

Warszawa, dnia 29 maja 2023 roku

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

Odwołujący: **ERBUD INTERNATIONAL**
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Jasionka 942, 36 – 002 Jasionka
KRS: 0000000746
tel.: 17 771 43 33
e – mail: *erbud-international@erbud.pl*

reprezentowana przez: **radcę prawnego Wojciecha Ryczana**
adres do doręczeń do pełnomocnika:
ERBUD Spółka Akcyjna
ul. Franciszka Klimczaka 1, 02 - 797 Warszawa
tel.: 22 548 70 00
e – mail: *wojciech.ryczan@erbud.pl*

Zamawiający: **Politechnika Lubelska**
ul. Nadbystrzycka 38 D, 20 – 618 Lublin
NIP: 7120104651
e-mail: *bzp@pollub.pl*
tel.: 81 538 46 32

Dotyczy: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej PZP) pn.: „**Przebudowa Domu Studenckiego nr 1 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych.**” – znak postępowania: **KP-272-PNK-47/2023**

Ogłoszenie nr 2023/BZP 00227243 z dnia 22.05.2023 r.

ODWOŁANIE

- I. Działając w imieniu Odwołującego ERBUD INTERNATIONAL Sp. z o.o. (pełnomocnictwo w załączeniu), na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (zwana dalej „PZP”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiocie ukształtowania konkretnych postanowień wzoru umowy (Załącznik nr 4 do SWZ) we wskazanym powyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- II. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom czynności Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiającemu, zarzucam:
 1. naruszenie **art. 647 KC i art. 353¹ KC** w zw. z **art. 8 ust. 1 PZP** poprzez przyjęcie w **§ 9 ust. 4 lit. b)** wzoru umowy, że końcowe wynagrodzenie Wykonawcy staje się wymagalne po spełnieniu warunku polegającego na usunięciu wszystkich wad stwierdzonych podczas odbioru (lit. b), podczas gdy stwierdzenie wad o charakterze

nieistotnym podczas odbioru końcowego nie może pozbawiać wykonawcy prawa do żądania zapłaty wynagrodzenia,

2. naruszenie **art. 439 ust. 1 i ust. 2 PZP** oraz naruszenie **art. 353¹ KC** w zw. z **art. 8 ust. 1 PZP**, poprzez zaniechanie zamieszczenia we wzorze umowy obligatoryjnych postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (klauzula waloryzacyjna), mimo iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a umowa zostanie zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, a w konsekwencji niedozwolone przekroczenie zasad swobody umów w tym zakresie.

III. Mając na uwadze powyższe, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ w następujący sposób:

1. **ad. II pkt 1 powyżej** – poprzez zmianę **§ 9 ust. 4 lit b) wzoru** umowy i nadanie mu następującego brzmienia:

„b) podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy Protokołu Odbioru Końcowego robót.”

2. **ad. II pkt 2 powyżej** – poprzez zmianę **§ 10** wzoru umowy i uwzględnienie w jego treści obligatoryjnych zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, o których mowa w art. 439 PZP (klauzula waloryzacyjna), w szczególności poprzez dodanie do treści **§ 10** wzoru umowy ust. 5 o następującym brzmieniu:

„5. Strony przewidują możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z poniższymi zasadami, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia:

- a) *Strona składając wniosek o zmianę powinna przedstawić w szczególności: wyliczenie wnioskowanej kwoty zmiany wynagrodzenia,*
- b) *wynagrodzenie ulegnie waloryzacji w oparciu o wartości (wskaźnik) zmiany cen produkcji budowlano-montażowej opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za miesiąc poprzedzający miesiąc zmiany wysokości wynagrodzenia,*
- c) *waloryzacja dotyczy części zamówienia, która nie została wykonana i odebrana do dnia złożenia wniosku o waloryzację,*
- d) *łączna wartość zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dokonana na podstawie postanowień niniejszego ustępu nie może być wyższa o więcej niż 15 % w stosunku do pierwotnej wartości Umowy,*
- e) *Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z postanowieniami niniejszego ustępu zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:*
 - *przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;*
 - *okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy.”*

- IV. Ogłoszenie dot. niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia zostało opublikowane w dniu **22 maja 2023 r.** W związku z tym, że 5 dniowy termin upływał w sobotę, niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie.
- V. **Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego**, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący zainteresowany jest złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym. Zamawiający ukształtował jednak projektowane postanowienia umowy w ramach zamówienia (Załącznik nr 4 do SWZ), w sposób niezgodny z przepisami co zostało powyżej opisane, przez co Odwołujący, w razie zawarcia kontraktu, byłby narażony na poniesienie ewentualnych negatywnych skutków wskazanych postanowień umowy, co skutkować może powstaniem po stronie Odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości potencjalnego realizowania zamówienia. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu złożyć ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie i wynikające z niego korzyści. W konsekwencji stanowi to wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Ustawie PZP, w tym dla wniesienia niniejszego odwołania.
- VI. Jednocześnie w imieniu Odwołującego wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonej faktury VAT, według norm przepisanych.
- VII. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu.

Uzasadnienie

I. W zakresie zarzutu ad. II pkt 1

Zamawiający wskazał w **§ 9 ust. 4** wzoru umowy, że:

*„4. Końcowe wynagrodzenie Wykonawcy staje się wymagalne po spełnieniu **łącznie** następujących warunków:*

- a) wykonania przez Wykonawcę 100% zakresu robót określonego w zatwierdzonym przez Zamawiającego harmonogramie rzeczowo- finansowym, o którym mowa w §1 ust. 4 Umowy.*
- b) podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy Protokołu Odbioru Końcowego robót **oraz usunięcie wszystkich wad stwierdzonych podczas odbioru.**”*

Powyższe oznacza, że Zamawiający warunkuje wypłatę końcowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych (jego wymagalność) od usunięcia wszystkich wad stwierdzonych podczas odbioru końcowego, a więc również tych o charakterze nieistotnym (lit b).

Zgodnie z art. 647 KC przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, natomiast inwestor zobowiązuje się do jego

odebrania i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z kolei w świetle ugruntowanego orzecznictwa sądów przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek lub niedoróbek. Przepis art. 647 k.c. nie stanowi o tym, że odbiór robót odnosi się tylko do robót wykonanych w całości i bez wad, a zatem nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko, że odbiór następuje tylko wtedy, gdy roboty zostały wykonane w całości i nie mają żadnych wad. Gdyby zaakceptować takie stanowisko, odbiory robót przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku, w efekcie wynagrodzenie za ich wykonanie nie stałoby się wymagalne (wynagrodzenie końcowe).

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 15.02.2019 r. w sprawie I ACa 548/18 „Na gruncie umowy o roboty budowlane niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania. **Wyłącznie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, rzutując tym samym na wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za ich wykonanie (art. 647 k.c.).** Wady nieistotne oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, determinując zaktualizowanie uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi lub gwarancji”.

Podobnie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 12 marca 2021 r. w sprawie V CSKP 14/21 „Inwestor jest uprawniony do odmowy odbioru obiektu tylko wówczas, gdy jest on dotknięty wadą istotną, tj. taką, która czyni go niezdatnym do umówionego użytku zgodnie z przeznaczeniem lub prowadzi do wykonania robót w sposób wyraźnie sprzeciwiający się umowie. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady. Odbiór obiektu jest jednostronną czynnością zamawiającego (inwestora), stanowiącą pokwitowanie spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 462 k.c.), uznanie świadczenia wynikającego z umowy za wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, **co otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia.**”

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2015 r. w sprawie IV CSK 214/14 „**Jeżeli dzieło ma wadę nieistotną, jego oddanie powoduje wymagalność roszczenia o zapłatę wynagrodzenia,** przy czym zamawiający może domagać się usunięcia wady w oznaczonym terminie lub obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku.”

Mając powyższe na uwadze, zastrzeżenie zawarte w **§ 9 ust. 4 lit. b) wzoru umowy,** że wynagrodzenie **staje się wymagalne dopiero po usunięciu wszystkich wad** stwierdzonych podczas odbioru, a więc również **wad o charakterze nieistotnym,** **stoi w sprzeczności z treścią art. 647 KC i narusza swobodę kontraktowania wyrażoną w art. 353(1)KC i jako taki powinien zostać usunięty ze wzoru umowy.**

Powyższe żądanie jest tym bardziej uzasadnione, że Zamawiający przy okazji poprzedniego (unieważnionego) postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, uwzględnił analogiczne zarzuty odwołania odnoszące się do brzmienia § 9 ust. 4 lit. b) wzoru umowy i dokonał stosownej modyfikacji SWZ – przyjmując treść lit. b) jak wnioskowana w niniejszym odwołaniu.

Ponadto, zapis zawarty w **§ 9 ust. 4 lit. b)** wzoru umowy jest nie tylko niezgodny ze wskazanymi przepisami, ale pozostaje również niespójny z innym postanowieniami tego samego wzoru umowy. Umowa przewiduje bowiem w **§ 13 ust. 4 lit a)** oraz w **§ 13 ust. 6**, że:

„4. W przypadku:

a) stwierdzenia, że roboty objęte Umową zostały wykonane bez Wad istotnych oraz Wykonawca dostarczył w terminie wszystkie, kompletne dokumenty wymienione w ust. 2 - Strony podpiszą Protokół Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy;”

„6. Protokół Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy stanowiąc będzie podstawę do wystawienia przez Wykonawcę końcowej faktury VAT.”

Jak widać, wskazane postanowienia umowy przewidują dokonanie odbioru końcowego, pomimo stwierdzenia wad o charakterze nieistotnym, co zostanie potwierdzone podpisaniem protokołu odbioru końcowego, który stanowić będzie podstawę do wystawienia faktury z określonym w umowie terminem zapłaty. Powstaje więc niespójność wskazanych zapisów umowy z § 9 ust. 4 lit. b) wzoru umowy, który stanowi o braku wymagalności wynagrodzenia objętego taką fakturą do czasu usunięcia wszystkich wad, a więc również tych o charakterze nieistotnym. Powyższe potwierdza tylko konieczność dokonania zmiany brzmienia § 9 ust. 4 lit. b) wzoru umowy zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze wnoszę w tym zakresie jak powyżej.

II. W zakresie zarzutu ad. II pkt 2

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało ogłoszone w dniu 22 maja 2023 r. Zgodnie z treścią Rozdział IV pkt 1 SWZ „*Termin wykonania przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wynosi 44 tygodni (308 dni) od dnia zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą*”. Taki sam termin został wskazany w § 3 ust. 1 wzoru umowy - „*Strony ustalają, że Wykonawca wykona Przedmiot Umowy w terminie 44 tygodni od podpisania Umowy*”. Powyższe oznacza, że umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zostanie zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy. To z kolei oznacza, że aktualizuje się wymóg wynikający z art. 439 ust. 1 i ust. 2 PZP do obligatoryjnego zawarcia w treści umowy postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Przepis art. 439 ust. 1 został bowiem zmieniony przez art. 44 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 7 października 2022 r. (Dz.U.2022.2185) i wszedł w życie z dniem 10 listopada 2022 r. mając zastosowanie do wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po dniu wejścia w życie znowelizowanych przepisów.

Odwołujący zwraca uwagę, że celem wprowadzania do umowy klauzul waloryzacyjnych jest konieczność zapewnienia w umowie mechanizmów mających na celu zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w trakcie jej wykonywania. Jak przykładowo zostało wskazane w komentarzu do PZP pod red. Jaworska 2022, wyd. 3,

„Stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę. Zapewnia niezbędną elastyczność kształtowania kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, zapewniającą możliwość bieżącego i adekwatnego dostosowania stosunku zobowiązaniowego do zmiany okoliczności. Zapobiega obciążaniu wykonawców obowiązkiem zadeklarowania w ofercie niezmienną cenę i tym samym ponoszeniu jednostronnego ryzyka zmiany stosunków gospodarczych.”.

Odwołujący wskazuje, że w aktualnym czasie na rynku materiałów i usług budowlanych następują gwałtowne wahania cenowe, skutkujące zwłaszcza podwyższeniem kosztów realizacji zadań inwestycyjnych. Wskazane wahania są wynikiem takich okoliczności, jak w szczególności konsekwencje wystąpienia nadzwyczajnego i nieprzewidywanego wzrostu cen surowców, paliw energii, gazu (najwyższy od 13 lat), najwyższej od ok. 20 lat inflacji, a w ostatnim okresie czasu także negatywnych skutków prowadzenia przez Federację Rosyjską działań wojennych na terenie Ukrainy.

Powyższe oznacza, że po pierwsze, umowa musi zawierać obligatoryjne postanowienia art. 439 ust. 1 i ust. 2 PZP, a po drugie klauzula waloryzacyjna ustanowiona zgodnie z tymi przepisami powinna mieć charakter umożliwiający uzyskanie realnej a nie pozornej waloryzacji wynagrodzenia w celu zachowania równowagi ekonomicznej stron umowy o roboty budowlane.

Jak wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z 14 czerwca 2022 r. (sygn. akt KIO 1192/22), *„Celem zastosowania art. 439 Prawa zamówień publicznych jest faktyczne umożliwienie zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy (zarówno przez jego podwyższenie, jak i obniżenie) w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Dla prawidłowego zastosowania tego przepisu nie jest zatem wystarczające formalne zawarcie w projektach umów postanowień dotyczących kwestii w tym przepisie wymaganych, ale konieczne jest takie określenie zasad waloryzacji, które da stronom umowy szansę na zmianę wysokości wynagrodzenia uwzględniającą zmiany cen na rynku i na rozłożenie ryzyka wzrostu cen na obie strony umowy.”.*

W powyższych okolicznościach zasadne i konieczne jest wprowadzenie do umowy obligatoryjnej klauzuli waloryzacyjnej, o której mowa w art. 439 ust. 1 i ust. 2 PZP, gdyż Zamawiający w ogóle tego zaniechał. Zasadne jest również wprowadzenie klauzuli waloryzacyjnej o treści zawnioskowanej przez Odwołującego, gdyż taka klauzula zapewni zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy o roboty budowlane i będzie uwzględniać potencjalne wahania cen materiałów i kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Mając powyższe na uwadze wnoszę w tym zakresie jak powyżej

III.

Wskazane powyżej uchybienia w konsekwencji oznaczają, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w zarzutach odwołania w sposób opisany w tych zarzutach odwołania. W konsekwencji wskazane (skarżone) przez Odwołującego kwestie wymagają dokonania wnioskowanych modyfikacji.

Z powyższych względów w pełni uzasadnione jest postawienie zarzutów naruszenia

przepisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu.

Mając na uwadze wszystkie wskazane powyżej okoliczności, wnoszę jak na wstępie.

W załączeniu:

1. potwierdzenie zapłaty wpisu od odwołania;
2. pełnomocnictwo od ERBUD;
3. informacja z KRS dot. ERBUD.;
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;