



Warszawa, 13 stycznia 2025 r.

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

**Zamawiający:** **Komenda Wojewódzka Policji z siedzibą w Radomiu**  
ul. 11 Listopada 37/59, 26-600 Radom  
NIP: 7962234609  
tel.: 47 701 31 03  
e-mail: [zamowienia.kwp@ra.policja.gov.pl](mailto:zamowienia.kwp@ra.policja.gov.pl)

**Odwołujący:** **Budimex S.A.**  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
KRS: 0000001764  
*reprezentowana przez:*  
r.pr. Annę Wrzesień  
*adres do doręczeń:*  
BUDIMEX S.A.  
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa  
tel.: 517 375 137  
e-mail: [anna.wrzesien@budimex.pl](mailto:anna.wrzesien@budimex.pl)

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zarząd w Radomiu Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości – budowa nowej siedziby” – zaprojektuj i wybuduj, numer referencyjny: 68/24 (dalej jako „Postępowanie”).

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 stycznia 2025r. pod nr 1325-2025, numer wydania: Dz.U.S.: 1/2025.

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „**Odwołujący**”) na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako: „**SWZ**”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i KC, tj.:



- 1) **art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 242 ust. 1 w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez ustalenie kryterium oceny ofert dotyczącego okresu gwarancji jakości w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający realne oszacowanie ceny ofertowej, a w konsekwencji uniemożliwiający efektywne i realne konkurowanie w jego ramach, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 577§4 KC w zw. z art. 568§1 KC w zw. z art. 453 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 1 do SWZ; dalej jako „Umowa”) niespójnych postanowień dotyczących zasad odbioru końcowego robót budowlanych, generujących wątpliwości co do sposobu postępowania w przypadku zidentyfikowania wad określonego rodzaju, uzależniających jednocześnie bieg terminu gwarancji i rękojmi od usunięcia wszelkich wad zidentyfikowanych w ramach przedmiotu umowy, co godzi w istotę i naturę umowy o roboty budowlane, stanowiąc wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców;
- 3) **art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) KC w zw. z art. 643 KC w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp** poprzez wprowadzenie do Umowy postanowień przyznających Zamawiającemu prawo odmowy odbioru dokumentacji projektowej bez względu na rodzaj zidentyfikowanych w niej uchybień, co stanowi wyraz uchylania się przez Zamawiającego od podstawowych obowiązków nałożonych na inwestora, będąc jednocześnie postanowieniem niekorzystnym dla wykonawców, naruszającym bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron umowy i prowadzącym do naruszenia praw podmiotowych wykonawców.

**W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ i ogłoszenia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

**Interes i szkoda:**

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp i Kodeksu Cywilnego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.



### **Zachowanie terminu i wymogów formalnych:**

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania (SWZ) w dniu 2 stycznia 2025 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, został zachowany.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

### **UZASADNIENIE**

#### **I. Zarzut dotyczący kryterium udziału w postępowaniu odnoszącego się do długości gwarancji – zarzut nr 1**

##### **I.1. Uwagi ogólne**

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowany w ramach niniejszego Odwołania zarzut odnosi się do pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego okresu gwarancji jakości, które zostało określone w ramach Rozdziału XXI SWZ, na wstępie wskazujemy, że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. **Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.**<sup>1</sup> Postanowienia umowy, ale także warunków i kryteriów powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.<sup>2</sup> W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353<sup>1</sup> KC.
2. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został jednolity pogląd, że, Zamawiający winien tak kształtować kryteria oceny ofert aby pozwoliły mu one na wybór i premiowanie takiego wykonawcy, którego oferta przedstawia konkretną przewagę, **pozwalającą na ocenę, iż istotnie jest to oferta najlepsza z perspektywy warunków realizacyjnych danego zamówienia.** Zamawiający ma jednocześnie obowiązek dostosować kryteria oceny ofert **w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, do skali, zakresu, złożoności, rodzaju, a także wartości zamówienia.** Po drugie, Zamawiający związany jest wytycznymi zawartymi w

<sup>1</sup> Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

<sup>2</sup> Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.  
www.budimex.pl



art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wreszcie po trzecie, nadmierne i nieproporcjonalne wymagania zamawiającego nie mogą eliminować z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

3. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracała wielokrotnie uwagę tak Krajowa Izba Odwoławcza jak i Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), który w wyroku z 16.9.1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja v. Królestwo Hiszpanii, ECR 1999, s. I-5585, wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem, niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, **czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia założonego celu**. Przekładając tę zasadę na kryteria oceny ofert, należałoby więc stwierdzić, że powinny być one określane w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie najkorzystniejszej oferty, a pomiędzy zawężeniem kręgu wykonawców z tego wynikającym, a korzyściami płynącymi z takiego opisanie tych kryteriów zachodzi rozsądna proporcja.
4. Nade wszystko ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert powinny być tak sformułowane aby każdy z wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia miał możliwość **realnego konkurowania** w kryteriach ustanowionych przez Zamawiającego. W konsekwencji, formułując kryteria oceny ofert Zamawiający winien każdorazowo wziąć pod uwagę uwarunkowania rynkowe spełnienia tak określonych kryteriów przez wykonawców na tym rynku funkcjonujących, uwzględniając, że **przy obecnej sytuacji na rynku budowlanym w Polsce i agresywnej konkurencji cenowej, pozbawienie wykonawców możliwości uzyskania maksymalnej punktacji w ramach kryteriów pozacenowych de facto eliminuje ich z danego postępowania**. Jak podkreśliła Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 426/13): *obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej*.
5. Każdy z wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia winien mieć szansę efektywnego konkurowania w kryteriach ustanowionych przez Zamawiającego. Na ten aspekt Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę przykładowo w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1611/18), gdzie wskazane zostało, że **„Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji”**. Podobnie również Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt XII Ga 152/12): *Sformułowanie kryteriów oceny ofert stanowi niewątpliwie jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego, dlatego też winna być ona dokonana z poszanowaniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprawdzie nie bezpośrednio, lecz pośrednio i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji. (...) Przyjmuje się też, a stanowisko to nie budzi sprzeciwu tut. Sądu, że zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować warunki zamówienia publicznego poprzez określenie kryteriów/ tu: głównie czasowych/ o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, z tym że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Dopuszczalne są warunki brzegowe jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę/ wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7*



*kwietnia 2009 r., III CA 88/09/. (...) Chodzi bowiem o to, że siwz kierowane są do szerszego kręgu ewentualnych wykonawców, nie tylko do tej jednej spółki. **Winny być więc skonstruowane w taki sposób aby, z obiektywnego punktu widzenia, każdy z nich miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów. Inaczej mówiąc istota sprawy polega na tym czy maksymalnie punktowane kryteria są faktycznie dostępne dla wszystkich uczestników przetargu (...).***

6. Co więcej, szczególnego podkreślenia w przypadku niniejszego Postępowania wymaga, że **istota kryterium oceny ofert sprowadza się do tego aby deklaracja wykonawcy dokonywana w tym przedmiocie miała charakter realny i weryfikowalny, a w następstwie bezpośrednio przełożyła się na faktyczną realizację zamówienia na takich zasadach.** Formulowanie nieadekwatnych kryteriów, czy ich określanie wyłącznie *pro forma*, czyli po to, aby sprawiać wrażenie kryteriów różnorodnych, które nie opierają się wyłącznie na kryterium ceny, promują w ocenie Odwołujące wykonawców, którzy nie zdają sobie sprawy z konsekwencji złożenia oświadczenia dotyczącego spełniania kryteriów oceny ofert tylko po to, by otrzymać maksymalną liczbę punktów.
7. Odwołujący podkreśla, że zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią podstawowe zasady ustawy Pzp, które podporządkowane są przede wszystkim celom tej ustawy, a mianowicie mają zapewnić **efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.** Żadna z chronionych w ten sposób wartości nie może przeważać w działaniach Zamawiającego, który powinien zachować między nimi odpowiedni balans i równowagę. Zamawiający nie powinien posługiwać się takim opisem, który nie miałby należytego uzasadnienia w przedmiocie i zakresie Postępowania.
8. Reasumując, Odwołujący nie kwestionuje, że tak określenie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, jak i późniejszej umowy, która miałaby w przyszłości łączyć strony stosunku zobowiązaniowego, jest decyzją Zamawiającego, ponieważ jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć. Jednakże Zamawiający powinien dokonać tych czynności w zgodzie z przepisami ustawy Pzp. Celem Odwołującego jest zatem wyłącznie doprowadzenie do opisanego kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić ich zgodność z prawem, doprowadzając do realnej konkurencji w Postępowaniu, opartej o deklaracje możliwe w praktyce do osiągnięcia.

## **I.2. Nieproporcjonalnie określone pozacenowe kryterium oceny ofert w zakresie dotyczącym okresu gwarancji jakości**

1. Przekładając powyższe rozważania na grunt przedmiotowego Postępowania, należy wskazać, iż w ramach Rozdziału XXI SWZ Zamawiający wskazał, że:

*Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta odpowiadać będzie wszystkim wymaganiom postawionym w SWZ i zostanie oceniona jako najkorzystniejsza.*



Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej spośród złożonych, ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert w następujący sposób:

Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującym kryterium i jego znaczeniem:

Cena - 60% (60 pkt - maksymalna liczba punktów, która może być przyznana)

**Okres gwarancji - 40% (40 pkt - maksymalna liczba punktów, która może być przyznana)**

1) Wyliczenie i przyznanie punktacji każdej z ofert za zaproponowaną cenę na podstawie następującego wzoru:

$P_{obliczana} = (X_{min} / X_{obliczana}) \times 60$

gdzie:

$P_{obliczana}$  - punktacja, którą należy wyznaczyć

$X_{min}$  - najniższa wartość w danym kryterium spośród złożonych ofert

$X_{obliczana}$  - wartość obliczanej oferty w danym kryterium

Cena ofertowa brutto ma być wyrażona w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

2) Wyliczenie i przyznanie punktacji każdej z ofert za zaproponowany okres gwarancji w następujący sposób:

Okres gwarancji w latach	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15
Liczba przyznanych punktów	0	4	8	12	16	20	24	28	32	36	40

Wymagany minimalnym okresem gwarancji jest 5 lat.

Oferty zawierające okres gwarancji krótszy niż 5 lat zostaną odrzucone, jako niezgodne z warunkami zamówienia, natomiast w przypadku ofert zawierających okres gwarancji dłuższy niż 15 lat, do wyliczenia i przyznania ofercie punktacji za zaoferowany okres gwarancji przyjęte zostanie 15 lat.

W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie okresu gwarancji, Wykonawca zobowiązany jest udzielić Zamawiającemu gwarancji na okres 5 lat i do wyliczenia i przyznania ofercie punktacji przyjęte zostanie 5 lat.

- Z powyższego wynika więc, że Zamawiający:
  - kryterium okresu gwarancji ustalił **jako wyjątkowo wartościowe, za które można uzyskać aż 40 punktów**, mające więc praktycznie równorzędne znaczenie dla uzyskania zamówienia jak kryterium ceny;
  - oparł kryterium gwarancji na **bardzo szerokiej rozpiętości czasowej w zakresie okresu jej obowiązywania – ustalając jako minimalny okres jej obowiązywania 5 lat, jako maksymalny zaś 15 lat (!)**;
  - **nie dokonał zróżnicowania wymaganych i premiowanych okresów gwarancji w zależności od zakresu prac składających się na realizację zamówienia.**
- W tym kontekście Odwołujący podkreśla więc, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko wykonanie prac konstrukcyjnych, ale też montaż szeregu urządzeń i systemów (np. windy, urządzenia instalacji wentylacji, klimatyzacji, urządzenia aktywne instalacji teletechnicznych, UPS-y, czy też montaż instalacji fotowoltaicznej (vide np. Rozdział I pkt 2.1. SWZ; §25 ust. 7 pkt 1)



Umowy). W konsekwencji, na przedmiot zamówienia składają się **nie tylko roboty budowlane zrealizowane przez wykonawcę, ale również elementy wytwarzane przez dostawców zewnętrznych, które są jedynie montowane przez generalnego wykonawcę.**

4. Co równie istotne, Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia nie określił zmiennych, które mogłyby mieć wpływ na zużycie urządzeń mechanicznych, w które wyposażony ma być obiekt, takich jak chociażby liczba użytkowników obiektu; wymiar czasu, w jakim obiekty i urządzenia będą dostępne dla użytkowników i przez nich eksploatowane; sposób korzystania z urządzeń; wymiar wykorzystania obiektu itp. Jednakże ze względu na charakter Zamawiającego (Policja, tryb służby 24/7) spodziewać się można **ponadprzeciętnej intensywności użytkowania**, co ma niebagatelne znaczenie jeżeli chodzi o eksploatację takich urządzeń jak windy, urządzenia instalacji wentylacji, klimatyzacji, urządzenia aktywne instalacji teletechnicznych (WiFi), UPS-y a także – instalacje oświetlenia i źródła światła.
5. Uwzględniając powyższe, obecnie zdefiniowane zasady i oczekiwania dotyczące okresu gwarancji, uprawniającego wykonawców do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium, pozostają w ocenie Odwołującego nierealne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, abstrahując od możliwości rynkowych i jego praktyki. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, że maksymalny okres gwarancji powinien być krótszy, **różnicujący jednocześnie – wobec zróżnicowanego przedmiotu zamówienia – elementy, które tą gwarancją miałyby być objęte.**
6. W tym kontekście, Odwołujący podkreśla, że zdaje sobie sprawę, że przedmiotem zamówienia objęte są również systemy teletechniczne wraz z okablowaniem LAN, które charakteryzują się znacznie dłuższą certyfikacją producencką, niemniej zasady te nie dotyczą pozostałych systemów i urządzeń wchodzących w zakres zamówienia, w tym elementów mechanicznych (takich jak: windy, centrale wentylacyjne, fancoile, urządzenia aktywne (rootery), urządzenia systemu SSP – jak centrale pożarowe, oprawy i źródła światła, inwertery do instalacji PV, urządzenia typu UPS ), wobec których producenci udzielają maksymalnie 2 letnich gwarancji.
7. W kontekście systemów i urządzeń, które mają być zastosowane w ramach przedmiotowego postępowania, takich jak np. windy, centrale wentylacyjne, fancoile, urządzenia aktywne (rootery), urządzenia systemu SSP – jak centrale pożarowe, oprawy i źródła światła, inwertery do instalacji PV, urządzenia typu UPS, doszłoby więc do sytuacji, w której gwarancja jakości, deklarowana w ramach kryterium oceny ofert, nie byłaby poparta jakąkolwiek gwarancją producenta, opierając się na oświadczeniu generalnego wykonawcy, który nie posiada merytorycznych podstaw do gwarantowania trwałości urządzeń pochodzących od zewnętrznych dostawców. Odpowiedzialni wykonawcy, wobec braku szczegółowych wytycznych dotyczących eksploatacji urządzeń i braku poparcia tej gwarancji gwarancją producenta zmuszeni byłiby do wkalkulowania w ramach oferty kilkukrotnego kosztu tego samego urządzenia (i założenia dostarczenia nowego sprzętu po upływie gwarancji producenckiej), co jednak nie jest zobowiązaniem gwarancyjnym, a powieleniem świadczenia będącego przedmiotem niniejszego zamówienia.



8. Zdaniem Odwołującego udzielana gwarancja powinna odzwierciedlać realia panujące na rynku, w tym okresy gwarancje możliwe do osiągnięcia u producentów sprzętu. W przeciwnym przypadku, **dojdzie w istocie do sytuacji, która uniemożliwia wykonawcom przeprowadzenie racjonalnej wyceny ofert, zmuszając do wejścia na grunt spekulacji i hazardu.** Deklaracje tak długich okresów gwarancyjnych jak oczekuje tego w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający, dotyczących zwłaszcza urządzeń i produktów dostarczanych przez zewnętrznych dostawców oferujących znacznie krótsze okresy gwarancyjne, byłyby też w ocenie Odwołującego nieegzekwowalna. Uwzględniając postęp techniki i zmiany w zakresie dostępnych produktów i komponentów, wysoce prawdopodobnym jest, **że w perspektywie kilkunastu lat brak będzie części zamiennych, produktów czy komponentów użytych do realizacji przedmiotowego zamówienia.** Oznacza to, że świadczenie gwarancyjne (oparte co do zasady na naprawie lub wymianie wadliwego elementu na element wolny od wad) nie będzie możliwe do wykonania (co sygnalizowane było również we wcześniejszej części uzasadnienia).
9. Na ten aspekt zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23.03.2016 r., sygn. akt KIO 369/16, podkreślając, że: *„sztuczne wydłużenie "okres gwarancji" należy poczytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres. (...) Powszechnie wiadomym jest, że tempo zmian zachodzących w wykorzystywaniu tego typu narzędzi jak różnego rodzaju rozwiązania elektryczne oraz elektroniczne (mikroprocesorowe) oraz postęp techniczny w dziedzinie elektroniki są znaczące. Należy przyjąć, że urządzenia nie będą wykorzystywane dłużej niż kilka lub kilkanaście lat. Jak słusznie zauważył Odwołujący z dużą dozą prawdopodobieństwa można powiedzieć, że za kilkanaście lat urządzenia elektroniczne montowane przez wybranego wykonawcę w regałach nie będą już w ogóle produkowane. **Pod znakiem zapytania pozostaje w jaki sposób Przystępujący zamierza zapewnić choćby części zamiennie do podzespołów, w które wyposażone mają być regały. (...) Optymalne z punktu widzenia technologicznego wydaje się zaoferowanie gwarancji kilkuletniej. Takich gwarancji udzielają producenci paneli dotykowych, w które wyposażony jest sprzęt medyczny, czy choćby telefony.** Rozwój techniki w ostatnich latach jest tak znaczący, że nawet urządzenia, które kilka lat temu uchodziły za nowoczesne, w chwili obecnej uważane są za przestarzałe. Innymi słowy, wybrany Wykonawca oraz wykonawca BTH zaoferowali udzielenie gwarancji na okres, o którym wiedzieli, że nie będzie się on wiązał z koniecznością świadczeń na rzecz Zamawiającego. Za tak określonym zobowiązaniem nie stoi odpowiadający jego treści realny obowiązek wykonywania świadczeń na rzecz Zamawiającego. Zatem zobowiązanie to miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert, nie w drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Celem takiego działania nie było bowiem konkurowanie rzetelną ofertą, złożoną w zgodzie z dobrymi obyczajami, lecz zabieg dający wykonawcom sztuczną przewagę nad konkurentami.*
10. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreśla obowiązującą obecnie praktykę rynkową przy inwestycjach o porównywalnym bądź większym przedmiocie zamówienia, w ramach maksymalna długości kryterium okresu gwarancji ustanawiana jest na **znacznie niższym poziomie**, przy jednoczesnym dalej idącym doprecyzowaniu jej przedmiotu i warunków, np.:





1) postępowanie pn. *Budowa budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie* (nr postępowania: DINT.250.16.2023), w ramach którego:

- waga kryterium dotyczącego wydłużenia okresu gwarancyjnego wynosiła 20% (wykonawcy mogli więc uzyskać maksymalnie 20 pkt w jego ramach);
- zamawiający **zróżnicował wymagania względem deklaracji długości okresu gwarancji, w zależności od jej przedmiotu, tj.:**
  - gwarancja na elementy konstrukcyjne – minimalnie 5 lat; maksymalna punktowana długość gwarancji: **10 lat**;
  - gwarancja na izolacje przeciwwodne (m.in. ściany piwnic, dachy, tarasy) – minimalnie 5 lat; maksymalna punktowana długość gwarancji: **8 lat**;
  - gwarancja na urządzenia – minimalnie gwarancja producenta; maksymalnie **wydłużenie o 2 lata w stosunku do gwarancji producenta**;
  - gwarancja na pozostałe elementy: minimalnie 5 lat; maksymalna punktowana długość gwarancji: **7 lat**.

2) postępowanie pn. *Budowa budynku naukowo-dydaktycznego przy ul. Bednarskiej 2/4, objętego Programem Wieloletnim „Uniwersytet Warszawski 2016-2027”* (nr postępowania: POUZ-361/370/2023/DZP), w ramach którego zamawiający:

- ustalił minimalne okresy gwarancji na poziomie:
  - 60 miesięcy dla wszystkich Robót i Materiałów,
  - 36 miesięcy dla Urządzeń,
  - 36 miesięcy dla Wyposażenia,
  - 36 miesięcy dla nasadzeń zieleni.
- przyjął wagę kryterium dotyczącego wydłużenia okresu gwarancji na poziomie: 25% dla robót i materiałów oraz 15% dla urządzeń;
- zróżnicował wymagania względem deklaracji długości okresu gwarancji w zależności od jej przedmiotu, tj.:
  - w odniesieniu do robót i materiałów – maksymalny punktowany okres gwarancji: **120 miesięcy (10 lat)**;
  - w odniesieniu do urządzeń – maksymalny punktowany okres gwarancji: **60 miesięcy (5 lat)**.

3) postępowanie na „*Budowę budynku Centrum Powiadomienia Ratunkowego oraz Dyspozytorni Medycznej w Lublinie przy ul. Wojciechowskiej 1*”, nr postępowania: OU-IV.272.5.2020, w ramach którego:

- zamawiający przyjął wagę kryterium okres gwarancji na poziomie 20%;
- zamawiający nie zróżnicował deklarowanej długości gwarancji w zależności od jej przedmiotu, ale przewidział maksymalne punktowanie **za gwarancję 60- miesięczną (5 lat)**.



- 4) postępowanie pn. "Dokumentacja techniczna i budowa budynków szkoły podstawowej, hali sportowej i przedszkola z urządzeniami budowlanymi i zagospodarowaniem terenu w Julianowie w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Szkoła w Julianowie wraz z zagospodarowaniem terenu”, nr sprawy: 36/2024, w ramach którego:
- zamawiający przyjął wagę kryterium okres gwarancji na poziomie 40%;
  - zamawiający nie zróżnicował deklarowanej długości gwarancji w zależności od jej przedmiotu, ale w związku z tym przewidział **maksymalne punktowanie za gwarancję 84- miesięczną (7 lat)**.
- 5) postępowanie pn. „Budowa budynku dla Prokuratury Rejonowej w Grodzisku Mazowieckim wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą” (nr postępowania: 3041-7.261.19.2024), w ramach którego;
- zamawiający przyjął wagę kryterium okres gwarancji na poziomie 40%;
  - zamawiający nie zróżnicował deklarowanej długości gwarancji w zależności od jej przedmiotu, punktując długość gwarancji jakości za wykonane roboty budowlane oraz wbudowane i zamontowane materiały, ale w związku z tym przewidział **maksymalne punktowanie za gwarancję 60- miesięczną (5 lat)**.
11. Podsumowując wszystkie przywołane przykłady i powołując się na swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji zamówień publicznych, Odwołujący wskazuje więc, że:
- w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych **nie spotyka się oczekiwania 15-letniego okresu gwarancji, który jest nierealnym rynkowo do osiągnięcia;**
  - w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, przy oczekiwaniu znacznego wydłużenia okresu gwarancji, **zamawiający różnicują jej przedmiot, np. na roboty konstrukcyjne, roboty izolacyjne, urządzenia i wyposażenie;**
  - **w przypadku braku zróżnicowania przedmiotu gwarancji i zastosowaniu jednolitego kryterium oceny ofert w tym zakresie, maksymalne punktowane okresy gwarancji są znacznie krótsze, standardowo 60 miesięcy (5 lat), maksymalnie 84 miesiące (7 lat);**
  - przy różnicowaniu przedmiotu gwarancji maksymalne punktowane okresy jej obowiązywania to:
    - **dla robót budowlanych (robót konstrukcyjnych) – 10 lat;**
    - **dla urządzeń – 5 lat;**
    - **dla pozostałych elementów – 7 lat.**
12. Reasumując, wszystkie powyższe rozważania Odwołujący podkreśla zasadność dokonania modyfikacji treści SWZ w tym zakresie tak aby wykonawcy w ramach oferty nie byli zmuszani do spekulacyjnej kalkulacji kosztów związanych z wydłużonym okresem gwarancji i aby uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium oceny ofert było realne i osiągalne dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.



**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ w zakresie kryterium oceny ofert dotyczącego okresu gwarancji i powiązanych z nim treści SWZ, poprzez:**

- **zróżnicowanie wagi i oczekiwanych okresów gwarancyjnych w zależności od przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu następujących parametrów:**
  - **w odniesieniu do robót konstrukcyjnych – minimalny okres gwarancji 5 lat; maksymalny okres gwarancji 10 lat;**
  - **w odniesieniu do instalacji przeciwwodnych (szczelność – m.in. ściany, piwnice, dachy) - minimalny okres gwarancji 5 lat, maksymalny okres gwarancji 8 lat;**
  - **w odniesieniu do pozostałych robót budowlanych i instalacyjnych oraz wyposażenia (z wyłączeniem okablowania LAN, dla którego wymagana jest gwarancja producenta)– minimalny okres gwarancji 5 lat, maksymalny okres gwarancji 7 lat;**
  - **w odniesieniu do urządzeń – minimalny okres gwarancji -gwarancja producenta (nie krótsza niż 24 miesiące), maksymalny okres gwarancji: 36 miesięcy.**
  - **w odniesieniu do zieleni – minimalny okres gwarancji – 24 miesiące, maksymalny okres gwarancji: 36 miesięcy.**

## **II. Zarzuty dotyczące postanowień umownych**

### **II.1. Uwagi ogólne**

1. Biorąc pod uwagę fakt, że formułowane w ramach dalszej części odwołania zarzuty dotyczą treści projektowanych warunków Umowy udostępnionych przez Zamawiającego w ramach załączników do SWZ, na wstępie ponownie wskazujemy że jakkolwiek Odwołujący akceptuje, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma pewną swobodę w formułowaniu warunków realizacyjnych, to swoboda ta nie powinna mieć charakteru nieograniczonego, w tym nie może prowadzić do nadużycia własnego prawa podmiotowego – swojej pozycji dominującej. **Treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa.** Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. **Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę.<sup>3</sup> Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową.** W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie zamkniętego katalogu okoliczności, z którymi wiąże się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.<sup>4</sup> W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że

<sup>3</sup> Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 16 sierpnia 2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05.

<sup>4</sup> Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2949/13.

# budimex

swobodę umów ograniczają m.in. zasady współzycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, w tym przepis art. 353<sup>1</sup> KC.

2. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, **podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku.** Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współzycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegający na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. Tak też jednoznacznie stwierdzał Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10. **Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również Wykonawcy.**<sup>5</sup>

## II.2. Zarzuty dotyczące odbioru prac wchodzących w skład przedmiotowego zamówienia i konsekwencji z nich wynikających – zarzut nr 2 i 3

1. Zamawiający w ramach Umowy zdefiniował następujące zasady dotyczące odbioru prac wchodzących w zakres zobowiązania wykonawców i konsekwencji z tego wynikających:

### Odbiór dokumentacji – etap I zamówienia:

§8 ust. 4 Umowy: *W przypadku wystąpienia **wad przedłożonej dokumentacji**, o której mowa w ust.2 niniejszego paragrafu Wykonawca zobowiązuje się do ich usunięcia w terminie nie dłuższym niż 7 dni kalendarzowych licząc od daty zawiadomienia przez Zamawiającego. Wówczas protokół odbioru zostanie podpisany w terminie 5 dni roboczych **od daty przedłożenia poprawionego projektu budowlanego i technicznego.***

§11 ust. 1 Umowy: *Strony postanawiają, że rozliczenie przedmiotu umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi oraz fakturą końcową, za wykonane i odebrane elementy robót, do kwoty w ramach posiadanych przez Zamawiającego w danym roku środków finansowych, z tym że:*

<sup>5</sup> Tak KIO przykładowo w wyrokach o sygn. KIO 1910/11 i KIO 1918/11.

# budimex

- a) wynagrodzenie za zrealizowanie etapu pierwszego, wymienione w § 4 ust. 1 **płatne będzie po bezusterkowym odbiorze przedmiotu umowy objętego etapem pierwszym,**
- b) wynagrodzenie za zrealizowanie etapu drugiego, wymienione w § 4 ust. 2 płatne będzie fakturami częściowymi, jednak wartość łączna faktur częściowych nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 5.

## Odbiór robót budowlanych (odbiór końcowy) – etap II zamówienia:

§21 ust. 1 Umowy: Jeżeli w trakcie końcowego odbioru przedmiotu umowy zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady nadają się do usunięcia:

a) może odmówić dokonania odbioru do czasu usunięcia wad i ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę jeżeli wady są istotne,

b) **może dokonać odbioru** i wyznaczyć termin na usunięcie wad, **jeżeli nie uniemożliwiają one używania obiektu lub pomieszczeń.**

2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, to:

a) **jeżeli nie uniemożliwiają one używania przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może obniżyć wynagrodzenie o 20 % wartości robót za dany element posiadający wady,**

b) jeżeli wady uniemożliwiają używanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni kalendarzowych od powzięcia wiadomości o powyższej okoliczności, lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi.

§22 ust. 1 – 5 Umowy:

1.Strony postanawiają, że z czynności końcowego odbioru przedmiotu umowy, spisany będzie protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych przy odbiorze wad.

2.W przypadku stwierdzenia w toku odbioru wad Wykonawca jest zobowiązany do ich usunięcia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Terminy na usuwanie wad, stwierdzonych podczas odbioru końcowego przedmiotu umowy nie mogą być dłuższe niż 7 dni kalendarzowych chyba, że technologia robót uniemożliwi usunięcie wad w tym terminie.

3.Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zgłoszenia Zamawiającemu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym oraz **do żądania wyznaczenia terminu na odbiór zakwestionowanych uprzednio robót jako wadliwych.**

4.Po pisemnym zgłoszeniu przez Wykonawcę Zamawiającemu **usunięcia wszystkich wad, strony ponownie przystąpią do odbioru.**

5.Odbiór końcowy zakwestionowanych robót, o którym mowa w ust. 3 winien zakończyć się w ciągu 14 dni kalendarzowych licząc od daty rozpoczęcia czynności odbiorowych.

## Bieg terminu gwarancji:

§25 ust. 1 Umowy: Na przedmiot umowy realizowany w etapie drugim, określony w §1 ust. 2 pkt 2 Wykonawca udziela Zamawiającemu .....gwarancji **licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy** oraz zobowiązuje się do usuwania wad powstałych w okresie



gwarancji na własny koszt, w terminie nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych, licząc od daty zgłoszenia przez Zamawiającego.

2. Z powyższych postanowień umownych wynika, że:
  - Zamawiający wprowadził **odmienne zasady odbiorów w odniesieniu do dokumentacji projektowej i robót budowlanych**, oczekując w przypadku prac projektowych ich bezusterkowości;
  - Zamawiający w odniesieniu do odbioru robót budowlanych dokonał rozróżnienia na wady istotne i nieistotne (§21 ust. 1 pkt 1) Umowy), **jednak postanowienia w tym zakresie nie są w ocenie Odwołującego konsekwentne**, co wynika z oczekiwania ponownego przystąpienia do odbioru robót w przypadku usuwania wszelkich wad (brak rozróżnienia rodzaju wad w postanowieniach §22 ust. 1, 3 i 4 Umowy);
  - Zamawiający w przypadku wystąpienia wad nieistotnych w ramach odbioru końcowego zastrzegł sobie **prawo, nie zaś obowiązek ich odbioru**;
  - Zamawiający określił „z góry” procent obniżenia wynagrodzenia w sytuacji zidentyfikowania wad nieusuwalnych, nie uniemożliwiających jednak korzystania z obiektu, nie odnosząc się chociażby do stopnia zmniejszonej przydatności obiektu czy innych zmiennych będących konsekwencją wystąpienia tego rodzaju wady;
  - Zamawiający w ramach §25 ust. 1 Umowy uzależnił bieg gwarancji od bezusterkowego odbioru końcowego – wprost posługując się takim sformułowaniem.
3. Uwzględniając powyższe, Odwołujący w pierwszej kolejności podnosi, że 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 II CNP 70/06**

*„Oddanie dzieła nie powoduje wymagalności wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie. **Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, należy uznać, że jego oddanie powoduje, w myśl art. 642 § 1 KC, wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie za dzieło.**”*

- **Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r.; sygn. akt I ACa 860/13:**

*„Wykonanie robót budowlanych z wadami nie może być utożsamiane z ich niewykonaniem i nie rodzi po stronie zamawiającego uprawnienia do odmowy odbioru robót. Przyjmuje się, że 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. Wobec zgłoszenia zakończenia robót i braku uzasadnionych podstaw do odmowy odbioru, a także do skorzystania z uprawnienia do domagania się obniżenia wynagrodzenia strona jest zobowiązana do odbioru robót **i do świadczenia pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy.**

• **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2013 r.; sygn. akt I ACa 1302/13:**

„Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie, zamawiający może odmówić jego odebrania. Jeżeli natomiast dzieło ma tylko wadę nieistotną, zamawiający nie może skutecznie uchylić się od odebrania dzieła. Te uwagi należy odnieść także do umowy o wykonanie robót budowlanych czy też umowy o wykonanie remontu budynku.”

• **Wyrok SA we Wrocławiu z 18.10.2012 r. I ACa 1046/12:**

„Przez wykonanie - oddanie dzieła (odpowiednio robót budowlanych) rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez dzieło lub wykonane roboty budowlane, nieistotnych wad, usterek i niedoróbek. Nawet ujawnienie wad robót budowlanych nie zwalnia inwestora od obowiązku dokonania odbioru robót (wynika on z art. 647 KC), z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z tytułu rękopisów przewidziane w art. 637 KC i art. 638 KC. Możliwość odstąpienia od umowy przewidziana jest jedynie wtedy, kiedy dzieło (roboty budowlane) posiada wady istotne. Zgłaszane zarzuty odnoszące się do wad nieistotnych, nie stanowią podstawy, ani do odmowy sporządzenia protokołu końcowego odbioru robót powierzonych stronie powodowej, ani też do odstąpienia od umowy. Ewentualnie mogłyby rodzić, o ile byłyby zasadne roszczenia z rękopisów i gwarancji.”

• **Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2017/19, KIO 2027/19):**

Stosownie do 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z powyższego przepisu wynika, iż jednym z podstawowych obowiązków zamawiającego jest dokonanie odbioru wykonanych przez wykonawcę robót. W sytuacji, zatem, gdy obiekt zostanie wykonany zgodnie z projektem, obowiązującymi przepisami i sztuką budowlaną oraz gdy zostanie wydana pozytywna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, to w przypadku zgłoszenia obiektu do odbioru zamawiający winien do niego przystąpić. Gdy natomiast w toku odbioru zostaną ujawnione nieistotne wady (ustěrki), które nie wpływają na możliwość użytkowania obiektu i są możliwe do ich niezwłocznego usunięcia, nie powinno to uniemożliwiać odbioru obiektu, zwłaszcza, gdy jest możliwe przejęcie obiektu i jego wykorzystywanie zgodnie z jego celem. Zamawiający winien w takim przypadku dokonać odbioru i określić termin na ich usunięcie. Trudno, w sytuacji bardzo dużych obiektów i o dużej ich wartości, jak objęty przedmiotowym zamówieniem, przyjąć, aby w sytuacji, gdy obiekt jest w stanie umożliwiającym jego wykorzystywanie zgodnie z przeznaczeniem, z powodu drobnych usterek, niewpływających w żadnej mierze na możliwość korzystania z niego zgodnie z jego przeznaczeniem (np. w sytuacji



*usterkowego osadzenia drzwi do pomieszczenia gospodarczego, co nie uniemożliwia, ani ich otwierania i zamykania, ani wykorzystania tego pomieszczenia zgodnie z przeznaczeniem i jest znikomej wartości na tle całego zamówienia) i np. obiekt zostanie przejęty do użytkowania, co jest częstym zjawiskiem, odmówić racji wykonawcy, iż jest podstawa do jego odbioru końcowego. Celem i zamiarem konstruowania stosunku prawnego powinno być bowiem wywiązanie się każdej ze stron z jej obowiązków kontraktowych, ukształtowanych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa i celu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, którym jest wybudowanie obiektu służącego do założonych celów (...).*

4. Co przy tym istotne, orzecznictwo dotyczące klasyfikacji wad zidentyfikowanych w robotach budowlanych i konsekwencji z nich wynikających opiera się, z uwagi na odesłanie zawarte w treści art. 656§1 KC, na przepisach dotyczących umowy o dzieło. Co za tym idzie, **regulacje dotyczące rozróżnienia wad na wady istotne i nieistotne i konieczności odebrania przedmiotu umowy każdorazowo jeśli zawiera on jedynie wady o charakterze nieistotnym, mają swoje źródło w przepisach dotyczących umowy o dzieło, które znalazłyby zastosowanie, w przypadku odrębnego potraktowania wykonania dokumentacji projektowej jako przedmiotu umowy.** W konsekwencji, wszystkie powyższe rozważenia znajdują pełne zastosowanie w odniesieniu do odbioru dokumentacji postępowania, która nie powinna być różnicowana względem odbioru robót.
5. Z powyżej cytowanego orzecznictwa wynika również wprost, że **odebranie przedmiotu umowy (nawet z wadami nieistotnymi) obliguje Zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia (art. 647 KC), rozpoczynając jednocześnie bieg okresu rękojmi i gwarancji.** Co za tym idzie, w takiej sytuacji to właśnie roszczenia z rękojmi czy gwarancji są reżimem właściwym dla wywodzenia i egzekwowania uprawnień Zamawiającego z zakresu usuwania wszelkich nieprawidłowości dotyczących przedmiotu umowy (art. 638§1 KC). W drodze analogii warto przywołać w tym aspekcie zasadę ustanowioną przez ustawodawcę w ramach art. 577 §4 KC, zgodnie z którą termin gwarancji liczony jest od momentu wydania rzeczy kupującemu. Podobnie w przypadku rękojmi za wady, jak wskazuje art. 568§1 KC bieg terminu determinowany jest momentem wydania rzeczy kupującemu. Przekładając to na grunt realizacji umowy o roboty budowlane, **zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego i treścią cytowanych postanowień umownych termin gwarancji i rękojmi nie mógłby się rozpocząć, pomimo, iż obiekt został mu przekazany i możliwe jest jego prawidłowe użytkowanie.** Taka sytuacja generuje po stronie wykonawców w sposób oczywisty nadmierne ryzyka, prowadząc do sytuacji, w której termin gwarancji w sposób nieuzasadniony przesuwany może być w zasadzie w nieskończoność w oparciu o identyfikację usterek o zupełnie błałym znaczeniu przy równoległym korzystaniu przez Zamawiającego z efektu wykonanych prac. **Analogicznie jak w przypadku ogólnych regulacji kodeksowych rozpoczęcie biegu gwarancji i rękojmi powinno być powiązane z wydaniem przedmiotu umowy (odbioru końcowym) i rozpoczęciem korzystania (użytkowania) przez Zamawiającego.**
6. Niezależnie od powyższego, **definiując swoje obowiązki w zakresie czynności odbiorowych Zamawiający zastrzegł sobie uprawnienie (nie zaś obowiązek) podjęcia odpowiednich działań,** co w konsekwencji generuje niepewność po stronie wykonawców co do decyzji dowolnie podejmowanych w tym zakresie przez Zamawiającego. **Tymczasem, w**





**przypadku, w którym wykonawca wykonał swoje zobowiązanie, a zidentyfikowane braki mają charakter wyłącznie nieistotnych usterek, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z treści art. 647 KC jest dokonanie odbioru robót i wypłata należnego wykonawcy wynagrodzenia.**

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności wnoszę o modyfikację treści SWZ poprzez nadanie treści poszczególnym postanowieniom Umowy następującego brzmienia:**

- §8 ust. 4 Umowy: *W przypadku wystąpienia **wad istotnych** przedłożonej dokumentacji, o której mowa w ust.2 niniejszego paragrafu Wykonawca zobowiązuje się do ich usunięcia w terminie nie dłuższym niż 7 dni kalendarzowych licząc od daty zawiadomienia przez Zamawiającego. Wówczas protokół odbioru zostanie podpisany w terminie 5 dni roboczych od daty przedłożenia poprawionego projektu budowlanego i technicznego.*
- §11 ust. 1 Umowy: *Strony postanawiają, że rozliczenie przedmiotu umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi oraz fakturą końcową, za wykonane i odebrane elementy robót, do kwoty w ramach posiadanych przez Zamawiającego w danym roku środków finansowych, z tym że:*
  - a) wynagrodzenie za zrealizowanie etapu pierwszego, wymienione w § 4 ust. 1 **płatne będzie po bezusterkowym odbiorze przedmiotu umowy objętego etapem pierwszym,***
  - b) wynagrodzenie za zrealizowanie etapu drugiego, wymienione w § 4 ust. 2 płatne będzie fakturami częściowymi, jednak wartość łączna faktur częściowych nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 5.*
- §21 ust. 1 Umowy: *Jeżeli w trakcie końcowego odbioru przedmiotu umowy zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:*
  - 1) jeżeli wady nadają się do usunięcia:*
    - a) może odmówić dokonania odbioru do czasu usunięcia wad i ponownego zgłoszenia przez Wykonawcę jeżeli wady są istotne,*
    - b) dokonuje obioru i wyznacza termin na usunięcie wad, jeżeli nie uniemożliwiają one używania obiektu lub pomieszczeń (wady nieistotne);***
  - 2) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, to:*
    - a) jeżeli nie uniemożliwiają one używania przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający **może obniżyć wynagrodzenie o wartość odzwierciedlającą poziom zmniejszenia przydatności przedmiotu zamówienia z uwagi na wadliwy element, jednak nie więcej niż o 20% wartości robót za dany element posiadający wady;***
    - b) jeżeli wady uniemożliwiają używanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni kalendarzowych od powzięcia wiadomości o powyższej okoliczności, lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi.*
- §22 ust. 1 – 5 Umowy:
  - 1.Strony postanawiają, że z czynności końcowego odbioru przedmiotu umowy, spisany będzie protokół zawierający wszelkie ustalenia dokonane w toku odbioru, jak też terminy wyznaczone na usunięcie stwierdzonych przy odbiorze wad. **Zidentyfikowanie wad nieistotnych nie***



**wstrzymuje podpisanie protokołu odbioru końcowego, z konsekwencjami określonymi w postanowieniach umownych.**

2. W przypadku stwierdzenia w toku odbioru wad Wykonawca jest zobowiązany do ich usunięcia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Terminy na usuwanie wad, stwierdzonych podczas odbioru końcowego przedmiotu umowy nie mogą być dłuższe niż 7 dni kalendarzowych chyba, że technologia robót uniemożliwi usunięcie wad w tym terminie.

3. Wykonawca zobowiązany jest do pisemnego zgłoszenia Zamawiającemu usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym oraz – **w przypadku wad istotnych** - do żądania wyznaczenia terminu na odbiór zakwestionowanych uprzednio robót jako wadliwych.

4. **W przypadku zidentyfikowania w ramach odbioru końcowego wad istotnych** po pisemnym zgłoszeniu przez Wykonawcę Zamawiającemu usunięcia wszystkich wad, strony ponownie przystąpią do odbioru.

5. Odbiór końcowy zakwestionowanych robót, o którym mowa w ust. 3 winien zakończyć się w ciągu 14 dni kalendarzowych licząc od daty rozpoczęcia czynności odbiorowych.

- §25 ust. 1 Umowy: *Na przedmiot umowy realizowany w etapie drugim, określony w §1 ust. 2 pkt 2 Wykonawca udziela Zamawiającemu .....gwarancji **licząc od daty bezusterkowego odbioru końcowego przedmiotu umowy** oraz zobowiązuje się do usuwania wad powstałych w okresie gwarancji na własny koszt, w terminie nie dłuższym niż 14 dni kalendarzowych, licząc od daty zgłoszenia przez Zamawiającego.*

**Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.**

#### **Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.