

Toruń, dnia 20.07.2018r.

Dotyczy: postępowania uruchomionego w trybie przetargu nieograniczonego nr 16/2018 na Modernizację i rozbudowę budynku basenu przy ul. Bażyńskich 9/17 w Toruniu wraz z zagospodarowaniem terenów wokół basenu na cele rekreacyjne.

Działając na podstawie art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. z późniejszymi zmianami – Prawo zamówień publicznych Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

#### PYTANIE 1

##### Treść zapytania:

w nawiązaniu do postanowień § 9 pkt 11 Wzoru Umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, oraz odpowiedzi na pytanie nr 2, udzielonej przez Zamawiającego pismem z dnia 06.07.2018 r., pragniemy wskazać, że pojęcie protokołu końcowego „bezusterkowego” narusza określone w dalszej części pisma przepisy prawa.

Zgodnie z brzmieniem § 9 pkt 11 Wzoru Umowy „Wynagrodzenie (pomniejszone w szczególności o zapłacone należności na podstawie faktur przejściowych) wypłacone będzie na podstawie faktury końcowej w przypadku wykonania obowiązków przez Wykonawcę zgodnie z umową. Podstawą do wystawienia faktury końcowej będzie protokół odbioru zadania inwestycyjnego (zwany dalej „protokołem końcowym”) **bezusterkowy**, o którym mowa w § 11 ust. 6, podpisany przez inspektora nadzoru i Komisję odbiorów zadań inwestycyjnych i remontowych powołaną przez Zamawiającego, którego załącznikiem będzie odpowiednio końcowy protokół przerobowy lub końcowy protokół przerobowy rozszerzony oraz oświadczenia, o których mowa w ust. 124, a także wywiązanie się przez Wykonawcę z nałożonych obowiązków określonych w umowie, o których mowa w § 3 ust. 12-17, potwierdzone przez Zamawiającego. Do faktury końcowej Wykonawca zobowiązany jest dołączyć kserokopię protokołu końcowego **bezusterkowego**.”

Wyżej wymienione postanowienie umowy odsyła w swej treści do § 11 ust. 6 Wzoru Umowy, który ma następujące brzmienie:

„Za protokół końcowy **bezusterkowy** uznaje się:

- protokół końcowy nie zawierający wyspecyfikowanych wad, lub
- protokół końcowy, w którym potwierdzono usunięcie wszystkich wyspecyfikowanych wad.”

W tym miejscu Wykonawca podnosi, iż Zamawiający wprowadzając do Wzoru Umowy powołane wyżej postanowienia, a także podtrzymując ich treść w wyniku udzielonej odpowiedzi, dopuścił się naruszenia przepisów art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i 647 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady

współżycia społecznego oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnych praw podmiotowych.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego (Kc) przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z 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.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że powołany przepis definiujący umowę o roboty budowlane mówi o „odbiorze robót”, nie zaś o bezusterkowym czy też bezwarunkowym odbiorze robót. Wskazać należy, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli prace zostaną wykonane niezgodnie z projektem lub zasadami wiedzy technicznej, lub wystąpią wady na tyle istotne, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania. Odmowy odbioru i zapłaty nie będą uzasadniały nieistotne wady, usterki i niedoróbki, gdyż taka sytuacja uprawnia inwestora jedynie do skorzystania z rękojmi. Zatem, jeżeli nawet strony w umowie postanowiłyby inaczej, wykonawca może skutecznie domagać się wynagrodzenia, kiedy w protokole odbioru stwierdzono, że roboty dotknięte są usterekami. Postanowienie przeciwne skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby inwestorowi prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Z tych względów postanowienie takie byłoby sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane, a zatem bezwzględnie nieważne.

Na poparcie swoich twierdzeń Wykonawca odsyła do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku - V Wydział Cywilny z dnia 24 lutego 2012 r. sygn. akt V ACa 198/12, w którym Sąd zważył:

*„Należy zgodzić się z poglądem, że odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części, wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 17.02.2000 r., I ACA 1027/99, Prawo Gospodarcze 2001/2). W świetle art. 647 KC odbiór robót należy do obowiązków inwestora i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót. Wskazując na konieczność odbioru „bezusterkowego” skarżący statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono.”*

Analogiczny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt

V ACa 935/15, cyt.:

*„Ujawnienie wad budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., sygn. akt II CKN 28/07; z dnia 12 czerwca 2007 r., sygn. akt V CSK 99/07). Umownemu*

*obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu odpowiada obowiązek zleceniodawcy odebrania tego obiektu i zapłaty uzgodnionego wynagrodzenia. (...) W świetle art. 647 KC odbiór należy do obowiązków zleceniodawcy i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek, bowiem przepis odwołuje się do „odbioru robót” a nie „bezusterkowego odbioru robót”. Z chwilą obioru robót przedmiotu umowy realizuje się prawo wykonawcy do żądania wypłaty wynagrodzenia i prawa tego nie niweczy, co do zasady, stwierdzenie zauważonych usterek.”*

Identyczną ocenę zaprezentował Sąd Apelacyjny w Warszawie - I Wydział Cywilny w orzeczeniu z dnia 3 sierpnia 2017 r. sygn. akt I ACa 689/16, zamieszczając w wyroku obszerny wywód, cyt.:

*„Otóż, odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru uznać należy za nieważne, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 KC. W świetle ugruntowanego już w orzecznictwie poglądu, zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z art. 643 KC. Inwestor może uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r., II CSK 21/12 oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 30 maja 2014 r., I ACa 124/14). Podnosi się przy tym, że strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać odbioru tych robót od braku jakichkolwiek usterek, albowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2014 r., V ACa 725/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 października 2016 r. I ACa 138/16). Również w jednym z ostatnich orzeczeń, tj. wyroku z dnia 21 kwietnia 2017 r. o sygn. I CSK 333/16 Sąd Najwyższy wskazał, że wynikającego z art. 647 KC obowiązku inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Przyjmowanie bowiem, że każde odstępstwo od takiego idealnego stanu dawałoby inwestorowi prawo odmowy odebrania obiektu pozostawałoby w sprzeczności z naturą zobowiązania objętego umową o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do należnego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Przyjmuje się, że projekt i zasady wiedzy technicznej powołane w przepisie art. 647 KC stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniając interes publiczny i prywatny użytkownika i tym samym stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości obiektu budowlanego. Inwestor może bowiem skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad.*

Sąd Apelacyjny orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela te poglądy. W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualnego wykazu wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie

*uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepisy art. 637 KC i art. 638 KC, jednak to jego uprawnienie nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane.”*

W związku z powyższym, dalsze podtrzymywanie przez Zamawiającego postanowień § 9 pkt 11 oraz § 11 ust. 6 Wzoru Umowy w obecnym brzmieniu stanowi działanie naruszające przepisy art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 5 i 647 Kodeksu cywilnego.

Wykonawca wnosi zatem o dokonanie modyfikacji ww. postanowień Wzoru Umowy poprzez usunięcie słowa „bezusterkowy” przy pojęciu protokołu końcowego.

Odpowiedź:

W nawiązaniu do Państwa propozycji zmiany umowy zawartej w piśmie z dnia 04.07.2018r. oraz w piśmie z dnia 12.07.2018r. – niniejszym przychylamy się do wykreślenia z 9 pkt. 11 słowa “bezusterkowy”. Nowy wzór umowy w załączeniu (w nowej wersji umowy jest to § 8 pkt. 9).

Zastępca dyrektora  
ds. technicznych

*Maciej Otko*