

ZP.271.28.2024

Rumia, dnia 08.10.2024 r.

REFERAT ZAMÓWIENÍ PUBLICZNYCH  
URZĄD MIASTA RUMI  
ul. Sobieskiego 7, 84-230 Rumia  
tel. (58) 679 65 74  
[zamowieniapubliczne@um.rumia.pl](mailto:zamowieniapubliczne@um.rumia.pl)

### WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ 1

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.: „Rozwój infrastruktury społecznej w Rumi (budynek użyteczności publicznej)”.

Na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) zwanej dalej ustawą Pzp, Zamawiający udostępnia treść zapytań do treści SWZ, złożonych przez Wykonawcę, wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego:

#### Pytanie nr 1

**W imieniu (...) wzywam do modyfikacji zapisów SWZ w zakresie: warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia poprzez usunięcie lub odpowiednią modyfikację zapisów SWZ pkt 15 ppkt 1 lit d) przewidujących, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunk, o którym mowa powyżej, musi być spełniony przez jednego Wykonawcę tj. samodzielnie przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się – jako zapisu niezgodnego z art. 117 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

#### Ad. 1

Wskazujemy, że zgodnie z art. 117 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Zgodnie natomiast z ust. 3 W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Regułą wynikającą z powyższego przepisu jest dopuszczenie sumowania potencjałów wykonawców występujących wspólnie, natomiast nałożenie obowiązku wykazania spełnienia warunków w inny sposób wymaga obiektywnego uzasadnienia, co z kolei wymaga wykazania szczególnych okoliczności danego zamówienia (tak m.in. wyrok KIO z 19.02.2018 r., KIO 207/18, LEX nr 2476704; wyrok KIO z 1.03.2019 r., KIO 269/19, LEX nr 2676538). Przepis art. 117 ust. 1 p.z.p. nie uprawnia zamawiającego do określania warunków udziału w postępowaniu innych dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i innych dla tych, którzy robią to samodzielnie.

Wprowadzony przez Zamawiającego zapis, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musi posiadać samodzielnie całość doświadczenia niezbędnego do wykonania

zamówienia jest przykładem nieproporcjonalnego, nie uzasadnionego charakterem zamówienia postawienia warunku udziału w przetargu, prowadzącym do dyskryminacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy dotychczasowe doświadczenie zdobywali w ramach konsorcjów wykonawców.

W orzecznictwie wskazuje się na nieadekwatność sumowania odrębnego doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wynikającego z różnych robót budowlanych np. *KIO 1495/14* : „wykazania po jednej robocie budowlanej opisanej przez Zamawiającego potwierdzałyby, że żaden z Wykonawców nie ma wymaganego doświadczenia.” *KIO/KU 62/14*: „Wykazanie się przez poszczególnych członków konsorcjum wykonaniem po jednej robocie opisanej przez zamawiającego w warunku, lub sumowanie większej ilości robót”.

W żadnym zaś wypadku orzecznictwo, ani obecnie obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych, nie przewiduje możliwości dyskryminowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, którzy dotychczasowe zamówienia publiczne realizowali wspólnie w całości w ramach tego samego konsorcjum i którzy w ramach kolejnego przetargu przedstawiają doświadczenie wynikające ze wspólnych realizacji. W takiej sytuacji nie zachodzi bowiem żadna sytuacja sumowania oddzielnych realizacji, a wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie wykazują wspólne całościowe wykonanie powtarzalnych robót zgodnie z warunkami postawionymi w SWZ.

Przypomnienia przy tym wymaga, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia ze świadczeniem podzielnym tj. robotami budowlanymi, które w praktyce wykonawstwa generalnego praktycznie nigdy nie są wykonywane samodzielnie

Innymi słowy, za dyskryminacyjne wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie należy postawienie warunku, aby wszystkie roboty były wykonane przez jednego z nich a nie przez nich wspólnie. Wykonawcy, którzy wykonali wspólnie, w tym samym konsorcjum, kilkanaście tych samych robót danego typu posiadają niewątpliwie takie same lub większe doświadczenie - przystępując wspólnie do przetargu na kolejną robotę, co jeden wykonawca, który wykonał samodzielnie dwie takie roboty budowlaną. Jednocześnie zwracamy uwagę, że istnieje obiektywna i proporcjonalna możliwość ograniczenia sumowania oddzielnych realizacji poprzez wskazanie, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia niedopuszczalne jest sumowanie odrębnego doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynikającego z wykonanych przez każdego z nich odrębnie robót budowlanych. Możliwe jest również sformułowanie tego zapisu w dowolny inny sposób przewidujący spełnianie wskazanego wymogu doświadczenia, w przypadku gdy wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zrealizowali wskazane roboty budowlane wspólnie.

Jedynie na marginesie sprawy zwracam uwagę Zamawiającego, że w poprzednim przetargu na realizację tożsamego zamówienia tj. ZP.271.14.2024 przewidział następujący zapis: „W przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, wymagany warunek może być spełniony łącznie przez Wykonawców. Zamawiający nie precyzuje szczególnego sposobu spełniania warunku przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia”. Z niezrozumiałych przyczyn, Zamawiający postanowił w drugim postępowaniu ograniczyć możliwość udziału Konsorcjów w postępowaniu przetargowym.

## Odpowiedź na pytanie nr 1

Zamawiający dokona zmiany Specyfikacji Warunków Zamówienia w powyższym zakresie.

Za jedno zamówienie Zamawiający uzna świadczenie zrealizowane na podstawie jednej umowy.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższy warunek musi spełniać w całości co najmniej jeden z tych Wykonawców.

Zamawiający dopuszcza spełnienie warunku przez Wykonawców wspólnie realizujących zamówienie w ramach jednej umowy. (konsorcjum, spółka cywilna)

W przypadku polegania przez Wykonawcę na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, w myśl art. 118 ustawy Pzp, powyższy warunek musi spełniać w całości podmiot udostępniający zasoby.

## Pytanie nr 2

W imieniu (...) wzywam do modyfikacji zapisów SWZ w zakresie:

procedury odbioru przedmiotu umowy opisanego w §6 ust. 10 wzoru umowy poprzez uzależnienie możliwości odmowy odbioru od wystąpienia wyłącznie istotnych wad lub usterek, uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy;

### Ad.2

Obecne zapisy wzoru umowy w zakresie §6 ust. 10 przewidują, że Zamawiający może odmówić odbioru w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wad lub usterek, w tym o charakterze nieistotnym.

W konsekwencji, wystąpienie jakiegokolwiek - nawet najmniejszej i błachej - wady, bądź usterki (przykładowo: na oknie znajduje się zabrudzenie) uprawnia Zamawiającego nie tylko do odmowy odbioru częściowego i końcowego przedmiotu Umowy i naliczenia Wykonawcy wysokich kar za nieterminowe wykonanie umowy.

Spory pomiędzy zamawiającymi, a wykonawcami w kwestii wprowadzania do umów tzw. odbiorów bezusterkowych i powiązanych z nimi płatnościami wynagrodzenia wykonawcy były przedmiotem oceny w licznych wyrokach Sądu Najwyższego. W wyrokach tych Sąd Najwyższy ukształtował jednolitą linię orzecniczą, z której wynika, że w świetle art. 647 Kc zamawiający obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należne wykonawcy. Zamawiający nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Zamawiający może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, a w pozostałych wypadkach tj. wystąpienia wad nieistotnych mamy do czynienia z nieprawidłowym wykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. W takiej sytuacji Zamawiający jest obowiązany dokonać odbioru końcowego, a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem Zamawiającego o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

Powyższe zostało ukształtowane w formie jednolitego stanowiska i wynika m.in. z wyroków Sądu Najwyższego:

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna 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. Jeżeli natomiast wady nie są istotne w powyższym znaczeniu, to inwestor nie może odmówić jego odbioru, natomiast może skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, ewentualnie gwarancji. W takiej sytuacji w protokole odbioru robót powinny się znaleźć ustalenia co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz ujawnionych wad wraz z ustalonymi terminami ich usunięcia albo oświadczenia inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za ujawnione przy odbiorze wady”.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07 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.

Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. 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". 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 społecznej

Podkreślić należy, że w orzecznictwie KIO również przyjmuje się, że Zamawiający narusza przepisy Pzp w przypadku zastrzeżenia w projekcie umowy zapisów pozwalających na odmowę dokonania odbioru końcowego w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych tj. zastrzeżenie odbiorów bezusterkowych. Orzeczenia KIO zapadły co prawda w oparciu o poprzednie obowiązująca ustawę nie mniej jednak obecnie obowiązujące pzp nie wprowadza w tym zakresie odmiennych uregulowań jak również przepisy Kc nie uległy zmianie. W konsekwencji poglądy zawarte w wyrokach KIO w dalszym ciągu w tym zakresie zachowują aktualność. Odnośnie poglądów KIO dot. odbiorów bezusterkowych przy umowie o roboty budowlane można powołać się na: (i) wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2021 r w sprawie KIO 3440/20 gdzie Izba wskazała, że: „Izba w pełni podziela stanowisko oraz argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego. Izba uznała, że nadużyciem ze strony Zamawiającego jest sformułowanie w treści IPU postanowień umożliwiających Zamawiającemu odmowę dokonania odbioru końcowego, w sytuacji stwierdzenia w toku tego odbioru jakiegokolwiek, nawet drobnej usterki czy też wady. Jak słusznie podnosił Odwołujący czy to przerwanie odbioru czy też odmowa odbioru rodzi ten sam skutek. Niewątpliwie nieuprawniona jest możliwość odmowy dokonania odbioru z powodu każdej, nawet najbardziej błahej i nieistotnej wady czy też usterki. W kontekście powyższego Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony i jednocześnie zobowiązała Zamawiającego do tego, aby zmodyfikował treść IPU w powyższym zakresie” (ii) Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r. w sprawie KIO 2017/19 „Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12, w którym zostało m.in. stwierdzone, że w sytuacji gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru (art. 647 KC). W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. 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.

Ponadto uprawnienie Zamawiającego do otrzymania należnego mu wynagrodzenia z tytułu płatności częściowych, bądź też płatności końcowej nie powinno zostać uzależnione w żaden sposób od dokonania przez Zamawiającego odbioru robót bez zastrzeżeń gdyż jak już wskazano – powoduje to, że Wykonawca w rzeczywistości pozbawiony zostałby należnego mu wynagrodzenia skoro Zamawiający mógłby uzależniać jego wypłatę od usunięcia każdej, nawet błahej usterki.

## Odpowiedź na pytanie nr 2

Zamawiający informuje, że odbiór końcowy Przedmiotu Umowy zostanie dokonany zgodnie z zapisami § 6 Wzoru Umowy, a także zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w związku z powyższym dokonuje zmiany treści § 6 ust. 10 umowy nadając mu następujące brzmienie:

*„10) Jeżeli w toku czynności odbiorów robót zostaną stwierdzone usterki lub wady, Zamawiającemu w takiej sytuacji przysługują następujące uprawnienia:*

*1) w przypadku usterek nadających się do natychmiastowego usunięcia (nieistotnych) - Zamawiający wyznaczy Wykonawcy termin na usunięcie usterek w ramach udzielonej rękojmi. W razie nie usunięcia usterek w wyznaczonym terminie, Zamawiający ma prawo powierzyć wykonanie poprawek innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy;*

*2) w przypadku wad nie nadających się do usunięcia, Zamawiający może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody:*

- a) jeżeli wady nie są istotne i umożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy odpowiednio do utraconej wartości użytkowej, estetycznej i technicznej;
- b) jeżeli wady są istotne i uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, odstąpić od umowy;
- c) naliczyć kary wynikające ze zwłoki Wykonawcy;
- d) zażądać ponownego wykonania umowy.”

**Pytanie nr 3**

**Proszę o uzupełnienie dokumentacji o projekty wykonawcze.**

**Odpowiedź na pytanie nr 3**

Zamawiający informuje, że dokonał aktualizacji załącznika\_B\_Dokumentacja\_techiczna.

*W załączeniu:*

*Załącznik\_B\_dokumentacja\_techiczna.*

Z poważaniem