymaganych nakładów finansowych, sprzętowych i osobowych. Bez takiej informacji, wykonawcy nie mają w istocie żadnej możliwości aby ocenić realność przyjmowanego zobowiązania, nie mówiąc już o racjonalnym i rzetelnym skalkulowaniu należnego wynagrodzenia.

Zasadność określenia daty realizacji przedmiotowego zamówienia poprzez odniesienie się do jednostek referujących do dni, tygodni bądź lat jest tym bardziej celowe, że przez wzgląd na poziom skomplikowania przedmiotowego zamówienia i zakres

dokumentacji przetargowej, w tym zakres i sposób weryfikacji kompetencji technicznych i zawodowych, wysoce prawdopodobnym jest kwestionowanie przez znaczną część uczestników rynku czynności zamawiającego związanych tak z ukształtowaniem treści SWZ, jak również z decyzjami na etapie badania i oceny złożonych ofert. Spowoduje to zapewne znaczne wydłużenie procedury przetargowej, determinujące, że pozostały czas na realizację zamówienia będzie czasem absolutnie niemożliwym, generującym wystąpienie sytuacji świadczenia niemożliwego.

Wszystkie powyższe okoliczności, świadczą zdaniem Odwołującego o zasadności korekty terminu na całkowite zakończenie robót dotyczących przedmiotu umowy, poprzez usunięcie oznaczonych na sztywno dat zakończenia realizacji. Postulowana modyfikacja, urealnijająca założenia realizacyjne, nie może w konsekwencji wygenerować żadnej szkody po stronie Zamawiającego, co oznacza, iż brak racjonalnych podstaw do utrzymywania tak zdefiniowanego terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ, poprzez usunięcie konkretnych dat kalendarzowych wyszczególnionych w Rozdziale 6 SWZ oraz S 5 wzoru umowy, w ten sposób, że postanowienia te uzyskają następujące brzmienie:

1) W Rozdziale 6 SWZ•.

„6. Termin i miejsce wykonania Zamówienia

6.1. Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 540 dni od daty podpisania umowy, Nie ~~później niż do dnia 04.07.2023.~~”

2) W § 5 wzoru umowy:

„6. Odbiór techniczny Robót zostanie dokonany w terminie 526 dni od podpisania umowy, Nie

~~później niż do 20.06.2023 r. (...)~~

7. Odbiór końcowy Robót zostanie dokonany w terminie 540 dni od podpisania umowy, Nie ~~później niż do 04.07.2023 r. (...)~~”.

Zarzut nr 2 - dotyczący zastrzeżenia bezusterkowego odbioru w treści wzoru umowy.

Zamawiający opisał zasady odbioru robót w trakcie realizacji zamówienia i konsekwencje z nich wynikające, przedstawiając stosowne postanowienia w załączniku nr 9 do SWZ – wzór umowy oraz w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. W ramach ww. dokumentów wskazane zostało w szczególności, że:

Umowa:

1) § 5 pkt 2 Umowy:

„Z chwilą protokolarnego przejęcia terenu budowy na Wykonawcę przechodzą wszelkie ryzyka związane ze szkodami na tym terenie do czasu podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego”

2) § 5 pkt 6 Umowy:

*„Odbiór techniczny Robót zostanie dokonany w terminie 526 dni od podpisania umowy, nie później niż do 20.06.2023 r. Za faktyczny termin dokonania odbioru technicznego Robót uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru technicznego.”*

3) § 5 pkt 7 Umowy:

*„Odbiór końcowy Robót zostanie dokonany w terminie 540 dni od podpisania umowy, nie później niż do 04.07.2023 r. Za faktyczny termin wykonania odbioru końcowego Robót uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego.”*

4) § 5 pkt 8 Umowy:

*„Za datę wykonania Przedmiotu Umowy uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego Robót. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu Umowy w tym terminie.”*

6 [Odbiory]

5) § 6 ust. 3 pkt 4 Umowy:

*„przedłożeniu Zamawiającemu dokumentów podpisanych przez wszystkich właścicieli, użytkowników wieczystych lub zarządzających terenem, potwierdzających doprowadzenie terenu, na którym były prowadzone prace do należytego stanu i jego odbiór bez zastrzeżeń (z zastrzeżeniem szczegółów odbioru terenu opisanych w OPZ) oraz dokumentów gwarancyjnych producentów lub sprzedawców na materiały wykorzystane przy wykonywaniu Przedmiotu Umowy,”*

6) § 6 pkt 9 Umowy:

*„Z dniem podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego na Zamawiającego przechodzi ryzyko utraty lub uszkodzenia obiektu.”*

7) § 7 pkt 2 Umowy:

*„Wynagrodzenie płatne będzie w częściach, z zastrzeżeniem, że:*

*2) 10 % wynagrodzenia płatne będzie po podpisaniu bezusterkowego protokołu odbioru technicznego na podstawie prawidłowo wystawionej faktury z tym, że wartość może zostać podzielona w przypadku wykonania kilku odbiorów technicznych;”*

8) § 7 Umowy:

*„Wynagrodzenie płatne będzie w terminie 30 od dnia doręczenia, na adres wskazany w ust. 12.2 lub ust. 13, albo od dnia przesłania na platformę o elektronicznym fakturowaniu, prawidłowo wystawionej faktury wraz z oryginałem lub kopią podpisanego przez Strony protokołu odbioru. Podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie podpisany bez zastrzeżeń przez Strony protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 6.6. Podstawą do wystawienia faktury za odbiór techniczny będzie sporządzony i podpisany bez zastrzeżeń przez Strony protokół odbioru technicznego (dla całości robót lub dla odcinka), o którym mowa w 5 6.2. Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie sporządzony i podpisany bez zastrzeżeń przez Strony protokół odbioru końcowego, o którym mowa w 5 6.5*



*Wykonawca wstawi fakturę w terminie 7 dni od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru.*

9) § 10 ust 1 pkt 1), 2) i 3) Umowy:

1) *„roboty budowlano-montażowe na okres 36 miesięcy, liczony od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego;*

2) *prace nawierzchniowe — prace odtworzeniowe w zakresie renowacji jezdni, chodników, placów, parkingów itp. na okres 36 miesięcy, liczony od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego, chyba że z decyzji zarządcy drogi wynika dłuższy termin gwarancji, a na prace odtworzeniowe w zakresie renowacji pozostałych terenów na okres jednego roku od dnia odbioru końcowego, chyba że z decyzji zarządcy terenu wynika dłuższy termin gwarancji;*

3) *na materiały i urządzenia użyte do wykonania Przedmiotu Umowy na okres odpowiadający okresowi, w którym w terminie 36 miesięcy od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy nie obowiązuje już gwarancja producenta materiałów i urządzeń.*

10) § 10 ust 4 Umowy:

*„Niezależnie od gwarancji jakości Strony ustalają, iż rękojmia na wady fizyczne Przedmiotu Umowy obowiązuje przez okres 36 miesięcy licząc od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego Robót, za wyjątkiem wad nieruchomości, d/a których termin rękojmi wynosi 5 lat.*”

11) § 10 pkt 5 Umowy:

*„Bieg okresu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego, z zastrzeżeniem ust. 1 i za wyjątkiem okresu rękojmi za wady prawne, którego bieg rozpoczyna się stosownie do treści art. 576 k.c.*”

Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych cz. ogólna, Rozdział VIII, pkt 3, tiret piąte [Odbiór częściowy]

*- Bezusterkowe protokoły odbioru robót zanikowych i ulegających zakryciu.*

Z powyższych postanowień zdaniem Odwołującego wynika, iż wystąpienie wszelkich usterek czy wad, zarówno o charakterze istotnym, jak i nieistotnym, może być podstawą do odmowy odbioru technicznego, jak i końcowego. Co więcej, Zamawiający przewiduje płatność części wynagrodzenia dopiero po podpisaniu bezusterkowego protokołu odbioru technicznego, podobnie podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie podpisany bez zastrzeżeń protokół odbioru częściowego. Zamawiający zastrzegł sobie też prawo do ustalenia terminu gwarancji liczonego od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego, a więc dopiero po usunięciu ewentualnie stwierdzonych wad i/lub usterek.

Wszystkie powyższe okoliczności wskazują, że Zamawiający wprowadził za pośrednictwem tych postanowień odbiór bezusterkowy.

Odnosząc się do procedury odbiorów częściowych czy technicznych, Odwołujący wskazał, iż tożsame regulacje dotyczą zarówno odbiorów końcowych, jak i odbiorów częściowych / technicznych. Zasadność „usterkowego” odbioru częściowego / technicznego jest zresztą tym większa, że wielu komentatorów wskazuje, iż odbiór częściowy powinien być wręcz traktowany nieco bardziej liberalnie i nie wszystkie wady, które umożliwiałyby odmowę dokonania odbioru końcowego, stanowiłyby uzasadnienie dla odmowy dokonania odbioru częściowego (należy tu wziąć bowiem pod uwagę fazę realizacji, w której znajdują się roboty i możliwość pewnej korekty na dalszym etapie prac). Niektórzy idą nawet dalej wskazując, że odbiór częściowy wypełnia raczej rolę „finansowego” kwitowania prac, niż oceny ich jakości, która przeprowadzana jest zasadniczo w ramach odbioru końcowego (tak: Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. ucz. UW dr hab. Konrad Osajda; jak również Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski). Tymczasem Zamawiający w treści postanowień projektowanej umowy nie dopuszcza wystąpienia ani wad istotnych, ani nieistotnych (usterek), niezależnie o którym etapie prac mowa, tj. czy o etapie odbioru częściowego / technicznego, czy też końcowego.

Odnosząc się do procedury odbiorów końcowych, Odwołujący wskazał, że Zamawiający uzależnia datę zakończenia robót budowlanych i odbioru końcowego od usunięcia wszystkich wad, a więc zarówno wad istotnych, jak i tych nieznaczających usterek, co determinuje, iż protokół taki z punktu widzenia kontraktowego traci swój walor. Co za tym idzie, pozostałe postanowienia znajdujące się w treści Umowy zrównują *de facto* zaistniałą sytuację z sytuacją odbioru bezusterkowego, jednoznacznie sankcjonowanego i wyłączanego w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe generuje sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo potencjalnego istnienia choćby nieznacznych jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę, może zostać on pozbawiony należnego wynagrodzenia, finansując *de facto* dany projekt w całości lub niemal w całości z własnych środków. Uprawnienie do wypłaty należnego wynagrodzenia jest w umowie związane z podpisaniem protokołu odbioru bez wad, a konkretnie bez zastrzeżeń (a więc z usunięciem wszelkich wad tak istotnych jak i nieistotnych). Czyni to w konsekwencji projektowane przez Zamawiającego postanowienia dotyczące czynności odbiorowych i wynikających z nich konsekwencji z jednej strony nieprawidłowymi, z drugiej zaś niespójnymi i nieczytelnymi, co już samo w sobie stanowi uchybienie przepisów ustawy Pzp.

Poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciążącego na nim, bezwzględnego obowiązku wynikającego z treści art. 647 k.c. Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca.

Stąd też, jakakolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, i to zarówno przy odbiorach końcowych jak i częściowych, jest jednoznacznie sankcjonowana, zwłaszcza, że doświadczenie realizacyjne pokazuje, że na etapie odbioru robót może dochodzić do sporów co do kwestii istnienia wad, a inwestorzy wykorzystują tego typu abuzywne postanowienia np. w celu nieuzasadnionego blokowania wypłaty wynagrodzenia dla wykonawcy, próbując wymusić usunięcie rzekomych wad stwierdzonych podczas odbiorów, które realnie mają charakter nieznaczających uchybień.

W orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane, o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty, lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. W konsekwencji niedopuszczalnym jest wprowadzanie tzw. bezusterkowego odbioru robót, co potwierdza jednolicie zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych (wyrok SN z 14.02.2007 r.; sygn. akt 11 CNP 70/06; wyrok SA w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13; wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13; wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. 1 ACa 1046/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19).

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SWZ, poprzez nadanie postanowieniom przykładowo następującego brzmienia:

1) § 5 pkt 2 Umowy:

*„Z chwilą protokolarnego przejścia terenu budowy na Wykonawcę przechodzą wszelkie ryzyka związane ze szkodami na tym terenie do czasu podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego”*

2) § 5 pkt 6 Umowy:

*„Odbiór techniczny Robót zostanie dokonany w terminie 526 dni od podpisania umowy, nie później niż do 20.06.2023 r. Za faktyczny termin dokonania odbioru technicznego Robót uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru technicznego wraz z listą nieistotnych wad lub drobnych prac zaległych i uzgodnionym terminem ich usunięcia”.*

3) § 5 pkt 7 Umowy:

*„Odbiór końcowy Robót zostanie dokonany w terminie 540 dni od podpisania umowy, nie później niż do 04.07.2023 r. Za faktyczny termin wykonania odbioru końcowego Robót uznaje się dzień podpisania przez Strony ~~bez zastrzeżeń~~ protokołu odbioru końcowego wraz z listą nieistotnych wad lub drobnych prac zaległych i uzgodnionym terminem ich usunięcia.”*

4) § 5 pkt 8 Umowy:

*„Za datę wykonania Przedmiotu Umowy uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego Robót. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu Umowy w tym terminie”.*

5) § 6 ust. 3 pkt 4 Umowy:

*„przedłożeniu Zamawiającemu dokumentów podpisanych przez wszystkich właścicieli, użytkowników wieczystych lub zarządzających terenem, potwierdzających doprowadzenie terenu, na którym były prowadzone prace do należytego stanu i jego odbiór bez zastrzeżeń (z zastrzeżeniem szczegółów odbioru terenu opisanych w OPZ) oraz dokumentów gwarancyjnych producentów lub sprzedawców na materiały wykorzystane przy wykonywaniu Przedmiotu Umowy.”*

6) § 6 pkt 9 Umowy:

*„Z dniem podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego wraz z listą nieistotnych wad lub drobnych prac zaległych i uzgodnionym terminem ich usunięcia na Zamawiającego przechodzi ryzyko utraty lub uszkodzenia obiektu.”*

7) § 7 pkt 2 Umowy:

*„Wynagrodzenie płatne będzie w częściach, z zastrzeżeniem, że:*

*2) 10 % wynagrodzenia płatne będzie po podpisaniu bez zastrzeżeń protokołu odbioru technicznego bez wad istotnych, limitujących bezpieczną eksploatację Przedmiotu Umowy, na podstawie prawidłowo wystawionej faktury z tym, że wartość może zostać podzielona w przypadku wykonania kilku odbiorów technicznych.”*

8) § 7 pkt 4 Umowy:

*„Wynagrodzenie płatne będzie w terminie 30 od dnia doręczenia, na adres wskazany w ust. 12.2 lub ust. 13, albo od dnia przesłania na platformę o elektronicznym fakturowaniu, prawidłowo wystawionej faktury wraz z oryginałem lub kopią podpisanego przez Strony protokołu odbioru. Podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie podpisany bez zastrzeżeń przez Strony protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 6.6. wraz z listą nieistotnych wad lub drobnych prac zaległych i uzgodnionym terminem ich usunięcia. Podstawą do wstawienia faktury za odbiór techniczny będzie sporządzony i podpisany bez zastrzeżeń przez Strony protokół odbioru technicznego (dla całości robót lub dla odcinka), o którym mowa w 5 6.2. wraz z listą nieistotnych wad lub drobnych prac zaległych i uzgodnionym terminem ich usunięcia Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie sporządzony i podpisany ~~bez zastrzeżeń~~ przez Strony protokół odbioru końcowego, o którym mowa w § 6.5\_ wraz z listą nieistotnych wad lub drobnych prac zaległych i uzgodnionym terminem ich usunięcia Wykonawca wstawi fakturę w terminie 7 dni od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru.*

9) § 10 ust 1 pkt 1), 2) i 3) Umowy:

- 1) „roboty budowlano-montażowe na okres 36 miesięcy, liczony od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego;
- 2) prace nawierzchniowe — prace odtworzeniowe w zakresie renowacji jezdni, chodników, placów, parkingów itp. na okres 36 miesięcy, liczony od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego, chyba że z decyzji zarządcy drogi wynika dłuższy termin gwarancji, a na prace odtworzeniowe w zakresie renowacji pozostałych terenów na okres jednego roku od dnia odbioru końcowego, chyba że z decyzji zarządcy terenu wynika dłuższy termin gwarancji;
- 3) na materiały i urządzenia użyte do wykonania Przedmiotu Umowy na okres odpowiadający okresowi, w którym w terminie 36 miesięcy od dnia podpisania ~~bez zastrzeżeń~~ protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy nie obowiązuje już gwarancja producenta materiałów i urządzeń.”

10) § 10 ust 4 Umowy:

„Niezależnie od gwarancji jakości Strony ustalają, że rękojmią na wady fizyczne Przedmiotu Umowy obowiązuje przez okres 36 miesięcy licząc od dnia podpisania ~~bez zastrzeżeń~~ protokołu odbioru końcowego Robót, za wyjątkiem wad nieruchomości, dla których termin rękojmi wynosi 5 lat.”

11) § 10 pkt 5 Umowy:

„Bieg okresu gwarancji i rękojmi rozpoczyna się od dnia podpisania ~~bez zastrzeżeń~~ protokołu odbioru końcowego, z zastrzeżeniem ust. 1 i za wyjątkiem okresu rękojmi za wady prawne, którego bieg rozpoczyna się stosownie do treści art. 576 k.c.”

Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych cz. ogólna, Rozdział VIII, pkt 3, tiret piąte Odbiór częściowy

- Bezusterkowe protokoły odbioru robót zanikowych i ulegających zakryciu.

Odwołujący rozwinął przedstawioną w odwołaniu argumentację w piśmie przygotowawczym z dnia 12 listopada 2021 r. Podtrzymał wniosek o korektę terminu całkowitego zakończenia robót dotyczących przedmiotu umowy, poprzez usunięcie oznaczonych na sztywno dat zakończenia realizacji. Jednocześnie, Odwołujący zmodyfikował wniosek zawarty w treści odwołania - o dodatkowy, polegający na dodatkowej modyfikacji SWZ, poprzez usunięcie konkretnych dat kalendarzowych zakończenia, wyszczególnionych w treści Załącznika nr 1 do Umowy, tj. Harmonogramu Terminowo-Rzeczowo-Finansowego.

Pismem z dnia 12 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

[ad. zarzut nr 1]

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniem rozdz. 6.1 SWZ, określił termin wykonania zamówienia w następujący sposób:

*6.1. Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 540 dni od daty podpisania umowy, nie później niż do dnia 04.07.2023 r.*

Zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 6 i 7 załącznika nr 9 do SWZ – wzór Umowy:

*6. Odbiór techniczny Robót zostanie dokonany w terminie 526 dni od podpisania umowy, nie później niż do 20.06.2023 r. Za faktyczny termin dokonania odbioru technicznego Robót uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru technicznego.*

*7. Odbiór końcowy Robót zostanie dokonany w terminie 540 dni od podpisania umowy, nie później niż do 04.07.2023 r. Za faktyczny termin wykonania odbioru końcowego Robót uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego.*

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp, umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: *planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.*

Wymóg określenia terminu wykonania robót i terminów pośrednich w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach nie ma charakteru bezwzględny i o ile Zamawiający wykaże, iż wskazanie daty wykonania umowy uzasadnione jest obiektywną przyczyną, regulacja ta spełnia wymogi ustawowe.

W niniejszym postępowaniu, wspomnianą, obiektywną przyczyną jest fakt, że wykonanie zamówienia jest w istotnej części współfinansowane ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 (wartość dofinansowania dla całego projektu wynosi 30.309.191,31 zł).

Zamawiający zawarł w tym celu w dniu 20.04.2020 r. umowę o dofinansowanie z Instytutem Nafty i Gazu, w której termin kwalifikowalności wydatków określono pierwotnie na dzień 31 maja 2023 r. (§ 7 ust. 2), który to termin, na podstawie przepisu art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r, o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. poz. 694), został wydłużony o 90 dni, tj. do dnia 29 sierpnia 2023 r. Jak stanowi § 7 ust. 3 wspomnianej umowy o dofinansowanie, Zamawiający zobowiązany jest zakończyć realizację zakresu rzeczowego zamówienia oraz rozpocząć tzw. „fazę operacyjną” w okresie kwalifikowalności wydatków i w terminie 30 dni od dnia zakończenia tego okresu, złożyć wniosek o płatność. Z powyższego wynika, że aby móc sfinansować zamówienie ze środków unijnych, do dnia 29

sierpnia 2023 r. Zamawiający musi wypłacić wynagrodzenie wynikające ze wszystkich faktur wystawionych w związku z realizacją zamówienia oraz złożyć wnioski o płatność do Instytutu Nafty i Gazu. Wskazanie daty odbioru końcowego na dzień 4.07.2023 r., mając na uwadze dalsze postanowienia Załącznika nr 9 do SWZ - Wzoru Umowy związane z płatnościami, umożliwi przeprowadzenie procedury złożenia faktur przez przyszłego Wykonawcę, opłacenie ich przez Zamawiającego oraz przygotowanie wniosku o płatność do Instytutu Nafty i Gazu.

Powyższa okoliczność stanowi więc obiektywną i uzasadnioną przyczynę, dla której Zamawiający uregulował terminy odbiorów technicznego i końcowego, jak w SWZ – w ten sposób umożliwił sobie w istotnej części sfinansowanie zamówienia i wywiązanie się z zawartej umowy o dofinansowanie. Zamawiający zauważył, że taka okoliczność została uznana za obiektywną i uzasadnioną przyczynę określenia terminu wykonania umowy datą dzienną przez samego ustawodawcę w uzasadnieniu projektu ustawy Pzp (por. Druk nr 3624 Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych). Podobne stanowisko zajmuje doktryna (J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 436; H. Nowak i M. Winiarz (red.) Prawo zamówień Publicznych. Komentarz. UZP. Warszawa, 2021, s. 1157).

Zamawiający podniósł, że niezależnie od powyższego, sposób opisanie przedmiotu zamówienia w pozostałym zakresie, mimo skorzystania przez Zamawiającego z tej możliwości, nie uniemożliwia wykonawcy ani identyfikacji przedmiotu zamówienia, ani należytego skalkulowania swojej oferty. Zamawiający opublikował komplet informacji obrazujących skalę i rozmiary zamówienia, a ustalone przez niego terminy końcowe są na tyle odległe, aby wykonawcy zdołali w sposób należyty je wykonać, uwzględniając w swojej ofercie ryzyko związane z koniecznością obiektywnie nieznacznego w skali całego tego okresu „przyśpieszenia” realizacji zamówienia. Postanowienia te nie ograniczają też konkurencji, bowiem tak określony termin wykonania zamówienia dotyczy wszystkich wykonawców, którzy składać będą ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

[ad. zarzut nr 2]

Zdaniem Zamawiającego, zarzut jest nietrafny i oparty na wybiórczej wykładni postanowień Załącznika nr 9 do SWZ – wzoru umowy, a jego argumentacja całkowicie pomija specyfikę zamawianych robót polegających na budowie gazociągu.

Zamawiający wskazał, że postanowienia umowy licują z przepisem art. 647 k.c. w zakresie, w jakim przepis ten zobowiązuje co do zasady inwestora do dokonania obioru robót. Jak bowiem uregulowano w § 4 pkt 4 Załącznika nr 9 do SWZ – wzór Umowy, Zamawiający zobowiązany jest do protokolarnego odbioru prac i Robót z udziałem przedstawicieli Wykonawcy (§ 5 ust. 6 i 7, § 7 ust. 4 załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy).

Procedurę odbioru reguluje § 6 załącznika nr 9 do SWZ. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, Zamawiający uregulował sytuację w której może odmówić dokonania odbioru i bynajmniej nie jest w tym zakresie niczym nieskrępowany, co zdaje się zarzucać Odwołujący. Zgodnie bowiem z § 6 ust. 10-12 załącznika nr 9 do SWZ – wzór Umowy:

10. *Zamawiający odmówi odbioru, jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że obiekt nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niezakończenia Robót lub jego wadliwego wykonania, co uniemożliwia użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem.*

11. *Zamawiający może podjąć decyzję o przerwaniu czynności odbiorowych, jeżeli w czasie tych czynności ujawnione zostaną wady, które uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem – aż do czasu usunięcia tych wad przez Wykonawcę.*

12. *Jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, Zamawiający ma zagwarantowaną możliwość obniżenia wynagrodzenia odpowiednio do utraconej wartości użytkowej lub żądania wykonania przedmiotu objętego wadą po raz drugi, zachowując przy tym prawo domagania się od Wykonawcy odszkodowania lub kary umownej wynikających z opóźnienia Robót.*

Możliwość dokonania odbioru prac i Robót pomimo wystąpienia wad reguluje też wprost postanowienie § 6 ust. 10 załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy, zgodnie z którym:

10. *O wadach, które ujawnią się w okresie gwarancji i rękojmi, Zamawiający zobowiązany jest zawiadomić Wykonawcę w formie pisemnej w terminie 30 dni od ich ujawnienia. Wady ujawnione w trakcie procedury odbioru, jeżeli zgodnie z Umową nie stanowią podstawy do odmowy dokonania odbioru, będą również usuwane w ramach udzielonej gwarancji. Zawiadomienie o wadzie może być dokonane w każdej formie i jest zawsze skuteczne, jeżeli zostanie dokonane na piśmie i dostarczone na adres [\*\*\*] lub zostanie wysłane drogą mailową na adres [\*\*\*]. W przypadku zgłoszenia dokonanego na piśmie na adres pocztowy wystarczające jest nadanie listu poleconego w jakiegokolwiek placówce operatora usług pocztowych. Data doręczenia takiego listu jest datą dokonania zgłoszenia wady w rozumieniu Umowy.*

W ocenie Zamawiającego, powyższe postanowienia nie pozwalają na zidentyfikowanie zarzucanych naruszeń, ustanawiając, zgodnie z przepisami prawa cywilnego, zasady dokonywania odbiorów prac i Robót, zapewniając równowagę stron umowy i zgodność z naturą stosunku jakim jest umowa o roboty budowlane. Ocena okoliczności uniemożliwiania użytkowania obiektu zgodnie z przeznaczeniem oceniana będzie przez pryzmat charakteru zamawianych robót, jakimi będzie w znacznej mierze budowa gazociągu, a więc obiektu potencjalnie niebezpiecznego, znajdującego się pod ziemią, jednak specyfika tego rodzaju prac powinna być znana wykonawcy jako profesjonalistcie.



**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego stosownie do art. 132 i nast. Pzp w zw. z art. 376 i 378 Pzp.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest budowa, dokonanie niezbędnych sprawdzeń i rozruchów oraz oddanie do użytkowania gazociągu wysokiego ciśnienia DN 300 i DN 250 stal o długości około 43 km na odcinku stacja nadawcza tłoka w Kłodawie (dz. 27/39) – stacja odbiorcza tłoka w Mościczkach (dz. 166/3, 166/4) zaprojektowanych w ramach Etapu II Projektu „Budowa gazociągu relacji Witnica – Gorzów Wlkp. i sieci gazowej w Kostrzynie nad Odrą”.

Przedmiotowe zamówienie jest realizowane w ramach zadania pod nazwą „Budowa gazociągu relacji Witnica – Gorzów Wlkp. i sieci gazowej w Kostrzynie nad Odrą”, które jest współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020, działanie 7.1 Rozwój inteligentnych systemów magazynowania, przesyłu i dystrybucji energii. Projekt - „Budowa gazociągu relacji Witnica – Gorzów Wlkp. i sieci gazowej w Kostrzynie nad Odrą” nr POIS.07.01.00-00-0013/16. Umowa o dofinansowanie nr POIS.07.01.00-00-0013/16-00 z dnia 23 kwietnia 2020 roku.

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, obowiązki wykonawcy, wymagania materiałowe i dla armatury oraz inne warunki i zasady realizacji zamówienia stanowiące uszczegółowienie pkt 4 zawiera Załącznik nr 9 do SWZ – wzór umowy oraz Załącznik nr 2 do umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ).

Zamawiający zdefiniował w SWZ podstawowe pojęcia, w tym m.in.:

*Odbiór końcowy – stwierdzenie przez komisję odbiorową, w skład której wchodzi: przedstawiciel Inwestora, przedstawiciel Wykonawcy, kierownik budowy, inspektor nadzoru inwestorskiego oraz przedstawiciel przyszłego użytkownika, że wybudowany obiekt sieci gazowej jest sprawny technicznie, rozruch próbny jest zakończony, a dokumentacja odbiorowa jest kompletna.*

*Odbiór techniczny – ocena zgodności wybudowanego obiektu sieci gazowej z dokumentacją projektową oraz sprawdzenie poprawności i kompletności dokumentacji powykonawczej, dokonywana przez komisję odbiorową, w skład której wchodzi: przedstawiciel Inwestora, przedstawiciel Wykonawcy, kierownik budowy, inspektor nadzoru inwestorskiego oraz przedstawiciel przyszłego użytkownika, umożliwiającą rozruch próbny obiektu.*

W rozdziale 6 SWZ Zamawiający określił termin realizacji zamówienia: „6. Termin i miejsce wykonania Zamówienia 6.1. Termin wykonania przedmiotu zamówienia: 540 dni od daty podpisania umowy, nie później niż do dnia 04.07.2023.”

Zgodnie z § 5 wzoru umowy, „Odbiór techniczny Robót zostanie dokonany w terminie 526 dni od podpisania umowy, nie później niż do 20.06.2023 r. (...) Odbiór końcowy Robót zostanie dokonany w terminie 540 dni od podpisania umowy, ale nie później niż do 04.07.2023 r. (...)”.

Zgodnie z § 1 ust. 3 wzoru umowy, terminy określone w harmonogramie terminowo-rzeczowo-finansowym mogą ulec zmianie po uzgodnieniu przez strony i takie zmiany nie będą stanowiły zmiany umowy.

W ustalonym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 387 ust. 1 KC w zw. z art. 8 Pzp, przez oznaczenie terminu realizacji zamówienia w odniesieniu do całkowitego zakończenia robót dotyczących przedmiotu umowy z zastosowaniem konstrukcji sztywnej daty kalendarzowej, pomimo iż brak obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, co w konsekwencji oznacza ustalenie terminu zakończenia robót w sposób odbiegający od realnych możliwości realizacji, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, a co za tym idzie - wyznaczenie go w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i niemożliwy do spełnienia

przez wykonawców funkcjonujących na rynku, a także w sposób prowadzący do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i zasad współżycia społecznego.

Zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp, umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

W ocenie Izby, okoliczności ustalone w postępowaniu uprawniały Zamawiającego do ustanowienia terminu odbioru końcowego i terminu odbioru technicznego w sposób określony datą kalendarzową, tj. w sposób dopuszczalny na gruncie uregulowanego w przepisie art. 436 pkt 1 Pzp wyjątku, jako uzasadnione obiektywną przyczyną.

Zgodnie z przytoczoną powyżej normą, wymóg określenia terminu wykonania robót i terminów pośrednich w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach nie ma charakteru bezwzględny. Przepis ten dopuszcza wyjątek od tej zasady w sytuacji, gdy Zamawiający wykaże, że wskazanie daty wykonania umowy uzasadnione jest obiektywną przyczyną. Wystąpienie zatem okoliczności, które w sposób obiektywny uzasadniają wskazanie terminu wykonania umowy datą kalendarzową, spełnia wymogi ustawowe wyjątku uregulowanego w art. 436 pkt 1 Pzp.

Jak wynika z treści SWZ, wyjaśnień Zamawiającego oraz złożonego do akt sprawy dokumentu umowy o dofinansowanie, w niniejszym postępowaniu obiektywną przyczyną uzasadniającą określenie terminu wykonania umowy datą kalendarzową jest okoliczność, że wykonanie zamówienia jest w istotnej części współfinansowane ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 (wartość dofinansowania dla całego projektu wynosi 30.309.191,31 zł), w związku z czym Zamawiający zawarł w dniu 20.04.2020 r. umowę o dofinansowanie z Instytutem Nafty i Gazu, w której termin kwalifikowalności wydatków określono na dzień 31 maja 2023 r. (§ 7 ust. 2), który to termin, na podstawie przepisu art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 w 2020 r. (Dz. U. poz. 694), został wydłużony o 90 dni, tj. do dnia 29 sierpnia 2023 r. Z postanowienia § 7 ust. 3 powyższej umowy o dofinansowanie, Zamawiający zobowiązany jest zakończyć realizację zakresu rzeczowego zamówienia oraz rozpocząć tzw. „fazę operacyjną” w okresie kwalifikowalności wydatków i w terminie 30 dni od dnia zakończenia tego okresu, złożyć wnioski o płatność.

Z powyższego wynika, że sfinansowanie zamówienia ze środków unijnych wymaga, aby do dnia 29 sierpnia 2023 r. Zamawiający wypłacił wynagrodzenie w związku z realizacją zamówienia oraz złożyć wnioski o płatność do Instytutu Nafty i Gazu. Wskazanie daty

odbioru końcowego na dzień 4 lipca 2023 r. ma na celu umożliwienie właściwego przeprowadzenia procedury, w tym przygotowania wniosku o płatność.

Powyższa okoliczność stanowi obiektywną przyczynę, którą Zamawiający uwzględnił przy uregulowaniu w SWZ terminów odbioru technicznego i końcowego, poprzez wskazanie konkretnych dat kalendarzowych. Regulacja ta umożliwia sfinansowanie przedmiotu zamówienia (w istotnej części) ze środków unijnych, zapewniając wywiązanie się przez Zamawiającego z zawartej umowy o dofinansowanie, tj. zadośćuczynienie zobowiązaniom Zamawiającego wynikającym z powyższej umowy.

Okoliczność wynikająca z zobowiązania Zamawiającego wynikającego z zawartej umowy o dofinansowanie przedmiotu zamówienia została wprost wskazana przez ustawodawcę w uzasadnieniu projektu ustawy Prawo zamówień publicznych odnośnie art. 436 Pzp (por. Druk nr 3624 Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>), jako przykład obiektywnej przyczyny uzasadniającej określenie terminu wykonania umowy datą kalendarzową. Stanowisko powyższe zostało potwierdzone także w doktrynie (por. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 436; H. Nowak i M. Winiarz (red.) Prawo zamówień Publicznych. Komentarz. UZP. Warszawa, 2021).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego dotyczących szczegółowych terminów określonych w harmonogramie terminowo-rzeczowo-finansowym, Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z § 1 ust. 3 wzoru umowy, terminy określone w ww. harmonogramie mogą ulec zmianie po uzgodnieniu przez strony, które to zmiany nie będą stanowiły zmiany umowy. Zamawiający postanowił, że *„Integralną część Umowy stanowi Harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy (Harmonogram TRF), stanowiący Załącznik Nr 1. Harmonogram TRF w toku realizacji Przedmiotu Umowy będzie mógł zostać zmieniony w zakresie dat zakończenia odbiorów częściowych, bez możliwości zmiany terminów podpisania Protokołu Odbioru Technicznego i Protokołu Odbioru końcowego, na uzasadniony, pisemny wniosek Wykonawcy i za pisemną, pod rygorem nieważności, zgodą Zamawiającego. Zmiana, o której mowa w zdaniu drugim, co nie stanowi zmiany Umowy.”* Powyższe postanowienie umożliwia wykonawcy w uzgodnieniu z Zamawiającym elastyczne reagowanie na okoliczności powodujące przesunięcie terminów określonych w ww. harmonogramie.

Ponadto, Zamawiający przewidział we wzorze umowy (§ 8 wzoru umowy) kary umowne, w tym za niedotrzymanie terminu wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę, jako kary za zwłokę, tj. kary za zawinione działanie wykonawcy. Wszelkie zatem okoliczności, które wpłyną na przesunięcie terminu wykonania umowy, niezawinione przez wykonawcę, nie będą skutkowały negatywnie dla wykonawcy.

Reasumując, oznaczenie terminu realizacji zamówienia z zastosowaniem konstrukcji daty kalendarzowej w przedmiotowym postępowaniu jest zgodne z art. 436 pkt 1 Pzp z uwagi na obiektywną przyczynę, którą Zamawiający wykazał w sposób jednoznaczny i którą miał obowiązek uwzględnić formułując SWZ.

Ustalenie powyższego terminu zakończenia robót nie utrudnia uczciwej konkurencji, a tym samym nie narusza art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp, zgodnie z którym, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert oraz w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Ponadto, oznaczenie terminu realizacji zamówienia datą kalendarzową w przedmiotowym postępowaniu nie uniemożliwia realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami SWZ, biorąc pod uwagę całokształt regulacji zawartych we wzorze umowy, które przeczą twierdzeniom Odwołującego o zachwianiu równowagi stron przyszłego stosunku zobowiązaniowego pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym oraz naruszeniu zasad współżycia społecznego. Odwołujący, przedstawiając hipotetyczne przesunięcia poszczególnych terminów harmonogramu terminowo-rzeczowo-finansowego, w tym w wyniku m.in. ryzyka przedłużającej się procedury przetargowej, nie wykazał, że termin końcowy realizacji zamówienia określony datą kalendarzową w przedmiotowym postępowaniu jest niemożliwy do spełnienia przez wykonawców funkcjonujących na rynku, a w szczególności, że niemożliwe jest zniwelowanie ewentualnych przesunięć na poszczególnych etapach inwestycji w czasie całkowitej realizacji zamówienia, tj. do dnia 4 lipca 2023 r.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 16 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647, art. 654, art. 5 i art. 353<sup>1</sup> k.c., przez przyznanie Zamawiającemu w ramach wzoru umowy i STWiORB prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego i odbioru technicznego w przypadku zaistnienia zastrzeżeń zgłoszonych do protokołu odpowiednio odbioru końcowego i technicznego, a więc do czasu usunięcia wszelkich usterek, nawet jeśli usterki mają charakter nieistotny, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, będąc jednocześnie postanowieniami niekorzystnymi dla wykonawców, naruszającymi bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącymi do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

Zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy, „Zamawiający zobowiązany będzie do protokolarnego odbioru prac i Robót z udziałem przedstawicieli Wykonawcy”.

Zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 6 i 7 załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy:

6. Odbiór techniczny Robót zostanie dokonany w terminie 526 dni od podpisania umowy, nie później niż do 20.06.2023 r. Za faktyczny termin dokonania odbioru technicznego Robót uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru technicznego.

7. Odbiór końcowy Robót zostanie dokonany w terminie 540 dni od podpisania umowy, nie później niż do 04.07.2023 r. Za faktyczny termin wykonania odbioru końcowego Robót uznaje się dzień podpisania przez Strony bez zastrzeżeń protokołu odbioru końcowego.

Jak stanowi § 7 ust. 4 załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy: „Wynagrodzenie płatne będzie w terminie 30 od dnia doręczenia, na adres wskazany w ust. 12.2 lub ust. 13, albo od dnia przesłania na platformę o elektronicznym fakturowaniu, prawidłowo wystawionej faktury wraz z oryginałem lub kopią podpisanego przez Strony protokołu odbioru. Podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie podpisany bez zastrzeżeń przez Strony protokół odbioru częściowego, o którym mowa w § 6.6. Podstawą do wystawienia faktury za odbiór techniczny będzie sporządzony i podpisany bez zastrzeżeń przez Strony protokół odbioru technicznego (dla całości robót lub dla odcinka), o którym mowa w § 6.2. Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie sporządzony i podpisany bez zastrzeżeń przez Strony protokół odbioru końcowego, o którym mowa w §6.5. Wykonawca wystawi fakturę w terminie 7 dni od dnia podpisania bez zastrzeżeń protokołu odbioru.”

Procedurę odbioru robót przez Zamawiającego szczegółowo reguluje § 6 załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy. Zamawiający uregulował w tych postanowieniach m.in. okoliczności, w których może odmówić dokonania odbioru. Zgodnie z § 6 ust. 10-12 załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy:

„Zamawiający odmówi odbioru, jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że obiekt nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu niezakończenia Robót lub jego wadliwego wykonania, co uniemożliwia użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem.”

„Zamawiający może podjąć decyzję o przerwaniu czynności odbiorowych, jeżeli w czasie tych czynności ujawnione zostaną wady, które uniemożliwiają użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem – aż do czasu usunięcia tych wad przez Wykonawcę.”

„Jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, Zamawiający ma zagwarantowaną możliwość obniżenia wynagrodzenia odpowiednio do utraconej wartości użytkowej lub żądania wykonania przedmiotu objętego wadą po raz drugi, zachowując przy tym prawo domagania się od Wykonawcy odszkodowania lub kary umownej wynikających z opóźnienia Robót.”

Możliwość dokonania odbioru prac i robót pomimo wystąpienia wad reguluje też wprost postanowienie § 10 ust. 6 załącznika nr 9 do SWZ – wzór Umowy, zgodnie z którym „O wadach, które ujawnią się w okresie gwarancji i rękojmi, Zamawiający zobowiązany jest zawiadomić Wykonawcę w formie pisemnej w terminie 30 dni od ich ujawnienia. Wady ujawnione w trakcie procedury odbioru, jeżeli zgodnie z Umową nie stanowią podstawy do odmowy dokonania odbioru, będą również usuwane w ramach udzielonej gwarancji. Zawiadomienie o wadzie może być dokonane w każdej formie i jest zawsze skuteczne, jeżeli zostanie dokonane na piśmie i dostarczone na adres [\*\*\*] lub zostanie wysłane drogą mailową na adres [\*\*\*]. W przypadku zgłoszenia dokonanego na piśmie na adres pocztowy wystarczające jest nadanie listu poleconego w jakiegokolwiek placówce operatora usług pocztowych. Data doręczania takiego listu jest datą dokonania zgłoszenia wady w rozumieniu Umowy.”

W ocenie Izby, w świetle postanowień wzoru umowy (Załącznika nr 9 do SWZ) nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, że przyznają one Zamawiającemu prawo odmowy dokonania odbioru końcowego i odbioru technicznego w przypadku zaistnienia zastrzeżeń zgłoszonych do protokołów odbioru końcowego i technicznego do czasu usunięcia usterek, nawet gdy usterki te mają charakter nieistotny. Postanowienia te nie naruszają bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa oraz równowagi stron przyszłej umowy, w tym w szczególności art. 647 k.c., który zobowiązuje inwestora do dokonania odbioru robót.

Jak wynika z regulacji zawartych we wzorze umowy, Zamawiający zdefiniował odbiór „bez zastrzeżeń” (odbiór bezusterkowy). W § 6 ust. 10 - 12 wzoru umowy, Zamawiający wyjaśnił, jak należy na potrzeby tej umowy rozumieć bezusterkowość. Podobne regulacje zostały sformułowane w §10 w warunkach gwarancji.

Przytoczone powyżej postanowienia wzoru umowy ustanawiają, zgodnie z przepisami prawa cywilnego, zasady dokonywania odbiorów prac i robót, zapewniając równowagę stron umowy i zgodność z naturą stosunku wynikającego z umowy o roboty budowlane.

Za uzasadnione należy też uznać twierdzenie Zamawiającego, że ocena okoliczności uniemożliwiających użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem obiektu oceniana będzie przez pryzmat charakteru robót stanowiących główny przedmiot zamówienia, tj. budowę gazociągu, który jest obiektem potencjalnie niebezpiecznym, znajdującego się pod ziemią. Należy mieć tu na względzie specyfikę robót objętych zamówieniem polegających na budowie gazociągu, którą to specyfikę Odwołujący całkowicie pominął formułując niniejszy zarzut w odwołaniu. Podkreślić należy, że przedmiot umowy obejmuje w szczególności:

1) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia Dn 250 i DN 300 stal zlokalizowanego na terenie gmin Kłodawa, Lubiszyn, Bogdaniec, Witnica oraz miast Gorzów Wlkp. i Witnica o długości: DN 250 ~ 30,56 km, DN 300 ~ 12,45 km;

- 2) budowę śluzy nadawczej Kłodawa i Chróścik;
- 3) budowę śluzy odbiorczej Chróścik i Mościczki;
- 4) budowę zespołów zaporowo-upustowych Chróścik, Bogdaniec, Nowiny Wielkie, Witnica;
- 5) dostawę mediów rozruchowych oraz niezbędnych na etapie Robót;
- 6) wykonanie prac towarzyszących budowie. Podkreślić należy, że wykonawca w ramach przedmiotowej umowy będzie zobowiązany do wybudowania i dokonania niezbędnych sprawdzeń i rozruchów oraz oddania do użytkowania gazociąg wysokiego ciśnienia DN 300 i DN 250 stal na odcinku stacja nadawcza tłoka w Kłodawie (dz. 27/39) – stacja odbiorcza tłoka w Mościczkach (dz. 166/3, 166/4), zgodnie z dokumentacją projektową.

Roboty powyższe w istotnych aspekcie objęte są powszechnie obowiązującymi przepisami prawa odnośnie prac niebezpiecznych i gazoniebezpiecznych oraz regulacjami wewnętrznymi w tym zakresie obowiązującymi u Zamawiającego. Charakter tej inwestycji powoduje, że odbiór robót będzie mógł być dokonywany z uwzględnieniem przede wszystkim bezpieczeństwa i prawidłowości działania realizowanego obiektu, w tym na poszczególnych etapach realizacji robót i podlegających zakryciu.

W świetle powyższego, kompleksowa wykładnia omawianych postanowień wzoru umowy w zakresie odbiorów, prowadzi, w ocenie Izby, do wniosku o zgodności postanowień regulujących odbiór prac i robót przez Zamawiającego z przepisem art. 647 k.c., biorąc pod uwagę całokształt regulacji dotyczących czynności odbiorowych ustanowionych we wzorze umowy. Jak wynika z tych regulacji, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający poddał regulacji we wzorze umowy możliwość dokonania odbioru prac i robót pomimo wystąpienia wad wykonanych robót, które nie będą kwalifikowane jako uniemożliwiające użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem. Zamawiający potwierdził również zawarte w SWZ regulacje dotyczące odbioru robót w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 2 i 4 listopada 2021 r., zgłoszone wobec treści SWZ.

Przewidziane w umowie szczegółowe postanowienia dotyczące czynności odbiorowych kształtują prawa i obowiązki stron przyszłej umowy w sposób zgodny w wykładnią przepisu art. 647 k.c., który ustanawia obowiązek zamawiającego dokonania odbioru robót wykonanych przez wykonawcę zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną, tj. w przypadku gdy obiekt budowlany osiągnął gotowość do odbioru pod względem kompletności i należytego wykonania zrealizowanych prac, co będzie umożliwiało użytkowanie wybudowanego obiektu, zgodnie z jego przeznaczeniem.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji wyroku.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz na podstawie § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437). Izba uwzględniła w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....