



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

## **WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ\_2**

Dotyczy postępowania: „Budowa/modernizacja infrastruktury drogowej, technicznej drogowej, elektroenergetycznej i wodno-kanalizacyjnej na terenie Dolnośląskiej Strefy Aktywności Gospodarczej – S 3 Jawor” w ramach dofinansowania z Rządowego Funduszu Polski Ład Programu Inwestycji Strategicznych – V edycja. Numer postępowania: **ZP.271.14.2023**

Zamawiający działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), udziela wyjaśnień:

### [Pytania do Zamawiającego](#)

Działając w imieniu [REDAKTURA] (dalej: „Wykonawca”), niniejszym na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 dalej: „PZP”), kieruję do Gminy Jawor (dalej: „Zamawiający”) wniosek o wyjaśnienie następujących wątpliwości z treścią SWZ.

#### **1) pkt 19.6 SWZ**

Wykonawca wnosi o modyfikację pkt 19.6 SWZ, z uwagi na to, że stanowi on nieobiektywną wręcz niemożliwą do spełnienia przesłankę bezpośrednio zależną od warunków pogodowych. Zamawiający w SWZ wskazał, że:

- 10 pkt przyznane zostanie Wykonawcy, który zadeklaruje uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w terminie do 30 kwietnia 2025 r.

Powyższe prowadzi do przyznania, że przedmiot umowy winien być wykonany do marca 2025 r., mając na względzie jeszcze okres na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż mając na względzie technologię realizacji robót zgodnie ze sztuką budowlaną podbudowa z betonu asfaltowego, może być wykonywana, gdy temperatura otoczenia jest nie niższa niż +5 oC. Nie dopuszcza się układania podbudowy z mieszanki mineralno-asfaltowej na mokrym podłożu, podczas opadów atmosferycznych oraz silnego wiatru ( $V > 16 \text{ m/s}$ ). W przypadku nawierzchni ścieralnej z AC, warstwa nawierzchni z betonu asfaltowego może być układana, gdy temperatura otoczenia w ciągu doby jest nie niższa niż +10 oC. Również w tym przypadku nie dopuszcza się układania podbudowy z mieszanki mineralno-asfaltowej podczas opadów atmosferycznych oraz silnego wiatru.

Podobne warunki muszą panować w czasie wykonywania oznakowania poziomego. Dodatkowo, wilgotność powietrza nie powinna przekraczać 85%.

Jak wynika z powszechnych danych IMGiW, w okresie od grudnia do marca często występują opady deszczu lub śniegu. Ze względu na utrzymującą się niską temperaturę powietrza, w tym okresie nie można prowadzić robót bitumicznych polegających na układaniu podbudowy lub warstwy ścieralnej. Ponadto, dla prowadzenia całej inwestycji



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

równie istotna jest głębokość zalegania izotermy 0 oC w gruncie, przypadającej na okres od grudnia do marca, co znacząco utrudni wykonywanie robót ziemnych.

Co znów ważne, przy obecnych anomaliach pogodowych, powyższe dotychczasowe obserwacje pogodowe mają swoje istotne odchyły, wobec czego nie sposób przewidzieć, jaka w rzeczywistości będzie pogoda w 2025 roku. Zdarzyć się przecież może, że w okresie grudzień 2024 r. – marzec 2025 r. panować będą korzystne warunki pogodowe, z kolei w przypadku negatywnych warunków pogodowych, w wyniku siły wyższej (atmosferycznej), niemożliwym będzie zrealizowanie umowy zgodnie z terminem i sztuką budowlaną.

W ocenie Wykonawcy w/w warunek jest niewykonalny, abstrakcyjny, zatem Wykonawca wnosi o jego modyfikację. Nie jest bowiem możliwe zadeklarowanie wykonania umowy w terminie do 30 kwietnia 2025 r. w przypadku, gdy będą panowały silne mrozy, znów zgoła odmienna sytuacja wystąpi, gdy w 2025 r. panować będzie nadzwyczaj łagodna zima.

Wykonawca podnosi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 444/14 obiektywna i trwała niewykonalność świadczenia występuje wówczas, gdy ograniczona jest poziomem aktualnego stanu wiedzy i techniki. Wskazano, że *„świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu rzeczy i techniki. Świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania nie tylko przez przystępującego, ale także przez żadnego innego wykonawcę”*.

Kolejno w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w sprawie o sygn. akt: I ACa 572/13 wskazał, że *„Niemożliwość świadczenia powinna mieć charakter obiektywny. Oznacza to taką sytuację, w której umówionego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko konkretny dłużnik, ale w ogóle jakakolwiek inna osoba. Świadczenie niemożliwe to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę i które jest rzeczywiście niewykonalne. Subiektywna niemożliwość świadczenia (określoną też niekiedy jako niemożność świadczenia) nie powoduje natomiast nieważności umowy, lecz może być ewentualnie rozważania w ramach odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania”*.

Na szczególną postać obiektywnej niemożności świadczenia (tzw. niemożność gospodarczą) wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt: VI ACa 904/12, wskazując, że *„Przepis art. 387 KC dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, gdy istnieje stan niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek,*



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

*uzasadniony ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stan wiedzy i techniki. Za obiektywnie niemożliwe uznaje się także zachowanie, które faktycznie są możliwe, ale ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowita nieracjonalność”.*

Powyższe potwierdza m.in. stanowisko Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wyrażone w wyroku z dnia 21 października 2015 r. w sprawie o sygn. akt: I ACa 411/15, w którym wskazuje, że *„Uprawnienia kontraktujących stron nie mają z założenia charakteru bezwzględno i znajdują swoje granice. Względ na zasadę swobody umów w żadnym razie nie eliminuje również możliwości dokonania przez sąd oceny konkretnej umowy pod kątem tego czy aby umówione przez strony świadczenie pozostawało w momencie jej zawarcia obiektywnie możliwe do spełnienia w danych realiach, o czym stanowi przepis art. 387 §1 KC, a przecież nieważność czynności prawnej sąd bierze pod uwagę z urzędu”.*

Wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiłyby się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Owa niewykonalność musi spełniać jednak łącznie trzy cechy, tj. mieć charakter pierwotny, trwały i obiektywny.

Z tych oto względów, dotychczasowa treść pkt 19.6 SWZ, jako wyznacza premiowanie terminu blisko zimowego, ma ogromny wpływ na warunki atmosferyczne, na które nie ma wpływu Wykonawca.

Mając powyższe na uwadze, **Wykonawca kieruje wniosek** o modyfikację pkt. 19.6 SWZ, wskazując, że:

*„Zadeklarowany termin zakończenia realizacji zamówienia wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie:*

- do 30.09.2025 r. wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie – otrzyma 0 pkt,*
- do 4 pełnych miesięcy w 2025 roku przy warunkach atmosferycznych pozwalających na prawidłowe wykonywanie umowy – otrzyma 10 pkt.”*

Ewentualnie **Wykonawca kieruje wniosek** o wyjaśnienie, czy występujące warunki pogodowe uniemożliwiające wykonywanie umowy będą przez Zamawiającego traktowane jako podstawa do przedłużenia terminu wykonywania umowy, o którym mowa w §3 ust. 1 lit. b) Umowy.

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Wykonawca w przypadku wystąpienia do Zamawiającego o zmianę terminu umowy z uwagi na warunki pogodowe będzie musiał udowodnić, że zaistniałe warunki pogodowe były ekstremalne.



**POLSKI  
ŁĄD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

## **2) §2 ust. 2, 3 i 4 projektowanych postanowień umowy**

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie, w tym doprecyzowanie kwestii dotyczącej możliwości ewentualnej zmiany (przedłużenia) terminu realizacji przedmiotu umowy ujętego w §2 ust. 2 lit. a) – f) umowy. Zamawiający wskazuje, że jedyna możliwość przedłużenia terminu ma miejsce w przypadku wystąpienia siły wyższej. Nadto, w §2 ust. 3 umowy Zamawiający wymaga od Wykonawcy wykazania wystąpienia siły wyższej i uzasadnienia jego wpływu na brak możliwości realizacji umowy w uzgodnionym terminie.

Wykonawca podnosi, że w myśl §2 ust. 2 umowy, Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania wszelkich niezbędnych uzgodnień, opinii i decyzji administracyjnych dla przedmiotu umowy opisanego w §1 ust. 1 Umowy. Co więc ważne, przedmiot umowy związany jest z szeregiem czynności mających związek z tempem procedowania przez organy postępowań administracyjnych, w tym uprawnieniem innych podmiotów do złożenia odwołań/skarg w sprawie, na co nie ma wpływu Wykonawca. Bez wątpliwości takie okoliczności (niezależne od Wykonawcy) prowadzą do opóźnień w uzyskaniu niezbędnych uzgodnień, opinii i decyzji administracyjnych, gdzie już samo jedno z postępowań odwoławczych może trwać kilka miesięcy.

W tym stanie rzeczy, **Wykonawca kieruje wniosek** o modyfikację §2 ust. 3 Umowy na następujące brzmienie:

*„ 3. Zmiana (przedłużenie) terminu realizacji przedmiotu umowy ujętego w §2 ust. 1 lit. a-f) umowy może nastąpić jedynie w przypadku zaistnienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy (na które Wykonawca nie miał wpływu).”*

Względnie Wykonawca kieruje wniosek o wyjaśnienie, czy w przypadku prowadzonych postępowań administracyjnych mających związek z realizacją umowy i wydłużającego się w nich momentu na uzyskanie niezbędnych uzgodnień, opinii i decyzji administracyjnych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, to czy Zamawiający dokona przedłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy proporcjonalnie o „ponad zakładany – bez zbędnej zwłoki” okres prowadzenia postępowania administracyjnego?

Powyższe potwierdza ugruntowane orzecznictwo, gdzie dla przykładu należy wskazać wyrok z dnia 14 listopada 2018 r. Sądu Apelacyjnego w Warszawie w sprawie o sygn. akt: I ACa140/18, w którym wskazano, że *„W sprawie było bezsporne między stronami, że przyczyną niedochowania przez powoda terminów 180 dni do złożenia dokumentacji projektowych było przedłużające się postępowanie administracyjne związane koniecznością uzyskania decyzji środowiskowych i decyzji ustalających lokalizację celów publicznych. Powód wykazał załączonymi dokumentami, że postępowania administracyjne były przedłużane przez organy prowadzące z przyczyn niezależnych od powoda. **Tym samym wykazał swoje niezawinione działanie w zakresie niedochowania terminu do wykonania prac projektowych.** Pozwany nie przedstawił wystarczających kontrargumentów do uznania, że postępowania tak długo tyczyły się z uwagi na zachowania powoda. Tym samym Sąd uznał,*



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

*że pozwany nie wykazał by istniały postawy do obciążenia powoda karami umownymi za zwłokę w terminie realizacji przedmiotu umowy. (...) Niezależnie od tego, z poczynionych przez Sąd Okręgowy prawidłowych ustaleń jednoznacznie wynika, że przyczyną opóźnienia w wykonaniu zamówionej dokumentacji było niezawinione przez powoda przedłużanie się postępowań administracyjnych, których zakończenie było niezbędne dla wywiązania się przez niego z obowiązków umownych."*

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający w wyznaczonym terminie dokona oceny przedłożonej przez wykonawcę dokumentacji technicznej pod warunkiem, że będzie ona zgodna z PFU, wskazaniami Zamawiającego, będzie kompletna i nie będzie zawierała błędów technicznych i projektowych.

#### **3) §2 ust. 5 projektowanych postanowień umowy**

Zgodnie z treścią postanowienia §2 ust. 5 projektu umowy Zamawiający zobowiązuje się do przekazania opinii i zastrzeżeń (do dokumentacji projektowej) w terminie do 14 dni od dnia otrzymania projektu budowlanego. Co jednak, gdy Zamawiający będzie dążyć do złożenia przedmiotowych zastrzeżeń w późniejszym terminie?

Z uwagi na brak precyzji zapisu (mimo, iż z jego treści wybrzmiewa późniejszy brak uprawnienia do złożenia zastrzeżeń), **Wykonawca wnosi** o modyfikację §2 ust. 5 projektu umowy wskazując jego proponowane brzmienie:

*„5. Strony ustalają, że Wykonawca minimum 30 dni przed złożeniem wniosku o pozwolenie na budowę lub zgłoszenia budowy obiektów lub wykonania robót nie wymagających pozwolenia na budowę wykona i zgłosi Zamawiającemu do odbioru dokumentację projektową celem jego oceny przez Zamawiającego. Zamawiający zobowiązuje się do przekazania opinii i zastrzeżeń w terminie do 14 dni od dnia otrzymania projektu budowlanego, pod rygorem uznania, że nie wnosi żadnych zastrzeżeń.”*

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający w wyznaczonym terminie dokona oceny przedłożonej przez wykonawcę dokumentacji technicznej pod warunkiem, że będzie ona zgodna z PFU, wskazaniami Zamawiającego, będzie kompletna i nie będzie zawierała błędów technicznych i projektowych.

#### **4) §5 ust. 7 oraz ust. 8 projektowanych postanowień umowy oraz pkt. 2.16.5.6. PFU (strona 204)**



**POLSKI  
ŁAD**



**BGK**  
BANK GOSPODARSTWA  
KRAJOWEGO

Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

Zgodnie z treścią §5 ust. 7 umowy – „Wykonawca pokryje wszystkie koszty pozostałe, związane z projektowaniem zadania do realizacji, wynikające z tej realizacji oraz ustalone po zakończeniu robót (koszty za ewentualne nienależyte zabezpieczenie placu budowy, które mogą być przyczyną strat poniesionych przez osoby fizyczne, prawne i inne).”

Wykonawca wskazuje, że powyższa treść postanowienia umownego prowadzi do ryzyka przyznania, że Wykonawca nie będzie uprawniony do wynagrodzenia dodatkowe z tytułu prac dodatkowych, zamiennych, a które nie były wskazane w dokumentacji przetargowej.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym Zamawiający aby zachować zasady prawidłowego prowadzenia postępowania zobowiązany jest w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przewidzieć zakres robót zlecany Wykonawcy – tylko tak przygotowany Opis Przedmiotu Zamówienia pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty.

Podkreślenia przy tym wymaga, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym przepis Kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie tylko w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp. Opis Przedmiotu Zamówienia i wymogi mu stawiane został natomiast jednoznacznie opisany i stanowi jeden z najważniejszych obowiązków Zamawiającego. Mając na uwadze, że Zamawiający, tak jak Wykonawca, może nie być w stanie przewidzieć części okoliczności występujących w toku procesu budowlanego, to winien jednak w tym zakresie przyjąć, iż w przypadku wykonania prac czy robót nieprzewidzianych Zamawiający dokona zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w tym zakresie.

Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia możliwości zastosowania zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia nadzwyczajnej zmiany okoliczności czy to wskazanej w art. 3571 k.c. czy też 632 § 2 k.c. Zauważyć również należy, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy dokonanie kompleksowego sprawdzenia dokumentacji przetargowej w taki sposób aby wykryć wszelkie sprzeczności, błędy czy niejasności, które mogą pojawić się dopiero na etapie projektowania lub realizacji robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe **Wykonawca wnosi o** wykreślenie §5 ust. 7 Umowy.

Analogicznie, mając na względzie powyższe, **Wykonawca wnosi o** wykreślenie (względnie modyfikację):



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

- §5 ust. 8 Umowy, który dotyczył konieczności uwzględnienia przez Wykonawcę wszelkich kosztów niezbędnych badań, prób i testów stosowanych materiałów, wyrobów budowlanych, urządzeń, wykonanych instalacji oraz odbiorów technicznych.
- pkt 2.16.5.6 lit. c) [strona 204] PFU – a to w zakresie przerzucenia na Wykonawcę wszelkich robót niezbędnych do zapewnienia wymaganej nośności, zalecone przez inspektora inwestorskiego“.

Przedmiotowe postanowienie umowne oraz treść PFU również w sposób nieprecyzyjny (nieostry) określają szereg wymogów po stronie Wykonawcy, a które uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty.

### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy.

#### **5) Mechanizm rozliczeń (wynagradzania)**

Zgodnie z §8 ust. 4 Umowy Zamawiający określił rozliczanie umowy w oparciu o harmonogram rzeczowo – finansowy na podstawie faktur częściowych po wykonaniu 2,01%, 22,01% i 50,00% zakresu przedmiotu umowy (w tym wykonanie dokumentacji projektowej). Co więcej, progi procentowe, o których mowa w ust. 4, tak zgodnie z ust. 3 uzależnione będą w pełni od Zamawiającego, albowiem koniecznym będzie uzyskać w tym względzie zatwierdzenie przez Zamawiającego protokołu częściowego.

Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazany mechanizm rozliczeń w zasadzie może doprowadzić do zablokowania jakichkolwiek wypłat wynagrodzenia przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, a do którego hipotetycznie może dopiero dojść w ramach podpisania protokołu końcowego. Tym samym, taka potencjalna sytuacja doprowadziłaby do skutku, w którym to Wykonawca do momentu zakończenia realizacji umowy będzie jedynym finansującym (kredytującym) wykonywanie prac.

Z zarysowanym hipotetycznym i pesymistycznym modelem działania nie można się zgodzić i na co nie może też pozwolić sobie Wykonawca.

Pomimo powyższego należy wskazać, że niezależnie od powyższych działań, postanowienia §8 wprost wskazują, że po wykonaniu 50% zakresu przedmiotu umowy, dojdzie w zasadzie już na dalszym etapie wykonywanie jej zakresu (50-100%) na koszt Wykonawcy, a który zostanie dopiero rozliczony przez Zamawiającego po wykonaniu całego zakresu inwestycji.

Z powyższym nie można się zgodzić.



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

Zgodnie z wyrokiem z dnia 7 kwietnia 1998 r. Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt: II CKN 673/97 „W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane **„nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia”**.

*Z uzasadnienia*

*Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji – elementem szantażu ze strony inwestora. **Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała - przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki uspołecznionej.”***

Dodatkowo zgodnie z wyrokiem z dnia 2 czerwca 2021 r. Sądy Najwyższego w sprawie o sygn. akt: II CSKP 7/21 „**W umowie o roboty budowlane nie jest dopuszczalne uzależnienie zapłaty całości należnego wykonawcy wynagrodzenia od warunku w rozumieniu art. 89 KC, skoro zapłata wynagrodzenia należy do elementów przedmiotowo istotnych tej umowy (art. 647 KC)**. Zgodnie bowiem z art. 89 KC możliwe jest uzależnienie powstania lub ustania skutków czynności prawnej od zdarzenia przyszłego i niepewnego, z zastrzeżeniem wyjątków wynikających m.in. z właściwości tej czynności prawnej. O ile zatem z reguły nic nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy o roboty budowlane pod warunkiem (uzależnieniu jej wszystkich skutków od zdarzenia przyszłego i niepewnego), o tyle wykluczone jest uzależnienie tylko niektórych skutków tej czynności, objętych essentialia negotii (np. oddania obiektu albo zapłaty całości wynagrodzenia) od zdarzenia przyszłego i niepewnego. **Powiązanie zapłaty całego wynagrodzenia z warunkiem w rozumieniu art. 89 KC godziłoby bowiem w naturę stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, skoro zawarta umowa byłaby tylko warunkowo wzajemna i odpłatna. Oczywiście jest też, że takie postanowienie zakłócałoby w istotny sposób równowagę kontraktową. Innymi słowy, zastrzeżenie w treści czynności prawnej warunku nie może powodować pozbawienia umowy nazwanej jej istotnych cech.”**

Powyższe prowadzi do konieczności ustalenia zasad rozliczenia opartych na miesięcznym przerobie i w tym zakresie Wykonawca wnosi o modyfikację §5 umowy.

**Odpowiedź Zamawiającego:**





**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

Zamawiający dokona płatności Wykonawcy za wykonanie zadania po wykonaniu 2,01 % i 50 % zakresu przedmiotu umowy. Pozostałe wynagrodzenie Wykonawca otrzyma po wykonaniu całości zadania.

Warunki płatności zostały ustalone przez udzielającego wsparcia finansowego dla Gminy Jawor, w imieniu której działa Bank BGK. Gmina nie ma możliwości zmiany warunków rozliczeń, poza opisanymi w Specyfikacji Zamówień Publicznych.

### **6) Obniżenie kar umownych**

**Wykonawca wnosi** o obniżenie kar umownych w §10 Umowy, co najmniej o 50% ze względu na ich wygórowaną wysokość.

Niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa (np. wyrok o sygn. akt KIO 283/14).

Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga o sygn. akt IV Ca 508/05).

Określając wysokość kar umownych, zamawiający powinien jednak kierować się zdrowym rozsądkiem. Zbyt restrykcyjne i zbyt wysokie kary umowne z jakimi mamy do czynienia w tym przypadku, w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych koniecznością ich dochodzenia przez zamawiającego może prowadzić nie tylko do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania zamówienia.

Podkreślenia wymaga fakt, iż kara umowna powinna skłaniać wykonawcę do realnego, zgodnego z treścią zawartej umowy, wykonania ciężących na nim na mocy tej umowy obowiązków a nie stanowić podstawę do zachwiania płynności finansowej wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia.

Należy wskazać, że zgodnie z doktryną „*Realizacja tego obowiązku (art. 439 PZP) umożliwia przede wszystkim oszacowanie ryzyka związanego niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Obowiązek określenia limitu kar umownych zapobiegać ma patologicznym przypadkom naliczania kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, potrącania ich z wynagrodzenia wykonawcy lub należytego wykonania zamówienia i w konsekwencji pozostawiania jedynie sądowej drogi do ich miarkowania.*” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wyd. 2021).

### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający pozostawia zapisy kar umownych w §10 Umowy

### **7) waloryzacja**



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

Wykonawca wnosi również o modyfikację poziomu procentowego (%) waloryzacji, o którym mowa w §13 ust. 13 Umowy.

Wykonawca wskazuje, że zapis ten wypacza całkowicie ideę waloryzacji wynagrodzenia umownego. Wykonawca wskazuje, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie – leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku (jak w niniejszym postępowaniu) każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę wszelkie ryzyka związane z wzrostem swoich kosztów – zatem Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu one wystąpią.

Powyższą tezę potwierdzają głosy doktryny oraz uzasadnienie do ustawy PZP:

– „*co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu.*” – Komentarz do art. 439 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska, Legalis.

– Uzasadnienie projektu ustawy PZP – „*Wyraźnie wskazuje się, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się jej wzrost jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej będzie powodowało odpowiednie zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie powoduje równe rozłożenie ryzyka pomiędzy strony w zakresie kierunków możliwej waloryzacji.*” (druk sejmowy nr 3624).

Odnosząc się szczegółowo do zapisów wzoru umowy, Wykonawca wskazuje że brzmienie §13 ust. 13 wzoru umowy jest fundamentalnie sprzeczny z ideą waloryzacji wskaźnikowej, wskazując możliwość zmian wynagrodzenia do łącznej wartości 5% wynagrodzenia, o którym mowa w §8 ust. 1 Umowy.

Wykonawca wskazuje, że jego brzmienie jest wystarczające do uznania, że Zamawiający jedynie pozornie zrealizował obowiązek wynikający z przepisu art. 439 PZP. Zaskarżony zapis bowiem brzmi: „*Wynagrodzenie może zostać waloryzowane do wysokości 5 % wartości wynagrodzenia łącznego, o której o mowa w §8 ust. 1 Umowy.*” - co oznacza, że zmiana wynagrodzenia na skutek zastosowania waloryzacji wynagrodzenia nie może przekroczyć wartości tego wskaźnika.

Wykonawca wskazuje, że już dla przykładu, w maju 2022 r. odnotowano szybki szacunek wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych. Ceny towarów i usług konsumpcyjnych według szybkiego szacunku w maju 2022 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku wzrosły o 13,9% (wskaźnik cen 113,9), a w stosunku do poprzedniego miesiąca wzrosły o 1,7% (wskaźnik cen 101,7).

Dlatego więc, wprowadzony przez Zamawiającego mechanizm „waloryzacji” jest oczywiście pozorny. Wręcz zgodnie z brzmieniem zapisów umownych, w przypadku, gdy inflacja np. w



**POLSKI  
ŁĄD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

pierwszym roku będzie na poziomie 12%, co jest sytuacją wysoce prawdopodobną przy obecnej tendencji, to nawet na tym poziomie nie będzie można wprowadzić waloryzacji, bo wartość wzrostu wynagrodzenia przekroczy wysokość maksymalną (tj. 5%) wzrostu całości wynagrodzenia. Zdaniem Wykonawcy, wprowadzone przez Zamawiającego warunki zabierają wykonawcy możliwość waloryzacji cen w trwającym 2 lata przetargu, a to zgodnej z rzeczywistym wzrostem kosztów wykonawcy. Takie ukształtowanie zapisów stwarza dla wykonawcy konieczność realizacji umowy ze stratą.

Podejście Zamawiającego do waloryzacji – faktyczne jej uniemożliwienie – jest także w ocenie Wykonawcy całkowicie nieracjonalne i sprzeczne z ratio legis przepisu art. 439 PZP i podejściem do umowy o realizację zamówienia publicznego jako partnerskiej współpracy obu stron a nie siłowego wymuszania jej realizacji przez stronę silniejszą (Zamawiającego) pomimo zmiany warunków. Waloryzacja bowiem wprowadzana jest w interesie obu stron, a szczególnie Zamawiającego.

Wykonawca podnosi, że kwestionowane postanowienie umowne było już przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o sygn. akt: KIO 3600/21. Zgodnie z przywołanym wyrokiem „*klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należytą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego. Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.*”



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

Mając powyższe na uwadze, w tym obecnie utrzymujący się poziom inflacji Wykonawca wnosi o modyfikację §13 ust. 13 Umowy na następujące brzmienie: „Łączna wartość zmian wynagrodzenia Wykonawcy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia, o którym mowa w §8 ust. 1”

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę umowy.

**8) dotyczy powyższych punktów – dotyczy rażąco nierównomiernego obciążenia Wykonawcy ryzykiem kontaktowym**

Wykonawca wskazuje, że przepisy ustawy PZP jedynie w określonym zakresie regulują problematykę ustalenia równowagi stron projektowanych postanowień umowy. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie zaś z art. 3531 KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20 wskazać należy, że Zamawiający „nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)”.

Przepis art. 3531 KC rozstrzyga kwestię zakresu kompetencji stron umowy zobowiązaniowej za pomocą dwóch sformułowań.

Po pierwsze, wskazuje ten zakres w sposób pozytywny, stanowiąc, że strony mogą „ułożyć stosunek prawny”. Po drugie, powołany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wyznaczając granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykraczać. Sama istota klauzuli generalnej jako zwrotu w sposób zamierzony niedookreślonego powoduje, że ani wyczerpujące wyliczenie, ani ścisła klasyfikacja możliwych postaci naruszenia zasad współżycia społecznego przez strony zawierające umowę zobowiązaniową nie są możliwe. Da się natomiast wskazać najważniejsze przypadki takich



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

naruszeń. W dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. 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. W tym kontekście chodzi o ustalenie, czy strony równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. W literaturze wskazuje się na konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przystugiwanie 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 (por. Komentarz do art. 3531 k.c. System Prawa Prywatnego, tom 5, red. Osajda 2020, wyd. 3, Legalis.).

O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jedyną formą „negocjacji” jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Wykonawca co do zasady nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy. Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający **nie może swego prawa podmiotowego nadużywać** (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.05.2015r., KIO 892/15.).

W realiach niniejszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny z ustawą KC, ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także z zasadami współzycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 KC nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współzycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też w umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie Wykonawcy, rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 3531 KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny Wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w części zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 KC.



**POLSKI  
ŁAD**



Numer referencyjny postępowania: **ZP.271.14.2023**

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca wnosi jak we wniosku.

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zapisu umowy nie zawierają niedozwolonych postanowień.

\* \* \*

Dokonanie powyższych zmian w SWZ w znacznym stopniu przyczyni się do zachowania w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 PZP, a w konsekwencji przełoży się na ilość ofert, które będą mogły zostać złożone w ramach niniejszego postępowania. Ponadto zaproponowane zmiany wpłyną na złożenie przez wykonawcy korzystniejszej oferty.

ZATWIERDZAM

Z up. BURMISTRZA  
/-/ Michał Bander  
ZASTĘPCA BURMISTRZA