

Orli Staw, dnia 14 listopada 2019 roku

JRP.271.1.4.2019

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowa instalacji fermentacji oraz wiaty i boksów w ZUOK Orli Staw” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – nr 2019/S 205-498289 z dnia 23.10.2019 r.**

Związek Komunalny Gmin „Czyste Miasto, Czysta Gmina” z siedzibą w Kaliszu (Zamawiający) na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) przekazuje pytanie i udziela następujących wyjaśnień w związku z wnioskiem Wykonawcy o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

#### **Pytanie**

Prosimy o wyjaśnienie relacji wskazanych poniżej klauzul Warunków Szczególnych Kontraktu („WSK”) do postanowień Aktu umowy.

Zamawiający z następujących postanowień Warunków Ogólnych Kontraktu (tzw. żółty FIDIC – dalej: „WOK”) usunął uprawnienie Wykonawcy wynikające z WOK o zgłoszenie do Zamawiającego roszczenia o zapłatę Kosztu w sytuacjach, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a nawet w sytuacjach, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający:

- Kl. 1.9 Błędy w Wymaganiach Zamawiającego.
- Kl. 2.1 Prawo dostępu do Terenu Budowy.
- Kl. 4.7 Wytyczenie.
- Kl. 4.12 Nieprzewidywalne warunki fizyczne.
- Kl. 4.24 Wykopaliska.
- Kl. 5.1 Ogólne zobowiązania projektowe.
- Kl. 7.4 Próby.
- Kl. 8.9 Następstwa zawieszenia.
- Kl. 10.3 Zakłócanie Prób Końcowych.
- Kl. 12.2 Próby opóźnione.
- Kl. 16.1 Uprawnienia Wykonawcy do zawieszenia Robót.
- Kl. 19.4 Następstwa Siły Wyższej.

Powstaje wątpliwość, czy skutki usunięcia z ww. postanowień WSK zapisów uprawniających wykonawcę do uzyskania od Zamawiającego „dodatkowych Kosztów” niweluje postanowienie § 6 Aktu umowy? We wskazanym postanowieniu Zamawiający przewidział wprawdzie podstawy do zmiany umowy, w tym podstawy do zmiany wynagrodzenia, jednakże odnotować należy, że:

Po pierwsze, trudno ustalić, jaka jest relacja postanowienia § 6 Aktu umowy do zmienionych postanowień WSK, w szczególności, czy sytuacje, do których odnoszą się powołane na

wstępie klauzule WSK, mogą stanowić podstawę do zmiany wynagrodzenia wykonawcy w trybie § 6 Aktu umowy, jeżeli Zamawiający celowo z postanowień WSK wykreślił możliwość dochodzenia przez wykonawcę „dodatkowego Kosztu”. Pytanie to jest tym bardziej zasadne, że w każdym ze wskazanych na wstępie postanowień WSK (tych, które nie zostały całkowicie usunięte z umowy) Zamawiający pozostawił uprawnienie wykonawcy do żądania przedłużenia Czasu na Ukończenie i jednocześnie w § 6 ust. 2 pkt 1 Aktu umowy określił (dodatkowe) podstawy do zmiany umowy w zakresie Zmiany Czasu na Wykonanie. Tym samym podstawy do żądania Zmiany czasu na Wykonanie, w tym także poprzez zmianę umowy, są w umowie niejako zdublowane, tj. występują zarówno w § 6 Aktu umowy, jak i w poszczególnych postanowieniach WSK.

W przypadku „dodatkowych Kosztów”/zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia podstawy takie nie występują w WSK, co właśnie otwiera dyskusję odnośnie do sposobu rozumienia przez Zamawiającego wskazanych postanowień umownych.

Po drugie, określone w § 6 ust. 2 pkt 3 Aktu umowy podstawy do zmiany wynagrodzenia (poza powieleniem rozwiązania wynikającego z art. 142 ust. 5 Pzp) są określone dużo wężiej, a zarazem ogólniej niż klauzule usunięte przez Zamawiającego z WSK. W § 6 ust. 1 pkt 3 Aktu umowy mówi się mianowicie o zmianach wynagrodzenia:

- w przypadku dokonania zmian w zakresie Czasu na Wykonanie Przedmiotu zamówienia lub zmiany sposobu wykonania Umowy lub rezygnacji przez Zamawiającego z wykonania części Przedmiotu zamówienia – o kwotę wynikającą z tych zmian, przy czym punktem wyjścia do ustalenia nowego wynagrodzenia będą ceny wynikające z Wykazu Cen, a w przypadku braku możliwości ustalenia takich cen, na podstawie cen wynikających z katalogu SEKOCENBUD;
- w przypadku zmniejszenia zakresu Przedmiotu zamówienia określonego w Kontrakcie, pod warunkiem, że wykonanie całości Przedmiotu zamówienia napotyka istotne trudności, w szczególności spowodowane jest brakiem uzyskania planowanego dofinansowania ze środków zewnętrznych, jak również w przypadku, rezygnacji przez Zamawiającego z wykonania części (elementów) Przedmiotu zamówienia, w sytuacji, gdy ich wykonanie będzie zbędne do prawidłowego zrealizowania Przedmiotu zamówienia i osiągnięcia założonego celu, z zastrzeżeniem, iż w takiej sytuacji Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w wysokości rzeczywiście wykonanych Robót, ustalone na podstawie cen wynikających z Wykazu Cen, a w przypadku braku możliwości ustalenia takich cen, na podstawie cen wynikających z katalogu SEKOCENBUDU. Wykonawcy nie przysługują jakiegokolwiek roszczenia związane z ograniczeniem zakresu realizacji Umowy;
- w przypadku zmian zakresu Przedmiotu zamówienia, o kwotę wynikającą z tych zmian, przy czym punktem wyjścia do ustalenia nowego wynagrodzenia będą ceny wynikające z Wykazu Cen, a w przypadku braku możliwości ustalenia takich cen, na podstawie cen wynikających z katalogu SEKOCENBUD;

Zmiany wynagrodzenia w przypadkach, o których mowa w powołanych postanowieniach Aktu umowy, nie mają charakteru samoistnego, a każdorazowo powiązane są ze zmianą Czasu na Wykonanie lub zmianą sposobu wykonania Umowy lub z rezygnacją przez Zamawiającego z wykonania części Przedmiotu zamówienia. W praktyce natomiast nie w każdym przypadku, gdy powstanie po stronie wykonawcy dodatkowy koszt z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub z uwagi np. na działania podmiotów trzecich, sytuacja

ta będzie wiązała się z jedną z wymienionych tu zmian w OPZ (np. wykonawca może zmienić na skutek „wykopalisk” organizację swojej pracy, ponosząc z tego tytułu dodatkowe koszty, co pozwoli mu dochować pierwotny Czas na Wykonanie).

Biorąc pod uwagę powyższe, prosimy o wyjaśnienie tych rozbieżności.

### **Wyjaśnienie**

Zamawiający wyjaśnia, iż usunięcie z Ogólnych Warunków FIDIC w klauzulach: 1.9, 2.1, 4.7, 4.12, 4.24, 5.1, 7.4, 8.9, 10.3, 12.2, 16.1, 19.4 prawa Wykonawcy do żądania Kosztu:

- a) nie wyłącza możliwości dokonania zmian umowy, w tym wynagrodzenia należnego Wykonawcy na zasadach określonych w § 6 Akt Umowy,
- b) nie wyłącza uprawnienia Wykonawcy w przypadku zaniechania realizacji obowiązku współdziałania przez Zamawiającego do żądania naprawienia szkody na podstawie art. 486 § 1 kodeksu cywilnego,
- c) nie wyłącza możliwości waloryzacji wynagrodzenia należnego Wykonawcy na zasadach wynikających z art. 357<sup>1</sup> kodeksu cywilnego oraz art. 632 § 2 kodeksu cywilnego,
- d) nie wyłącza możliwości dochodzenia przez Wykonawcę od Zamawiającego obowiązku naprawienia szkody na zasadach ogólnych.

W przypadku, gdy stan faktyczny będący podstawą żądania przez Wykonawcę dokonania zmiany Umowy, w tym także opisany w w/w klauzulach mieści się w katalogu sytuacji określonych w § 6 ust. 2 Aktu umowy, wówczas Zamawiający dopuszcza dokonanie zmiany Umowy. W przypadku, gdy stan faktyczny opisany w w/w klauzulach nie mieści się w katalogu sytuacji określonych w § 6 ust. 2 Aktu umowy, wówczas Zamawiający dopuszcza możliwość dokonania zmian umowy na podstawie art. 144 ust. 1 od pkt 2 do pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, o czym stanowi § 6 ust. 3 Aktu umowy.

Z poważaniem

Zastępca Przewodniczącego Zarządu  
Związku Komunalnego Gmin  
„Czyste Miasto, Czysta Gmina”

(-)

Paweł Osiewała