

Poznań, 20 września 2019 r.

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

Odwołujący: Budimex S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
tel. +48 22 623 60 00
fax: +48 22 623 60 01
e-mail: cezary.soja@budimex.pl

Zamawiający: Miasto Poznań
Urząd Miasta Poznania
Plac Kolegiacki 17
61-841 Poznań
fax: +48 61 878 50 85
tel. +48 61 878 52 10
e-mail: zp@um.poznan.pl

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn.:
„Przebudowa Rynku Łazarskiego w Poznaniu”
Znak sprawy u Zamawiającego: ZOU-XII.271.156.2019.MA

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 13.09.2019 roku pod numerem **2019/S 177-429811**.

ODWOŁANIE

I.

Działając w imieniu Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa (w załączeniu), na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z dnia 3 października 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. Zm.) – dalej: **„PZP”** – wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego: Gminy – Miasto Poznań, polegającej na niezgodnym z przepisami określeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: **„SIWZ”**.

Odwołujący wnosi odwołanie od niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, **zarzucając mu naruszenie art. 647 Kodeksu cywilnego („Kc”), art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353¹ Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 14 ust. 1 PZP oraz art. 139 ust. 1 PZP, poprzez**

ukształtowanie określonych odpowiednio w § 17 ust. 4 pkt 5), § 17 ust. 5 pkt 12) oraz § 17 ust. 6 pkt 14) - Załącznika nr 9 do SIWZ - Wzoru umowy postanowień w postaci warunków odbioru robót budowlanych od Wykonawcy w sposób sprzeczny z tymi przepisami, w tym z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane w takim zakresie, w jakim Zamawiający będzie (w świetle zaskarżonych postanowień Wzoru umowy) uprawniony do odmówienia odbioru robót budowlanych do czasu usunięcia ich wad przez Wykonawcę także wtedy, kiedy roboty te będą dotknięte wadami nadającymi się do usunięcia, podczas gdy zgodnie z obowiązującymi w tej mierze przepisami oraz ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, obowiązkiem Zamawiającego jest w tym przypadku dokonanie odbioru robót od Wykonawcy, a prawo do odmowy odbioru robót służy Zamawiającemu wyłącznie wówczas, kiedy roboty są dotknięte wadami istotnymi.

II.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów **Odwołujący wnosi o:**

- 1) uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści:
 - a) **§ 17 ust. 4 pkt 5) Załącznika nr 9 do SIWZ - Wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

„W przypadku stwierdzenia wad nieistotnych części Przedmiotu Umowy Inspektor Nadzoru odmówi odbioru i wezwie Wykonawcę do usunięcia stwierdzonych wad nieistotnych we wskazanym terminie jednakże nie dłuższym niż 14 dni. Po usunięciu wad nieistotnych Wykonawca zgłosi ponownie gotowość do odbioru. Odbiór zostanie przeprowadzony w terminie 3 dni roboczych od zgłoszenia. Wyznaczony termin na usunięcie wad zostanie uznany za dochowany, jeżeli przed jego upływem zostanie sporządzony Protokół Odbioru Częściowego. W przeciwnym razie część Przedmiotu Umowy, dla której wskazano wadę nieistotną nie będzie przedmiotem odbioru częściowego.”

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„W przypadku stwierdzenia wad nieistotnych części Przedmiotu Umowy Inspektor Nadzoru dokona odbioru, zostanie sporządzony Protokół Odbioru Częściowego, w którym Strony wskażą roboty dotknięte wadami nieistotnymi oraz ustalą sposób i odpowiedni termin na ich usunięcie przez Wykonawcę na własny koszt.

Po usunięciu wad nieistotnych Wykonawca zgłosi gotowość do ich odbioru. Odbiór usuniętych wad nieistotnych zostanie przeprowadzony w terminie 3 dni roboczych od zgłoszenia.”

- b) **§ 17 ust. 5 pkt 12) Załącznika nr 9 do SIWZ - Wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

„W przypadku stwierdzenia wad nieistotnych części Przedmiotu Umowy objętej danym Podetapem Przedstawiciel Zamawiającego odmówi odbioru i wezwie Wykonawcę do usunięcia stwierdzonych wad nieistotnych we wskazanym terminie jednakże nie dłuższym niż 14 dni. Po usunięciu wad nieistotnych Wykonawca zgłosi ponownie gotowość do odbioru. Odbiór zostanie przeprowadzony w terminie 4 dni roboczych od zgłoszenia. Wyznaczony termin na usunięcie wad zostanie uznany za dochowany, jeżeli przed jego upływem zostanie sporządzony Protokół Odbioru Podetapu. W przypadku usunięcia przez Wykonawcę wad w tym terminie Zamawiającemu nie będą

należne kary umowne za przekroczenie określonego w Umowie i HRF terminu zakończenia danego Podetapu;”

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„W przypadku stwierdzenia wad nieistotnych części Przedmiotu Umowy objętej danym Podetapem Przedstawiciel Zamawiającego dokona odbioru, zostanie sporządzony Protokół Odbioru Podetapu, w którym Strony wskażą roboty dotknięte wadami nieistotnymi oraz ustalą sposób i odpowiedni termin na ich usunięcie przez Wykonawcę na własny koszt. Po usunięciu wad nieistotnych Wykonawca zgłosi gotowość do ich odbioru. Odbiór usuniętych wad nieistotnych zostanie przeprowadzony w terminie 4 dni roboczych od zgłoszenia.”

c) **§ 17 ust. 6 pkt 14) Załącznika nr 9 do SIWZ - Wzoru umowy w ten sposób, że dotychczasowa treść tego postanowienia:**

„W przypadku stwierdzenia wad nieistotnych robót podlegających odbiorowi Przedstawiciel Zamawiającego odmówi odbioru i wezwie Wykonawcę do usunięcia stwierdzonych wad nieistotnych we wskazanym terminie jednakże nie dłuższym niż 14 dni. Po usunięciu wad nieistotnych Wykonawca zgłosi ponownie gotowość do odbioru. Odbiór zostanie przeprowadzony w terminie 4 dni roboczych od zgłoszenia. Wyznaczony termin na usunięcie wad zostanie uznany za dochowany, jeżeli przed jego upływem zostanie sporządzony Protokół Odbioru Robót Budowlanych.”

Otrzyma nowe, następujące brzmienie:

„W przypadku stwierdzenia wad nieistotnych robót podlegających odbiorowi Przedstawiciel Zamawiającego dokona odbioru, zostanie sporządzony Protokół Odbioru Robót Budowlanych, w którym Strony wskażą roboty dotknięte wadami nieistotnymi oraz ustalą sposób i odpowiedni termin na ich usunięcie przez Wykonawcę na własny koszt. Po usunięciu wad nieistotnych Wykonawca zgłosi gotowość do ich odbioru. Odbiór usuniętych wad nieistotnych zostanie przeprowadzony w terminie 4 dni roboczych od zgłoszenia.”

2) o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

III.

Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego Odwołania, gdyż jest podmiotem, którego podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym z zakresu infrastruktury drogowej, jest zainteresowany złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu, jej wyborem przez Zamawiającego oraz wykonaniem zamówionych robót w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i opartej na nich umowie. W konsekwencji, w przypadku wyboru jego oferty Odwołujący zobowiązany będzie do podpisania umowy na realizację zamówienia zgodnie z obecnym wzorem umowy, który jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Nieuwzględnienie zaś odwołania może go narazić na szkodę, ponieważ w związku wyżej wskazanymi uchybieniami Zamawiającego, Odwołujący mógłby być narażony na bezpodstawne wstrzymywanie odbiorów robót, wynikające z tego opóźnienia w finansowaniu ich realizacji, a także na bycie bezpodstawnie obciążonym przez Zamawiającego karami umownymi z tytułu nieterminowego wykonania robót w sytuacji, w której Zamawiający odmawiałby dokonania odbioru robót mimo braku w nich wad istotnych.

Zdaniem Odwołującego doszłoby w ten sposób do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy PZP i Kc, ze skutkiem jej częściowej nieważności z mocy prawa.

IV.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu oraz SIWZ zostały opublikowane w dniu 13 września 2019 roku wobec czego należy stwierdzić, że niniejsze Odwołanie zostało złożone w terminie przewidzianym w PZP.

Uzasadnienie

W zakresie regulacji dokonywania odbiorów robót budowlanych, w odpowiednio wyżej szczegółowo wymienionych postanowieniach § 17 ust. 4 pkt 5), § 17 ust. 5 pkt 12) oraz § 17 ust. 6 pkt 14) Wzoru umowy, jaka ma zostać zawarta z wybranym Wykonawcą, Zamawiający wprowadził odpowiednio postanowienia, zgodnie z którymi (odpowiednio w każdym z trzech w/w jednostek redakcyjnych *ab initio*):

„W przypadku stwierdzenia wad nieistotnych części Przedmiotu Umowy (*lub odpowiednio części Przedmiotu Umowy objętej danym Podetapem lub robot – przyp. Odwołującego*) Przedstawiciel Zamawiającego (*lub odpowiednio Inspektor Nadzoru – przyp. Odwołującego*) odmówi odbioru i wezwie Wykonawcę do usunięcia stwierdzonych wad nieistotnych we wskazanym terminie jednakże nie dłuższym niż 14 dni [...]”.

Zdaniem Odwołującego, cyt. treść § 17 ust. 4 pkt 5), § 17 ust. 5 pkt 12) oraz § 17 ust. 6 pkt 14) Załącznika nr 9 do SIWZ - Wzoru umowy stanowi naruszenie art. 647 Kc, art. 654 Kc, art. 656 § 1 Kc, art. 353¹ Kc i art. 58 § 3 Kc, w związku z art. 139 ust. 1 PZP i art. 14 P ust. 1 PZP.

Stosownie do art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 PZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Biorąc zaś pod uwagę przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy PZP nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym oferentem – wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie cywilnym (art. 647 – 658 Kc), która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 Kc¹.

Już z literalnej wykładni art. 647 Kc wynika, że ustawowym obowiązkiem inwestora jest odebranie od wykonawcy obiektu wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej. Poza dokonaniem wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w tym przekazaniem terenu budowy, dostarczeniem projektu oraz zapłatą umówionego wynagrodzenia, odbiór wykonanych robót budowlanych jest podstawowym obowiązkiem inwestora. Nie budzi również wątpliwości zarówno w doktrynie prawa jak i w orzecznictwie sądowym, że roboty budowlane stanowią zaawansowane technicznie i złożone świadczenie niepieniężne, składające się z poszczególnych elementów, które tak w całości, jak i z osobna cechuje wysoki poziom skomplikowania inżynierskiego,

¹ Art. 647 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.*

długotrwały okres realizacji, etapowanie oraz zinstytucjonalizowany nadzór budowlany. Odbiory robót unormowane są także w art. 654 Kc, a nadto – w zakresie w jakim związane jest to z wykonywaniem robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową – dotyczy ich przepis art. 656 § 1 Kc.

Zawarta we Wzorze umowy regulacja odbioru robót przewiduje odbiory Robót Zanikających lub Ulegających Zakryciu, Odbiory Częściowe, Odbiory Podetapów, Odbiory Robót Budowlanych, Odbiór Końcowy, Odbiory Ostateczne i Odbiory Ostateczne Zieleni (§ 17 ust. 1 pkt 1-7 w zw. z definicjami zawartymi w §2 Wzoru umowy).

Zakwestionowane przez Odwołującego brzmienie **17 ust. 4 pkt 5), § 17 ust. 5 pkt 12), § 17 ust. 6 pkt 14), Załącznika nr 9 do SIWZ - Wzoru umowy** Wzoru umowy **dotyczy wszystkich rodzajów odbiorów robót budowlanych**, co świadczy o jego istotnej wadze dla całego tego zagadnienia, a jednocześnie o równie poważnym zagrożeniu dla słuszych interesów wykonawcy, gdyby cyt. postanowienie zostało zachowane w obecnym brzmieniu i nie zostało zmienione. Należy bowiem mieć na uwadze, że ocena terminowości realizacji robót przez wykonawcę następuje przez wzgląd na terminy, według których – zgodnie z Wzorem umowy – uznaje się roboty za wykonane i możliwe do odbioru, co ma bezpośredni wpływ na możliwość fakturowania wynagrodzenia należnego Wykonawcy i na odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu kar umownych.

Zdaniem Odwołującego, w przypadku występowania w wykonanych robotach wad usuwalnych – a zatem wad nie mających istotnego charakteru, skoro dają się usunąć – Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru tych robót, zaś w protokole odbioru Strony powinny wskazać na czym wady polegają i sposób ich usunięcia w odpowiednim terminie. Wady usuwalne z samej definicji nie powodują bowiem niezdatności przedmiotu odbioru do użytku i nie świadczą o tym, że wykonawca nie wykonał powierzonych mu robót.

Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy bowiem do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót – por. Pkt 1 tezy Wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r. **V ACa 88/09**². Analogiczne stanowisko zajął też Sąd Apelacyjny w Krakowie w Pkt 2 Wyroku z dnia 09.10.2012 r. **I ACa 892/12**, przyjmując, iż „wady są istotne, jeżeli wskutek ich wystąpienia przedmiot umowy jest niezdatny do określonego w umowie użytku, ze względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację (...).”

² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21.04.2009 r. V ACa 88/09:

1. O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC.

2. Jeżeli wykonawca na żądanie inwestora w wyznaczonym mu terminie nie zmieni wadliwego sposobu wykonania robót budowlanych, to inwestor nie może żądać upoważnienia przez sąd do powierzenia lub dalszego wykonania robót (art. 480 § 1 KC) skoro bez takiego upoważnienia jest uprawniony do zastępczego wykonania zobowiązania.

3. Gdy przed odebraniem robót budowlanych inwestor stwierdzi wadliwe ich wykonanie to służy mu uprawnienie do żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonania robót w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 636 § 1 KC. Niewykonanie powyższego żądania i wykonywanie w dalszym ciągu robót w sposób wadliwy oznacza, iż wykonawca wykonuje swoje zobowiązanie w sposób nienależyty a inwestorowi służą uprawnienia szczególne przewidziane w art. 636 § 1 KC tj. uprawnienie do odstąpienia od umowy lub uprawnienie powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Przyznanie takich szczególnych uprawnień inwestorowi w sytuacji wadliwego lub sprzecznego z umową wykonania robót budowlanych oznacza, iż nie mają do tej sytuacji zastosowania przepisy ogólne o skutkach niewykonania zobowiązania, w tym art. 480 § 1 KC.

W pierwszej kolejności wypadałoby poddać w wątpliwość wynikające z zapisów 17 ust. 4 pkt 5), § 17 ust. 5 pkt 12), § 17 ust. 6 pkt 14) Załącznika nr 9 do SIWZ - Wzoru umowy oczekiwanie, by tak złożony i skomplikowany pod względem inżynierskim obiekt budowlany jak plac (rynek) stanowiący przedmiot zamówienia, został wykonany całkowicie bezusterkowo. Wniosek ten płynie wprost z zaskarżonego niniejszym Odwołaniem postanowienia Wzoru umowy, skoro Zamawiający miałby być uprawniony do odmowy odbioru również w razie wystąpienia wad nieistotnych, nadających się do usunięcia (np. nierówno postawiony znak drogowy, drobne braki w zieleni drogowej lub asortymentach brukarskich). Takie uprawnienie Zamawiającego jest **sprzeczne z naturą stosunku prawnego** umowy o roboty budowlane (art. 353¹ Kc) i prowadzi do częściowej nieważności postanowień Wzoru umowy.

Odwołujący nie twierdzi rzecz jasna, iż nie ma obowiązku usunięcia wad swoich robót, lecz podnosi, że na gruncie obowiązujących przepisów zobowiązanie takie realizuje się w reżimie odpowiedzialności gwarancyjnej, a nie poprzez wstrzymywanie odbiorów, co jest praktyką niedopuszczalną.

Powyższa wykładnia – mająca przez wzgląd na treść art. 139 ust. 1 PZP zastosowanie także w umowach w sprawie zamówień publicznych – nie budzi wątpliwości i jest poparta ugruntowaną już na przestrzeni ostatnich lat linią orzecniczą. Sprowadza się ona do stwierdzenia, że Zamawiający nie jest uprawniony do odmowy odbioru robót od Wykonawcy w przypadku jakichkolwiek wad w wykonanych robotach, lecz tylko w razie wad istotnych. W pozostałym zakresie jest zobowiązany dokonać odbioru z jednoczesnym wskazaniem wykrytych wad i ustaleniem terminu ich usunięcia. W przeciwnym przypadku zachodziłaby sprzeczność odpowiednich postanowień umowy z przepisami art. 647, 654 i 656 § 1 Kc oraz z naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane (art. 353¹ Kc), powodująca ich częściową nieważność z mocy prawa (art. 58 § 3 Kc).

Reprezentatywnym przykładem powoływanej przez Odwołującego linii orzecniczej w tej sprawie jest **Wyrok Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r. V CSK 99/07**. Zgodnie z jego tezą: „1. Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.

2. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.” W analogiczny sposób wypowiadał się Sąd Najwyższy w innych Wyrokach: z dnia 14.02.2007 r. **II CNP 70/06**³ oraz z dnia 05.03.1997 r. **II CKN 28/97**⁴. Z kolei w uzasadnieniu Wyroku z 24.07.2009 r. **II CSK 61/09** Sąd Najwyższy stwierdził, że *inwestor może odmówić dokonania odbioru robót, jeśli stwierdzi w nich wady istotne*, co a contrario oznacza, że nie może tego uczynić w przypadku wad nieistotnych, nadających się do usunięcia.

Kolejnym przykładem tej linii orzecniczej stanowi Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 „Należy przy tym zauważyć, że zasadniczo w orzecnictwie utrwalony jest pogląd, że zgłoszenie przez wykonawcę zakończenia robót obliguje inwestora do ich odbioru, a sam fakt istnienia wad i usterek nie uprawnia do odmowy odbioru obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. **Odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot**

³ Wyrok SN z 14.02.2007 r. 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.*

⁴ Wyrok SN z 05.03.1997 r. II CKN 28/97: *Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad wraz z ewentualnymi terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.*

zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., II CSK 476/12 nie publ.)."

Powyższy kierunek orzekania znalazł pełną kontynuację również w najnowszym orzecznictwie sądów apelacyjnych, z którego Odwołujący przytacza w szczególności:

1) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 04.04.2014 r. **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.”

2) Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.12.2013 r. **I ACa 1302/13**:

*„1. Przyczyn rażącego wygórowania kary umownej upatrywać należy w jej stosunku do poniesionej przez stronę szkody z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania. Tym samym wysokość szkody może stanowić istotne kryterium redukcji kary umownej.
2. Jedynie w sytuacji, gdy oddane dzieło jest dotknięte wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyrażnie 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.”*

3) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z 20.12.2012 r. **I ACa 405/12**:

„Czym innym jest zgłoszenie odbioru robót, czym innym stwierdzenie wad w wykonaniu robót. Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art. 654 KC). W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad.”

4) Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.10.2012 r. **I ACa 1046/12**:

„1. 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 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.

2. 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.

3. Choć poprzez odesłanie zawarte w art. 656 KC ustawodawca dopuścił odpowiednie stosowanie części zapisów dotyczących umowy o dzieło do umowy o roboty budowlane, to w

jednak w katalogu zawartym w tym przepisie, brak jest odesłania do art. 632 KC. Nawet w sytuacji uznania stanowiska, co do możliwości zastosowania ostrożnej analogi przepisów dotyczących umowy o dzieło do umów o roboty budowlane również w tej kwestii zważyć należy, że dotyczy on wyłącznie uprawnienia do domagania się podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego przez przyjmującego zamówienie.”

5) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.04.2009 r. **V ACa 88/09**:

„1. O niewykonaniu zobowiązania z reguły nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 KC, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 KC.

2. Jeżeli wykonawca na żądanie inwestora w wyznaczonym mu terminie nie zmieni wadliwego sposobu wykonania robót budowlanych, to inwestor nie może żądać upoważnienia przez sąd do powierzenia lub dalszego wykonania robót (art. 480 § 1 KC) skoro bez takiego upoważnienia jest uprawniony do zastępczego wykonania zobowiązania.

3. Gdy przed odebraniem robót budowlanych inwestor stwierdzi wadliwe ich wykonanie to służy mu uprawnienie do żądania od wykonawcy zmiany sposobu wykonania robót w wyznaczonym terminie zgodnie z art. 636 § 1 KC. Niewykonanie powyższego żądania i wykonywanie w dalszym ciągu robót w sposób wadliwy oznacza, iż wykonawca wykonuje swoje zobowiązanie w sposób nienależyty a inwestorowi służą uprawnienia szczególne przewidziane w art. 636 § 1 KC tj. uprawnienie nie do odstąpienia od umowy lub uprawnienie powierzenia poprawienia lub dalszego wykonania robót innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Przyznanie takich szczególnych uprawnień inwestorowi w sytuacji wadliwego lub sprzecznego z umową wykonania robót budowlanych oznacza, iż nie mają do tej sytuacji zastosowania przepisy ogólne o skutkach niewykonania zobowiązania, w tym art. 480 § 1 KC.”

Wszystkie wyżej przytoczone judykaty świadczą o prawidłowości takiej wykładni powołanych przez Odwołującego przepisów, zgodnie z którą po zgłoszeniu przez Wykonawcę gotowości do odbioru robót, Zamawiający ma obowiązek odbioru dokonać, zaś w razie ujawnienia w toku odbioru wad nadających się do usunięcia, strony umowy winny wady wyspecyfikować i poczynić ustalenia dotyczące sposobu i terminu ich usunięcia, jednak dopóki w robotach nie występują wady istotne, Zamawiający nie może odmówić dokonania odbioru.

Prawo Zamawiającego do domagania się usunięcia wad robót (zwłaszcza nieistotnych) realizowane jest na gruncie przepisów o odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości. Podkreślić należy, że dokonanie odbioru częściowego i końcowego nie pozbawia inwestora uprawnień do żądania usunięcia wad odbiorowych, tak m. in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 grudnia 2015 r., IV CSK 120/15 „*Odbiór częściowy robót i zapłata za nie wynagrodzenia nie oznacza definitywnego ich rozliczenia. Przedmiotem zobowiązania wykonawcy jest bowiem oddanie całości obiektu, a nie jego poszczególnych części. Dlatego też odbiór części robót i zapłata części wynagrodzenia nie jest równoznaczne z rozliczeniem stron w tym zakresie ze skutkiem wygaśnięcia wzajemnych roszczeń i pretensji. Końcowe rozliczenie robót może obejmować bowiem także już odebrane prace i rozliczone finansowo, a inwestor (generalny wykonawca) oraz wykonawca mogą przy tym rozliczeniu korygować swoje stanowisko co do dokonanych już wcześniej rozliczeń częściowych. Należy jednak zaznaczyć, że jeżeli do końcowego rozliczenia robót nie dojdzie, nie oznacza to, że wykonawcy nie przysługuje żadne*

wynagrodzenie za prace wykonane. Byłoby tak w przypadku, gdyby nie przedstawiały one żadnej wartości ze względu na ich bardzo złą jakość albo były nieprzydatne z innych, obiektywnie ocenianych przyczyn."

Przyznanie zatem Zamawiającemu w 17 ust. 4 pkt 5), § 17 ust. 5 pkt 12), § 17 ust. 6 pkt 14), Załącznika nr 9 do SIWZ - Wzoru umowy uprawnienia do odmowy dokonania odbioru robót w przypadku stwierdzenia w nich wad usuwalnych, jest sprzeczne z ustawą oraz naturą stosunku prawnego umowy o roboty budowlane.

Wypada też zaznaczyć, że treść tych postanowień Wzoru umowy w brzmieniu proponowanym przez Odwołującego, nie pozbawia Zamawiającego żadnych uprawnień jakie mu przysługują z mocy ustawy.

Wobec wyżej wskazanych czynności Zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów PZP oraz Kodeksu cywilnego wnoszę jak na wstępie niniejszego Odwołania.

Załączniki:

1. odpis pełnomocnictwa z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis Odwołującego z KRS,
3. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
4. dowód przesłania kopii Odwołania Zamawiającemu.