



BZP-UM/203/2022/BS

Gdańsk, dnia 4 maja 2022 r.

sygn. post.: 22/BZP-U.500.6/2022/MD

### Strona www

**Dotyczy:** Przebudowa ulic Biskupiej, Na Stoku i Salwator, Zaroślak wraz z infrastrukturą techniczną w ramach zadania Rewitalizacja Biskupiej Górki i Starego Chełmu w Gdańsku”.

**I. Na podstawie art. 135 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, działająca w imieniu Gminy Miasta Gdańska, udziela wyjaśnień do treści SWZ:**

**Pytanie nr 1:**

Zwracamy uwagę, że par. 9 ust. 9 i 10 umowy są postanowieniami naruszającymi art. 647 k.c. w zw. z art. 462 par. 1 i 2 k.c. oraz art. 54 i art. 55 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351) w zakresie chwili dokonania formalnego odbioru obiektu budowlanego oraz chwili, w której powinien powstać obowiązek do zapłaty wynagrodzenia. O zakończeniu budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane świadczy spełnienie przez inwestora warunków przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, a w szczególności złożenia zawiadomienia, o jakim mowa w art. 54 Prawa budowlanego, względnie złożenie wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie z art. 55 tej ustawy, co oznacza jednocześnie zakończenie robót budowlanych w ramach inwestycji. Z art. 54 i 55 Prawa budowlanego wynika zatem, że inwestor, który wybudował na podstawie pozwolenia na budowę obiekt budowlany, powinien zawiadomić organ administracji architektoniczno-budowlanej o zakończeniu budowy. Zarazem, art. 647 k.c. nakłada na inwestora obowiązek odbioru przedmiotu umowy po wykonaniu obiektu budowlanego zgodnie z umową, a art. 462 par. 1 i 2 k.c. określa, że po spełnieniu świadczenia dłużnika (wykonawcę) wierzyciel (zamawiający) powinien wydać stosowne pokwitowanie (podpisać protokół odbioru). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 marca 2021 r., 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. Odbiór obiektu jest jednostronną czynnością zamawiającego (inwestora), stanowiącą pokwitowanie spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 462 KC), uznanie świadczenia wynikającego z umowy za wykonane zgodnie z treścią zobowiązania, a co otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia. W sytuacji, w której



wymagalność roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty uzależniona jest od protokolarnego odbioru robót budowlanych przez zamawiającego, zaś zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie, uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie. Jak wskazał SN w wyżej określonym orzeczeniu, takie zachowanie zamawiającego pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który jest uprawniony do żądania wynagrodzenia za zrealizowane roboty budowlane, a jego roszczenie staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić. Równocześnie, z chwilą odbioru następuje moment przejścia ryzyka utraty lub uszkodzenia robót wykonanych w ramach umowy.

Mając powyższe na uwadze wskazuję, że niedopuszczalne jest uzależnienie zapłaty za wykonanie robót budowlanych od innej chwili niż chwila odbioru robót, o której mowa w par. 9 ust. 7 umowy. Zgodnie z par. 9 ust. 8 projektu umowy, wykonawca może wystąpić o wydanie Świadczenia Przejęcia dopiero po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie lub zaświadczenia o braku do wniesienia sprzeciwu do zawiadomienia o zakończeniu budowy, a następnie zgodnie z par. 9 ust. 9 Zamawiający ma kolejne 14 dni od spełnienia warunków określonych w par. 9 ust. 8 na wystawienie Świadczenia Przejęcia, co dopiero umożliwi wykonawcy wystawienie faktury oraz zgodnie z par. 9 ust. 10 przeniesie ryzyko utraty lub uszkodzenia robót wykonanych w ramach przedmiotu umowy na zamawiającego.

Na tej podstawie wnosimy o:

1. Zmianę par. 9 ust. 9 umowy poprzez nadanie mu następującej treści:  
W terminie do 14 dni od dnia wystąpienia Wykonawcy oraz dokonania odbioru robót zgodnie z ust. 4, Zamawiający wystawi Świadczenie Przejęcia Przedmiotu Umowy, które będzie stanowiło podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktur/y końcowej/ych.
2. Zmianę par. 9 ust. 10 umowy poprzez nadanie mu następującej treści:  
Z chwilą dokonania odbioru robót zgodnie z ust. 4 na Zamawiającego przechodzi ryzyko utraty lub uszkodzenia robót wykonanych w ramach Przedmiotu Umowy, a także koszty utrzymania tych robót. Wykonawca do dnia dokonania odbioru robót zgodnie z ust. 4 ponosi pełną odpowiedzialność za teren budowy.

#### **Odpowiedź na pytanie nr 1:**

Zamawiający nie przewiduje zmiany SWZ w powyższym zakresie.

Zamawiający przypomina, iż zobowiązanie wykonawcy nie polega wyłącznie na wykonaniu robót budowlanych, ale także wykonaniu innych czynności, w tym pozyskaniu pozwolenia na użytkowanie.

#### **Pytanie nr 2:**

Wykonawca wnosi o wykreślenie z projektu umowy postanowienia par. 12 ust. 2 ppkt. 4) Z art. 483 kc wynika, że zastrzeżenie kary umownej określać musi zobowiązanie pierwotne i rodzaj jego



naruszenia, z którym łączy się obowiązek zapłaty kary oraz oznaczenie sumy pieniężnej, stanowiącej karę umowną. Elementy te określane są, jako obligatoryjne czy też przedmiotowo istotne elementy zastrzeżenia kary umownej. W ocenie Wykonawcy kary umowne zastrzeżone we wskazanym powyżej punkcie wzoru umowy, zostały określone w sposób sprzeczny z art. 483 k.c., gdyż nie precyzują zobowiązania, którego nie wykonanie obostrzone jest uprawnieniem Zamawiającego do naliczenia kar umownych. Zamawiający posłużył się pojęciem niedookreślonym, które nie wskazuje jednoznacznie za jakie uchybienia Wykonawca może ponieść sankcję finansową. W ocenie Wykonawcy tak ogólnie określona podstawa naliczenia kar umownych nie spełnia wymagań wskazanych w kodeksie cywilnym i jest zastrzeżona wadliwie. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wykreślenie z treści umowy par. 12 ust. 2 pkt. 4).

**Odpowiedź na pytanie nr 2:**

Zamawiający nie przewiduje zmiany SWZ w zakresie, którego dotyczy pytanie.

**Pytanie nr 3:**

Wykonawca wnosi o wykreślenie z projektu umowy zapisu par. 14 ust. 1.5) o treści: „jeżeli Wykonawca wykonuje swoje obowiązki w sposób nienależyty i pomimo uprzedniego pisemnego wezwania Zamawiającego nie nastąpiła poprawa w wykonywaniu tych obowiązków”. W ocenie Wykonawcy prawo do odstąpienia od umowy zostało określone w sposób zbyt ogólny, czego konsekwencją może być stwierdzenie, że nawet najmniejsze uchybienie obowiązkom umownym przez Wykonawcę może powodować skutek w postaci odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Zaznaczyć należy, że odstąpienie od umowy jest najbardziej dotkliwą i pod względem prawnym i ekonomicznym sankcją mogąca być zastosowaną wobec Wykonawcy, stąd istotne, jest, aby wskazana sankcja była dostosowana do rodzaju przewinienia Wykonawcy i stąd powinna być stosowana w sytuacji, w której uchybienie to dotyczy istotnych obowiązków umownych. Ponadto w sposób precyzyjny powinno zostać w Umowie wskazane, które uchybienia obowiązkom umownym może prowadzić do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.

**Odpowiedź na pytanie nr 3:**

Zamawiający nie przewiduje zmiany SWZ w zakresie, którego dotyczy pytanie.

**Pytanie nr 4:**

Wykonawca wnosi o wykreślenie z projektu umowy zapisu par. 14 ust. 1.6) o treści: „niewykonania przedmiotu umowy w terminie zakończenia, określonym w par. 4 Umowy”. W ocenie Wykonawcy wskazane postanowienie jest zbyt rygorystyczne, gdyż jego wykładnia prowadzi do wniosku, że już jednodniowe opóźnienie w wykonaniu przedmiotu nadaje Zamawiającemu uprawnienie do odstąpienia od Umowy. Zdaniem Wykonawcy tak określone prawo do odstąpienia zastrzeżone zostało w sposób nieadekwatny do stopnia i rodzaju ewentualnego uchybienia przez Wykonawcę. Ponadto w ocenie Wykonawcy nieprawidłowe jest



określenie prawa do odstąpienia od umowy w sposób całkowicie oderwany od kwestii winy w przekroczeniu terminu na wykonanie przedmiotu umowy.

**Odpowiedź na pytanie nr 4:**

Zamawiający nie przewiduje zmiany SWZ w zakresie, którego dotyczy pytanie.

**Pytanie nr 5:**

Zwracamy uwagę, że katalog kar umownych przewidziany w umowie nie przewiduje kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a co w ocenie Wykonawcy kształtuje stosunek prawny w sposób naruszający art. 353 (1) k.c. Zgodnie z art. 353(1) k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Przepis ten kształtuje zatem nie tylko zasadę swobody umów, lecz także wyznacza granicę tej swobody umów w postaci zasad współzycia społecznego, z której wywodzi się zasada słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności uprawnień (tj. dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego). Ukształtowanie stosunku prawnego w taki sposób, że przewiduje możliwość obciążenia karą umowną Wykonawcę za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, natomiast nie przewiduje analogicznego uprawnienia dla Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w sposób nieuzasadniony i nierównomierny rozkłada uprawnienia stron umowy, a także prowadzi do zachwiania równowagi ekonomicznej umowy poprzez nierównomierny rozkład szans i ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Mając to na uwadze, wnosimy o zmianę umowy poprzez dodanie do par 12 postanowienia o treści: „W przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Wykonawcy kary umownej w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego”

**Odpowiedź na pytanie nr 5:**

Zamawiający nie przewiduje zmiany SWZ w zakresie, którego dotyczy pytanie.

**Pytanie nr 6:**

Wykonawca wnioskuję o wykreślenie przyczyny, o której mowa w par. 14 ust. 1. ppkt. 10) z katalogu okoliczności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Jak już wcześniej



wspomniano Wykonawca nie ma środków prawnych do wyegzekwowania od drugiej strony (tutaj zarządcy drogi) zawarcia z nim umowy. W związku z powyższym narzucenie takiego obowiązku, może okazać się w ogóle nie możliwe na skutek działań niezależnych i niezawinionych przez Wykonawcę. Dodatkowo Zamawiający wskazał w katalogu kar umownych odpowiedzialność za nieprzedłożenie kopii umowy dotyczącej obsługi komunikacyjnej umowy ochrony drogi lub dokumentu wskazującego brak konieczności zawarcia takiej umowy w terminie. Zdaniem Wykonawcy kara określona w par. 12 ust. 2.12) wystarczająco zabezpiecza interes Zamawiającego.

Wykonawca, mając na uwadze fakt, że zawarcie umowy z zarządcą drogi uzależnione jest nie tylko od jego czynności, ale od woli zarządcy drogi, wnosi o potwierdzenie, że w przypadku nieprzedłożenia w terminie kopii umowy dotyczącej obsługi komunikacyjnej budowy i ochrony drogi lub dokumentu potwierdzającego brak konieczności zawarcia takiej umowy z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający nie naliczy kary umownej.

**Odpowiedź na pytanie nr 6:**

Zamawiający nie przewiduje zmiany SWZ w zakresie, którego dotyczy pytanie.

**Pytanie nr 7:**

Zwracamy uwagę, że łączny limit kar w wysokości całości wynagrodzenia umownego brutto stanowi karę rażąco wygórowaną i jest sprzeczna z prawem - nie stanowi surogatu odszkodowania, lecz ma charakter represyjny i prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym (tak m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 13 maja 2016 r., I ACa 32/16), praca wykonana, jeśli nie była świadczeniem pod tytułem nieodpłatnym, wymaga wynagrodzenia. Sankcja w postaci pozbawienia wykonawcy zapłaty nie może być aprobowana, nawet wówczas, gdy zostanie ustalone, że wykonawca dopuścił się zwłoki z winy umyślnej. Celem zastrzeżenia kary umownej nie jest stworzenie wierzycielowi warunków zmierzających do osiągnięcia celu umowy minimalnym nakładem kosztów, tudzież nawet „za darmo”, lecz jedynie zdyscyplinowanie dłużnika do należytego wykonania zobowiązania. Mając to na względzie, wnosimy o zmianę §12 ust. 7 umowy poprzez wprowadzenie ograniczenia limitu kar umownych do rynkowej stawki 30% wynagrodzenia umownego.

**Odpowiedź na pytanie nr 7:**

Zamawiający dokona zmiany treści SWZ w zakresie wskazanym w dalszej części niniejszego pisma.

**Pytanie nr 8:**

Wnioskujemy o wykreślenie z treści projektu umowy fragmentu par. 14 ust., 11 w którym mowa o: „innych kosztach poniesionych przez Zamawiającego w związku z odstąpieniem od umowy lub



wykonaniem zastępczym” – jest to zapis sprzeczny z prawem a nawet nieważny. Jest to de facto uzależnienie się ziszczenia warunku od woli i działania jednej ze stron umowy- co jest niedopuszczalne na podstawie art. 94 k.c. Ponadto takie postanowienie umowne jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie nieważne na podstawie art. 58 ust 2 k.c.

**Odpowiedź na pytanie nr 8:**

Zamawiający dokona zmiany treści SWZ w zakresie wskazanym w dalszej części niniejszego pisma.

**II. Na podstawie art. 137 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, działająca w imieniu Gminy Miasta Gdańska, dokonuje zmian treści SWZ:**

W załączniku nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego” dokonuje się następujących zmian:

- 1) w § 6 zmienia się ust. 13, który otrzymuje brzmienie:  
*„13. W przypadku nieterminowej płatności faktury lub rachunku z przyczyn innych, niż określone w ust. 6 lub 12, Wykonawcy przysługuje prawo dochodzenia odsetek w ustawowej wysokości (odsetki ustawowe).”*
- 2) w § 12 zmienia się ust. 7, który otrzymuje brzmienie:  
*„7. Łączny limit kar umownych naliczanych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowej umowy nie może przekroczyć 30% łącznego wynagrodzenia umownego brutto.”;*
- 3) w §14 skreśla się ust. 11, a dotychczasowy ust. 12 otrzymuje numer „11”.

Karola Kalinowskiego

Dyrektora

Podpisano elektronicznie: 04-05-2022