



Jaworzyna Śląska 13.10.2023 r.

IGK.271.10.2023

ODPOWIEDŹ NA PYTANIE

W związku z pytaniami skierowanymi do Zamawiającego w postępowaniu pn. „*Rozwój strefy przemysłowej poprzez uzbrojenie terenów na potrzeby funkcjonowania Jaworzynskiej Strefy Aktywności Gospodarczej (JSAG)*”, działając na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:

Pytanie nr 1: bezusterkowy odbiór

1. Zgodnie z §5 ust. 4 wzoru umowy – „Wykonawca zapewni finansowanie na realizację przedmiotu Umowy określonego w § 1 w części niepokrytej kwotą określoną w ust. 3 pkt 1) i pkt 2) z zastrzeżeniem, że zapłata wynagrodzenia Wykonawcy w całości nastąpi po wykonaniu inwestycji w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia przedłożenia Zamawiającemu faktury VAT, po uprzednim dokonaniu **bezusterkowego odbioru** końcowego przedmiotu umowy, zatwierdzonego protokolarnie przez inspektora nadzoru inwestorskiego”. Jednocześnie, zgodnie z §5 ust. 8 wzoru umowy – „Umówione wynagrodzenie uregulowane będzie w terminie 30 dni od dnia przedłożenia Zamawiającemu faktury VAT, po uprzednim dokonaniu **bezusterkowego odbioru** odpowiednio częściowego lub końcowego przedmiotu umowy, zatwierdzonego protokolarnie przez inspektora nadzoru inwestorskiego.”.

Ponadto, zgodnie z §5 ust. 9 wzoru umowy – „Podstawą wystawienia faktury:

- 1) częściowej będzie protokół **bezusterkowego odbioru** częściowego robót podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę, zatwierdzony przez inspektora nadzoru inwestorskiego oraz dokumenty rozliczeniowe potwierdzające dokonanie przez Wykonawcę zapłaty w pełnej wysokości zakontraktowanych robót wykonywanych przez Podwykonawców zgodnie z ust. 20.
- 2) końcowej będzie protokół **bezusterkowego odbioru** końcowego robót podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę, zatwierdzony przez inspektora nadzoru inwestorskiego oraz dokumenty rozliczeniowe potwierdzające dokonanie przez Wykonawcę zapłaty w pełnej wysokości zakontraktowanych robót wykonywanych przez Podwykonawców zgodnie z ust. 20.”.

Dodatkowo, zgodnie z §7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy – „Zamawiający zobowiązuje się do... dokonania odbioru końcowego robót w przypadku **bezusterkowego** ich wykonania, w terminie 14 dni od dnia zgłoszenia zakończenia robót i złożenia wniosku o dokonanie odbioru końcowego.” co



więcej zgodnie z §13 ust. 1 wzoru umowy – „Zamawiający zapłaci kary umowne w przypadku zwłoki w odbiorze przedmiotu umowy w przypadku **bezusterkowego** wykonania w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki.

Co więcej, zgodnie z §10 ust. 4, 16 i 18 wzoru umowy – „...W przypadku **braku zastrzeżeń** do protokołu będzie on podlegał potwierdzeniu przez Inspektora nadzoru. Na podstawie tego potwierdzenia Wykonawca będzie uprawniony do wystawienia faktury VAT obejmującej roboty objęte potwierdzonym protokołem. W przypadku **zastrzeżeń** do Protokołu będzie on podlegał zwróceniu, ze wskazaniem nieprawidłowości Wykonawcy, który będzie wówczas zobowiązany do niezwłocznego ich usunięcia i dokonania ponownego zgłoszenia. Wówczas ponowiona zostanie procedura odbioru częściowego.”, oraz „Po otrzymaniu zawiadomienia o usunięciu wad strony przystępują do dalszego odbioru robót, sporządzając protokół odbioru, w którym stwierdzają między innymi fakt usunięcia wad. Terminem wykonania robót i odbioru końcowego w takich sytuacjach będzie termin sporządzenia protokołu odbioru robót po **usunięciu stwierdzonych wad.**”, oraz „W przypadku nie usunięcia **wad** lub ponownego wykonania robót, w których zostaną stwierdzone **wady**, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego albo gdy z okoliczności wynika, że Wykonawca nie zdoła usunąć **wad** lub wykonać prac wolnych od **wad** w wyznaczonym czasie, Zamawiający może ich usunięcie zlecić innemu podmiotowi, a powstałe z tego tytułu koszty Zamawiający może wedle wyboru uregulować z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub potrącić z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy, bez konieczności uzyskania jego zgody. W takich przypadkach Zamawiający może również odstąpić od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w terminie 60 dni od dnia stwierdzenia wady lub żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 umowy.”.

2. Z powyższych postanowień wynika, iż wystąpienie jakichkolwiek wad o charakterze nieistotnym (określonych jako „wady” czy „zastrzeżenia”), może być podstawą do przerwania czynności odbiorowych, w tym odbioru końcowego. Powyższe okoliczności wskazują na fakt, że Zamawiający wprowadził więc *de facto* za pośrednictwem tych postanowień odbior bezusterkowy, jednoznacznie sankcjonowany i wyłączony w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.
3. Powyższe generuje sytuację, w której pomimo możliwości korzystania z efektu wykonanych prac przez Zamawiającego i pomimo potencjalnego istnienia choćby nieznaczących jedynie uchybień w robotach wykonanych przez wykonawcę, może zostać on pozbawiony należnego mu 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 ostatecznego, który z kolei jest wystawiany m.in. na podstawie



protokołu odbioru końcowego robót budowlanych. Ten nie będzie mógł z kolei zostać wystawiony, jeśli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady nieistotne (czyli np. zastrzeżenia). Czyni to w konsekwencji projektowane przez Zamawiającego postanowienia dotyczące czynności odbiorowych i wynikających z nich konsekwencji wprost nieprawidłowymi, co już samo w sobie stanowi uchybienie przepisom ustawy Pzp.

4. **Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że poprzez tak ukształtowane postanowienia umowne Zamawiający uchyla się od ciężącego na nim, bezwzględnie obowiązującego wynikającego z treści art. 647 KC, który wskazuje, że jednym z podstawowych obowiązków inwestora, w tym wypadku Zamawiającego, w ramach umowy o roboty budowlane jest dokonanie odbioru robót.** Odbiór wykonanych robót jest kwestią kluczową w relacjach inwestor (zamawiający) — wykonawca. Stąd też, jakakolwiek praktyka uchylania się przez inwestorów od tego obowiązku, **w szczególności przy odbiorach końcowych**, 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.
5. 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 SA 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 posiadania 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 rękojmi 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 rękojmi 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 (usterki), 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 obioru i zakreślić 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 (...).

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności Wykonawca wnosi o modyfikację treści SWZ poprzez zmianę zgodnie z zaproponowanym brzmieniem wskazanych postanowień, tj.:

- §5 ust. 4 wzoru umowy – „Wykonawca zapewni finansowanie na realizację przedmiotu Umowy określonego w § 1 w części niepokrytej kwotą określoną w ust. 3 pkt 1) i pkt 2) z zastrzeżeniem, że zapłata wynagrodzenia Wykonawcy w całości nastąpi po wykonaniu inwestycji w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia przedłożenia Zamawiającemu faktury VAT, po uprzednim dokonaniu **bezusterkowego odbioru** końcowego przedmiotu umowy **bez wad istotnych**, zatwierdzonego protokolarnie przez inspektora nadzoru inwestorskiego”.
- §5 ust. 8 wzoru umowy – „Umówione wynagrodzenie uregulowane będzie w terminie 30 dni od dnia przedłożenia Zamawiającemu faktury VAT, po uprzednim dokonaniu **bezusterkowego odbioru** odpowiednio częściowego lub końcowego przedmiotu umowy **bez wad istotnych**, zatwierdzonego protokolarnie przez inspektora nadzoru inwestorskiego”.
- §5 ust. 9 wzoru umowy – „Podstawą wystawienia faktury:
 - 1) częściowej będzie protokół **bezusterkowego odbioru** częściowego robót **bez wad istotnych** podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę, zatwierdzony przez inspektora nadzoru inwestorskiego oraz dokumenty rozliczeniowe potwierdzające dokonanie przez Wykonawcę zapłaty w pełnej wysokości zakontraktowanych robót wykonywanych przez Podwykonawców zgodnie z ust. 20.
 - 2) końcowej będzie protokół **bezusterkowego odbioru** końcowego robót **bez wad istotnych** podpisany przez Zamawiającego i Wykonawcę, zatwierdzony przez inspektora nadzoru



inwestorskiego oraz dokumenty rozliczeniowe potwierdzające dokonanie przez Wykonawcę zapłaty w pełnej wysokości zakontraktowanych robót wykonywanych przez Podwykonawców zgodnie z ust. 20.”.

- **§7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy** – „Zamawiający zobowiązuje się do:... dokonania odbioru końcowego robót w przypadku **braku wad istotnych bezusterkowego ich wykonania**, w terminie 14 dni od dnia zgłoszenia zakończenia robót i złożenia wniosku o dokonanie odbioru końcowego.”
- **§13 ust. 1 wzoru umowy** – „Zamawiający zapłaci kary umowne w przypadku zwłoki w odbiorze przedmiotu umowy w przypadku **braku wad istotnych w bezusterkowym wykonaniu przedmiotu zamówienia** w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki.
- **§10 ust. 4 wzoru umowy** - „...W przypadku **braku zastrzeżeń wad istotnych w do protokołu** będzie on podlegał potwierdzeniu przez Inspektora nadzoru. Na podstawie tego potwierdzenia Wykonawca będzie uprawniony do wystawienia faktury VAT obejmującej roboty objęte potwierdzonym protokołem. W przypadku **zastrzeżeń wystąpienia wad istotnych w do Protokołu** będzie on podlegał zwróceniu, ze wskazaniem nieprawidłowości Wykonawcy, który będzie wówczas zobowiązany do niezwłocznego ich usunięcia i dokonania ponownego zgłoszenia. Wówczas ponowiona zostanie procedura odbioru częściowego.”
- **§10 ust. 16 wzoru umowy** - „Po otrzymaniu zawiadomienia o usunięciu **wad istotnych** strony przystępują do dalszego odbioru robót, sporządzając protokół odbioru, w którym stwierdzają między innymi fakt usunięcia **wad istotnych**. Terminem wykonania robót i odbioru końcowego w takich sytuacjach będzie termin sporządzenia protokołu odbioru robót po **usunięciu stwierdzonych wad istotnych**”.
- **§10 ust. 18 wzoru umowy** - „W przypadku nie usunięcia **wad istotnych** lub ponownego wykonania robót, w których zostaną stwierdzone **wady istotne**, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego albo gdy z okoliczności wynika, że Wykonawca nie zdoła usunąć **wad istotnych** lub wykonać prac wolnych od **wad istotnych** w wyznaczonym czasie, Zamawiający może ich usunięcie zlecić innemu podmiotowi, a powstałe z tego tytułu koszty Zamawiający może wedle wyboru uregulować z zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub potrącić z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy, bez konieczności uzyskania jego zgody. W takich przypadkach Zamawiający może również odstąpić od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w terminie 60 dni od dnia stwierdzenia wady lub żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 umowy.”.

Odpowiedź na pytanie 1:

Zamawiający modyfikuje postanowienia Umowy zgodnie z załączonym ogłoszeniem o zmianie SWZ.