

ZAPYTANIA I WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA (SWZ)

dotyczy: 2021/BZP 00152056/01 ZP/8/2021 Przebudowa, nadbudowa, rozbudowa i zmiana sposobu użytkowania pustostanów (dawnych budynków mieszkalnych z piwnicami i poddaszami nieużytkowymi) na cele mieszkaniowe z funkcjami techniczno-pomocniczymi oraz na funkcję usługową, wraz z przebudową strefy wejściowej i infrastrukturą techniczną przy ul. Mariackiej 30, 32, 34 w Katowicach (ID 527561)

Zamawiający działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. - zwanej ustawą Pzp), informuje, że w dniu 10.11.2021r., wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, na który Zamawiający udziela odpowiedzi:

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie i zmianę treści SWZ w w zakresie obejmującym projekt umowy o wykonanie zamówienia, tj.:

I.W zakresie § 1 ust. 2 projektu umowy:

1) Wykonawca prosi o potwierdzenie, że oświadczenie zawarte w treści § 1 ust. 2 projektu umowy – zadanie pierwsze, tj. *„Wykonawca oświadcza, że przed podpisaniem Umowy oraz złożeniem oferty z najwyższą starannością zapoznał się z zakresem prac i robót, miejscem prowadzenia prac, jego otoczeniem oraz wszelkimi dokumentami określającymi przedmiot i warunki wykonywania Umowy (w szczególności dokumentacją projektową, pozwoleniem na budowę, wzorem Umowy oraz pozostałymi dokumentami zamówienia), jak również że odbył wizję lokalną”*, dotyczy stanu istniejącego w dacie podpisywania umowy, natomiast nie wyłącza odpowiedzialności Zamawiającego za wady lub niekompletność dokumentacji niezbędnej do wykonania przedmiotu umowy.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że oświadczenie dotyczy zapoznania się przez Wykonawcę z dokumentami oraz odbycia wizji lokalnej przed terminem złożenia oferty oraz przed terminem podpisania umowy. Powyższe określają stan istniejący na moment składania oferty oraz podpisywania umowy, niemniej jednak wymogi zawarte w dokumentach zamówienia (np. dokumentacji projektowej) odnoszą się do zakładanego stanu przyszłego (efektu prac) i również muszą wchodzić w zakres kognicji Wykonawcy.

Odpowiedzialność Zamawiającego za ewentualne wady lub niekompletność dokumentacji (w tym tryb zgłaszania takowych oraz procedury związane z ich usuwaniem) opisana jest we wzorze umowy.

2) Wykonawca zaznacza, iż odnosząc się do dalszej części § 1 ust. 2 projektu umowy, tj.: *„Wszelkie uwagi odnośnie kompletności, spójności i sprzeczności zostały przez Wykonawcę wyjaśnione za pomocą pytań do SWZ, na które Wykonawca otrzymał satysfakcjonujące go odpowiedzi, co potwierdził składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W szczególności Wykonawca oświadcza, że zapoznał się szczegółowo z kształtem i charakterem terenu budowy włącznie z warunkami podpowierzchniowymi, warunkami geologicznymi, hydrologicznymi i klimatycznymi, zakresem i charakterem pracy, materiałów, sprzętu i urządzeń koniecznych do realizacji Przedmiotu Umowy, obowiązującymi procedurami administracyjnymi związanymi z realizacją Przedmiotu Umowy, zapotrzebowaniem Wykonawcy na dostęp, zakwaterowanie, urządzenia, personel, energię, transport, wodę i inne usługi”*, wskazać należy, iż możliwe jest złożenie oświadczenia, iż Wykonawca zapoznał się z warunkami zawartymi w SWZ, ale oświadczenie może dotyczyć tylko tych informacji, które

Wykonawca mógł obiektywnie pozyskać w toku wizji lokalnej i na podstawie dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego. Nie można przy tym z góry przyjąć, że na wszystkie pytania do SWZ Wykonawca otrzyma satysfakcjonujące go odpowiedzi – takie sformułowanie stanowi niczym nieuprawnione uprzywilejowanie Zamawiającego, godzi w zasadę równości stron i może nie odzwierciedlać stanu rzeczywistego. W zakresie tego ostatniego zwracam uwagę, iż oświadczenie, iż Wykonawca otrzymał satysfakcjonujące go odpowiedzi, mogłoby się jedynie ostać jeżeli faktycznie w odpowiedzi na wniosek objęty niniejszym pismem, wszystkie odpowiedzi Zamawiającego będą potwierdzać tok rozumowania Wykonawcy (w przeciwnym wypadku wymóg takie oświadczenie będzie działaniem „z pozycji siły” i nadużyciem prawa). Zaznaczam również, iż aktualne brzemienie tego paragrafu w w/w części prowadzi *de facto* do objęcia zakresem przedmiotu umowy o zamówienie publiczne robót nieprzewidzianych w dokumentacji. Skoro Wykonawca miałby złożyć oświadczenie, że zapoznał się szczegółowo z warunkami kształtem i charakterem terenu budowy włącznie z warunkami podpowierzchniowymi, warunkami geologicznymi, hydrologicznymi i klimatycznymi, bez dostarczenia przez Zamawiającego na etapie przetargowym żadnej ekspertyzy w tym zakresie, to wzięłyby na siebie ciężar wykonania ewentualnych prac geologicznych, podpowierzchniowych, hydrologicznych itp., które mogą okazać się konieczne do wykonania żeby osiągnąć cel finalny umowy (eliminując automatycznie możliwość rozliczenia tych prac w ramach robót dodatkowych). Dokumentacja na tym etapie nie przewiduje prac w tym zakresie, a ryzyko ich wystąpienia chociażby z uwagi na rejon Polski, tj. rejon dawnej eksploatacja węgla (również nielegalnej), stwarza ryzyko ich wystąpienia. Postanowienie to zatem nakłada *de facto* na Wykonawcę obowiązki w sposób blankietowy – sygnalizując jedynie bardzo ogólnie, że Wykonawca będzie za coś odpowiedzialny, przy czym nawet sam Zamawiający zdaje się nie znać szczegółów tych zobowiązań (nie można wykluczyć, że nie bez powodu – bo zwiększyłyby zakres prac, koszty i termin realizacji). Jednocześnie prowadzi to do tego aby realizacja ich była uwzględniona w cenie oferowanej. Tym samym Zamawiający postuluje przeniesienie na Wykonawcę wszelkich kosztów świadczenia usług, których sam nie jest w stanie określić, a to z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego i prowadzi do naruszenia zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 99 ust. 1 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”. Zaznaczam przy tym, iż w orzecznictwie KIO wielokrotnie podkreślano, że (przy czym zaznaczam z ostrożności, iż nie ma w tym miejscu jak i w kolejnych punktach wniosku znaczenia odwołanie w orzecznictwie do przepisów ze starej ustawy PZP albowiem zasady, intencje są tożsame, a co najmniej zbliżone):

▪ W wyroku z dnia 2 marca 2010 roku, KIO/UZP 184/10, Krajowa Izba Gospodarcza zwróciła uwagę, ze: „(...) nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania. Lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych, wynikający z ujawnionych w trakcie budowy wad projektu oraz wynikających ze znacząco odmiennych warunków geologiczno - gruntowych, niż zakładane przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Taki rozszerzony zakres zamówienia i postanowienia umowy byłyby nieważne z mocy [art. 140 ust. 3 ZamPublU](#) w związku z [art. 58 § 1 KC](#), jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Izba podziela pogląd odwołującego, iż wykonawca na etapie realizacji umowy nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej i sposób opisu przedmiotu zamówienia ujęty w tej dokumentacji. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią przedmiotu zamówienia, objętego ceną oferty. W ocenie Izby, również postanowienia specyfikacji, wymagające przejęcia przez wykonawcę ryzyka związanego z niepełnym rozeznaniem warunków geologiczno-gruntowych oraz wynikających z wad projektu, świadczą o tym, iż zamawiający najwyraźniej liczy się z prawdopodobieństwem wystąpienia konieczności wykonania robót niespodziewanych, które nie zostały objęte opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie były przewidziane projektem, a mogą okazać się konieczne do wykonania, dla osiągnięcia zakładanego rezultatu umowy. Wówczas, w przypadku ziszczenia się

przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 ZamPublU, niezależnie od charakteru ustalonego wynagrodzenia, pozostając w zgodności z przepisami ZamPublU, zamawiający ma możliwość udzielenia zamówień dodatkowych, za odpłatnością ustaloną odrębną umową, co nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 140 ust. 3 i 144 ust. 1 ZamPublU. Istotą zamówień dodatkowych, między innymi na roboty budowlane, jest ich nieprzewidywalność na etapie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia i sporządzania oferty oraz to, że wykraczają poza przedmiot zamówienia opisany w dokumentacji. Zamówienia dodatkowe stanowią przedmiot odrębnego postępowania w trybie z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ZamPublU, a przesłanką ich dopuszczalności w wymienionym trybie jest właśnie okoliczność, iż wykonanie robót stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. (...). Wykonawcy muszą mieć możliwość skalkulowania ceny oferty w odniesieniu do opisanego zakresu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty, dla złożenia porównywalnych ofert. Zatem art. 632 § 1 KC, na który powołuje się zamawiający, stwierdzając, iż daje on możliwość żądania wykonania niedookreślonego zakresu zamówienia, doznaje ograniczenia w tym sensie, iż pierwszeństwo stosowania ma art. 31 ust. 1 ZamPublU, podający sposób opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. (...) Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 ZamPublU na roboty dodatkowe. Z tych względów Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że jeżeli strony umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniona cena ryczałtowa należy się za cały, zarówno znany, jak i nie znany dokładnie od początku przedmiot zamówienia. (...)

- W wyroku KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09 Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła pogląd, że „obwarowanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia wieloma zdarzeniami przyszłymi i niezdefiniowanymi bez wskazania przewidywanych kierunków rozwiązania problemów związanych z wystąpieniem takich zdarzeń powoduje, że rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia staje się dalece niewyczerpujący i nie pozwalający na sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty”.
- „obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiarów lub kosztów prac będących w świetle art. 632 § 2 kc cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy P.z.p. [wyrok z dnia 11 lutego 2014 roku, KIO 139/14; KIO 148/14; KIO 150/14; wyrok z dnia 9 maja 2012 r.; KIO 809/12].

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosi o wykreślenie z § 1 ust. 2 treści: „Wszelkie uwagi odnośnie kompletności, spójności i sprzeczności zostały przez Wykonawcę wyjaśnione za pomocą pytań do SWZ, na które Wykonawca otrzymał satysfakcjonujące go odpowiedzi, co potwierdził składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W szczególności Wykonawca oświadcza, że zapoznał się szczegółowo z kształtem i charakterem terenu budowy włącznie z warunkami podpowierzchniowymi, warunkami geologicznymi, hydrologicznymi i klimatycznymi, zakresem i charakterem pracy, materiałów, sprzętu i urządzeń koniecznych do realizacji Przedmiotu Umowy, obowiązującymi procedurami administracyjnymi związanymi z realizacją Przedmiotu Umowy, zapotrzebowaniem Wykonawcy na dostęp, zakwaterowanie, urządzenia, personel, energię, transport, wodę i inne usługi”. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. Względnie wnoszę o potwierdzenie, że w przypadku wystąpienia robót

podpowierzchniowych, geologicznych, hydrologicznych, bądź innych ale wynikających z warunków geologicznych, hydrologicznych i klimatycznych niewynikających na etapie postępowania przetargowego z dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego – zostaną one rozliczone w oparciu o roboty dodatkowe a termin ich realizacji wpłynie na wydłużenie terminu realizacji przedmiotu umowy i tak powstałe wydłużenie realizacji przedmiotu umowy nie będzie wynikać z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie. Jednocześnie Zamawiający informuje, że w przypadku, jeśli Wykonawca nie uzyskał satysfakcjonujących go odpowiedzi, a tym samym nie jest w stanie prawidłowo rozeznac przedmiotu zamówienia, naraża się na ryzyko nieujęcia w ofercie całego wymaganego zakresu zamówienia. Wykonawca zobowiązany jest do zapoznania się z udostępnionymi mu przez Zamawiającego informacjami, danymi i dokumentami oraz z terenem prowadzenia prac w sposób wynikający z wymaganej od Wykonawcy staranności. W przypadku, gdy przy dochowaniu wymaganej staranności nie udało się rozpoznać powyżej wskazanych okoliczności (np. wystąpią niemożliwe do ustalenia w momencie składania oferty warunki podpowierzchniowe) – Wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności za ich nierozpoznanie i nieujęcie w ofercie.

Zamawiający nie jest władny jednoznacznie przesądzić, że wszelkie opisane ogólnie przez Wykonawcę prace będą stanowiły roboty dodatkowe, niemniej jednak Zamawiający przewiduje możliwość wystąpienia robót dodatkowych (np. w sytuacji opisywanej powyżej). Analogicznie – nie da się jednoznacznie przesądzić że wykonywanie robót dodatkowych zawsze będzie wymagało wydłużenia terminu realizacji umowy (np. roboty dodatkowe mogą być wykonywane równoległe z innymi). Tak samo – przyczyna wydłużenia realizacji przedmiotu umowy badana będzie zawsze w odniesieniu do konkretnego przypadku, bez generalizowania.

II. Wykonawca wnosi o precyzyjne określenie hierarchii ważności dokumentów wskazanych w § 2 ust. 2 projektu umowy. W ustępie 3 tego paragrafu wskazane zostało, że dokumenty o niższym numerze mają pierwszeństwo przed dokumentami o wyższych numerach, podczas gdy ustęp 2 nie zawiera numerów tylko podpunkty w postaci liter.

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że w § 2 ust. 2 Wzoru umowy wkradł się błąd w formatowaniu listy. Oznaczenia od a) do f) winny przyjąć format oznaczeń cyfrowych od 1) do 6), w taki sposób, że literze a) odpowiadać powinna cyfra 1), literze b) odpowiadać powinna cyfra 2), literze c) odpowiadać powinna cyfra 3), literze d) odpowiadać powinna cyfra 4), literze e) odpowiadać powinna cyfra 5), literze f) odpowiadać powinna cyfra 6).

W związku z tym dokumentem o niższym numerze będzie przykładowo dokument opisany literą „a)” (w domyśle „1”) w stosunku do dokumentu opisanego literą „c)” (w domyśle „3”). Stąd Dokumentacja

Projektowa ma pierwszeństwo przed SWZ czy Umową. Z kolei SWZ ma pierwszeństwo przed Umową, itd.

III. Wykonawca wnioskuje o zmianę terminu wskazanego w § 2 ust. 5 na co najmniej siedmiodniowy. Termin 3 dni jest zbyt krótki, w szczególności, że obwarowany jest karą umową. W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do wyznaczonych terminów) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

IV. W zakresie § 2 ust. 7 Wykonawca na podstawie zawartego w tym paragrafie oświadczenia Zamawiający oczekując, że w ramach ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawca wykona także czynności, które nie są znane i możliwe do skalkulowania przez Wykonawcę na etapie sporządzania oferty, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa umów i PZP i wskazuje, że przedmiot zamówienia nie został przez Zamawiającego wyczerpująco opisany. Tym samym Wykonawca wnosi o wykreślenie tego paragrafu. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. Względnie Wykonawca wnosi o potwierdzenie przez Zamawiającego, że oświadczenie dotyczy wykonania tylko tych robót które są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają (?). Zaznaczam, iż takie rozumowanie potwierdza wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 r., o sygnaturze V ACa 846/13 „*Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. Jednakże nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego(....)*”.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie oraz wyjaśnia, że w zakres robót dodatkowych nie wchodzi roboty, które były możliwe do przewidzenia na etapie opracowania oferty, mając na uwadze wymaganą od Wykonawcy staranność. Roboty te mają zostać wykonane w ramach podstawowego przedmiotu umowy w zakresie wynagrodzenia ofertowego. W innym przypadku Wykonawca zobowiązany jest do udowodnienia, że roboty nie były możliwe do przewidzenia na etapie opracowania oferty. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do brzmienia postanowienia) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

V. W zakresie § 4 ust. 4 - „(...) *pod warunkiem, że odbiór ten zostanie pozytywnie dokonany*” oraz § 14 ust. 11 – „(...) *po skutecznym odbiorze końcowym....*”, § 5 ust. 1 pkt 5 „*odebranie zakończonego i*

wykonanego w sposób prawidłowy i terminowy przedmiotu umowy” projektu umowy, Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że tak rozumiany odbiór to również odbiór w rozumieniu § 10 ust. 11 a) projektu Umowy, tj. odbiór usterkowy. W tym zakresie, spośród bogatego dorobku orzeczniczego KIO wspomnieć wystarczy chociażby wyrok w sprawie KIO 1601/18: „Zaznaczenia wymaga, że zgodnie ze stanowiskiem dominującym w judykaturze oddanie przez przyjmującego zamówienie dzieła z wadą istotną, tj. czyniącą je niezdatnym do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się w sposób wyraźny umowie, uprawnia zamawiającego do odmowy odbioru dzieła, a tym samym wynagrodzenie nie staje się wymagalne (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 2015 r., sygn. akt: III CZP 8/15. W sytuacjach, w których dzieło wykazuje jedynie wadę nieistotną, jego oddanie powoduje w myśl art. 642 § 1 wymagalność wierzytelności przyjmującego zamówienie o wynagrodzenie, natomiast zamawiający powinien wówczas skorzystać z uprawnień z tytułu rękojmi [Gudowski Jacek(red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczegółowa, wyd. 11]. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 listopada 2013 r. sygn. akt: V CSK 544/12: Tylko wady, które czynią dzieło niezdatne do zwykłego użytku lub sprzeciwiające się wyraźnie umowie mogą być poczynane za wady, które pozwalają odmówić zamawiającemu odbioru; istnieje bowiem wtedy podstawa do przyjęcia, że świadczenie nie zostało przez przyjmującego zamówienie wykonane zgodnie z jego zobowiązaniem. W świetle powyższego Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że postanowienia umowy naruszają przepisy kodeksu cywilnego w części w jakiej Zamawiający byłby uprawiany do odmowy odbioru końcowego nawet jeśli dzieło posiada wady nieistotne.”

W cytowanym powyżej fragmencie uzasadnienia Krajowa Izba Odwoławcza referuje wprost do orzecznictwa Sądu Najwyższego, przy czym odesłania te można uzupełnić chociażby o wyrok SN z 22.06.2007 r., V CSK 99/07; wyrok SN z 07.03.2013 r., II CSK 476/12) oraz orzecznictwo KIO (por. wyrok KIO z 27.07.2011 r., KIO 1507/11) - idące wyraźnie w kierunku, że „odbior bezusterkowy” jako warunek odbioru robot budowlanych nie ma podstaw prawnych, jest spreczny z treścią art. 647 kodeksu cywilnego oraz naturą stosunku prawnego.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że postanowienia § 4 ust. 4 - „(...) pod warunkiem, że odbiór ten zostanie pozytywnie dokonany” oraz § 14 ust. 11 – „(...) po skutecznym odbiorze końcowym...”, § 5 ust. 1 pkt 5 „odebranie zakończonego i wykonanego w sposób prawidłowy i terminowy przedmiotu umowy” projektu umowy odnoszą się również do odbioru w rozumieniu § 10 ust. 11 lit. a) pkt 1 projektu Umowy – czyli tzw. „odbioru usterkowego”

V.W § 4 ust. 8 Wykonawca wnioskuję o wykreślenie ostatniego zdania tego paragrafu w brzmieniu – „W przypadku braku możliwości uzgodnienia HRF, ze względu na niewprowadzenie przez Wykonawcę wskazówek Zamawiającego, Zamawiający będzie uprawiony do odstąpienia od Umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w terminie 30 dni od daty wyznaczonej na wprowadzenie wskazówek przez Wykonawcę. Zamawiający będzie oceniał postępowanie i terminowość realizowanych robót”. Postanowienie w tym brzmieniu stoi w sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, stanowi nadużycie prawa i prowadzi do naruszenia zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający w myśl tego postanowienia może arbitralnie wydać wiążące wskazówki nieokreślone żadnymi ramami (!) i niewprowadzenie ich przez Wykonawcę (a to jest możliwe albowiem te wskazówki nie są w żaden sposób uregulowane – zatem mogą być nie do spełnienia) będzie skutkowało możliwością odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a to za kolei wiązać się będzie z możliwością obciążenia tego ostatniego karą umową. Zatem Wykonawca pomimo wygrania przetargu, będzie mógł zostać z łatwością wyeliminowany

kontraktu i zanim rozpocznie prace będzie musiał zapłacić karę umowną. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie. Jednocześnie Zamawiający informuje, że wskazówki Zamawiającego nie będą zmierzały do nałożenia na Wykonawcę obowiązków niezgodnych z umową lub wiedzą techniczną bądź zasadami współżycia społecznego. Nie mają one również na celu utrudnienia Wykonawcy realizacji, ale zmierzać mają do doprowadzenia propozycji HRF do zgodności z umową lub do nakierowania Wykonawcy na lepszy sposób realizacji zamówienia wynikający z doświadczeń Zamawiającego.

VI. Zgodnie z § 6 pkt 9 projektu umowy – do obowiązków Wykonawcy należy „opracowanie na koszt własny i uzyskanie zatwierdzenia projektów organizacji ruchu dla potrzeb budowy, w tym także poniesienie kosztów ewentualnego zajęcia pasa drogowego na czas realizacji Umowy”. Wykonawca zatem wnosi o wyjaśnienie jakiego zajęcia pasa drogowego Zamawiający dokładnie przewiduje i kto jest właścicielem tego pasa drogowego.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że Wykonawcom zaleca się zapoznanie z terenem prowadzenia robót, a niezapoznanie się z tym terenem będzie okolicznością obciążającą Wykonawcę. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że zachodzi potrzeba zajęcia pasa drogowego na czas realizacji umowy – koszty takiego zajęcia obciążają Wykonawcę. W przypadku, jeśli Wykonawca nie będzie zajmował pasa drogowego podczas realizacji robót – w sposób naturalny koszty takie nie powstaną

VII. W zakresie § 6 pkt 23 projektu umowy, wskazuje, iż obowiązek Wykonawcy w postaci „poniesienia wszelkich innych kosztów wynikłych w trakcie realizacji Umowy” jest obowiązkiem bliżej nieokreślonym i tak naprawę wszystko może pod niego „podciągnąć”. Na podstawie tak skonstruowanego postanowienia, Zamawiający oczekuje, że Wykonawca w ramach ryczałtowego wynagrodzenia poniesie koszty, które nie są znane i możliwe do przewidzenia oraz skalkulowania przez Wykonawcę na etapie sporządzania oferty, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa umów i ustawą PZP, wskazuje, że przedmiot zamówienia nie został przez Zamawiającego wyczerpująco opisany, a także stoi w sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego i stanowi nadużycie prawa. Tym samym Wykonawca wnosi o wykreślenie § 6 pkt 23. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie § 6 pkt 23 Wzoru umowy. Jednocześnie Zamawiający zmienia § 6 pkt 23 Wzoru umowy w następujący sposób: słowa „poniesienia wszelkich innych kosztów wynikłych w trakcie realizacji Umowy” zamienia na „poniesienia wszelkich innych kosztów wynikłych w trakcie realizacji Umowy, które są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają”.

VIII. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że odpowiedzialność Wykonawcy za szkody powstałe na przejętym terenie budowy, odpowiada swym zakresem odpowiedzialności, o której mowa w art. 652 k.c. Jeżeli natomiast zamiarem Zamawiającego byłoby umowne rozszerzenie tej odpowiedzialności, to proszę o wskazanie przesłanek przemawiających za odstąpieniem od zasad ogólnych.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na terenie budowy od momentu jego przejścia do momentu jest zwrotu Zamawiającemu. Przez powyższe rozumie się również odpowiedzialność na zasadzie ryzyka – zgodnie z art. 433 KC, art. 434 KC oraz art. 435 § 1 KC

IX. Wykonawca wnioskuję o wykreślenie w § 6 pkt 44 projektu Umowy sformułowania „*oraz wszelkich innych czynności koniecznych do realizacji Przedmiotu Zamówienia*”. Na podstawie tak sformułowanego postanowienia, Zamawiający wymagać może od Wykonawcy, że w ramach ryczałtowego wynagrodzenia wykona on także czynności, które nie są znane i możliwe do skalkulowania przez wykonawcę na etapie sporządzania oferty, co jest sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa umów i ustawą PZP i wskazuje, że przedmiot zamówienia nie został przez Zamawiającego wyczerpująco opisany. Zaznaczam przy tym, iż wyroku z dnia 13 listopada 2020 r., sygn. akt. KIO 2729/20, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż: *„Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”*. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie. Zamawiający informuje, że obowiązkiem Wykonawcy jest takie zagospodarowanie terenu budowy, aby możliwe było wykonanie Przedmiotu Zamówienia. W tym zakresie Zamawiający nie ustanawia enumeratywnego wyliczenia obowiązków Wykonawcy, od którego wymaga się wykonania zagospodarowania w sposób kompleksowy.

X. Wykonawca wnosi o dostosowanie § 8 projektu umowy do art. 95 PZP. Zgodnie z tym art. *„Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1320)”*. Artykuł ten nie stanowi o wymogu zatrudniania na podstawie stosunku pracy – *„dalszych podwykonawców”*. Zaznaczam, iż dalszy podwykonawca to osoba / podmiot, który zawarł umowę z podwykonawcą, a zatem jest to osoba / podmiot na którego Wykonawca może nie mieć wpływu. Dodać w tym miejscu należy, iż w myśl projektu umowy, Wykonawcę obciąża ryzyko zapłaty kary umownej za niedochowanie przez dalszego podwykonawcę obowiązku zatrudniania na podstawie stosunku pracy. Zaznaczam, iż w wyroku z dnia 22.01.2021 roku, KIO 3439/20, Krajowa Izba Odwoławcza wywiodła, iż *„za rażąco wręcz niesprawiedliwe należy uznać obciążanie wykonawcy działającego z należytą starannością konsekwencjami działania podmiotów trzecich. Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące. Takie działanie narusza bowiem zasady współżycia społecznego, przez co jest sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego (art. 5 KC, art. 353¹ KC, art. 58 KC)”*. Wskazać przy tym należy, iż § 8 nie jest spójny z pkt 21 SWZ (str 32 i 33), w którym to pkt do katalogu podwykonawców nie zalicza się również dalszych podwykonawców. Ty samym Wykonawca wnioskuję na wykreślenie z § 8 jak i dalszych postanowień projektu umowy „dalszych podwykonawców”. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie. Zamawiający informuje, że postanowienia § 8 Wzoru umowy są spójne z przepisami art. 95 PZP oraz rozdziałem 21 SWZ. Ponieważ zamówienie dotyczy robót budowlanych – przepisy art. 95 PZP obejmują swoim zakresem również dalszych podwykonawców. Analogicznie – postanowienia rozdziału 21 SWZ przez „podwykonawcę” rozumieją również „dalszego podwykonawcę”. Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę dotyczy określonych przez Zamawiającego czynności, bez względu na to, czy czynności te będą wykonywać osoby zaangażowane przez Wykonawcę, Podwykonawcę, dalszego Podwykonawcę, czy dalszego Subpodwykonawcę, itd. Wykonawca – jako podmiot wyrażający zgodę na zawarcie umowy z dalszym Podwykonawcą na wpływ na kształt postanowień tej umowy.

XI. Wykonawca podnosi, iż zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 2.3 projektu umowy o treści: *„W uzasadnionych przypadkach na żądanie Zamawiającego, Wykonawca musi przedstawić dodatkowe badania laboratoryjne wbudowanych materiałów. Badania te Wykonawca wykona na własny koszt”*, Zamawiający ma nieograniczoną możliwość żądania od Wykonawcy badań laboratoryjnych, które zwiększają koszty kontraktu. Paragraf ten nie stanowi bowiem co znaczy „w uzasadnionych przypadkach” i daje *de facto* możliwość jednostronnego decydowania przez Zamawiającego kiedy przypadek jest uzasadniony a kiedy nie. Na podstawie tak skonstruowanego postanowienia Zamawiający nadużywa swojej pozycji dominującej, konstruując zapisy przyszłej umowy w sposób, który narusza zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego. Wykonawca wnioskuje zatem o wykreślenie tego postanowienia względnie dokładne sprecyzowanie obiektywnych przesłanek wystąpienia „uzasadnionych przypadków”. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie. Zamawiający informuje, że nie określa enumeratywnie wykazu „uzasadnionych” przypadków, ponieważ na tym etapie określenie takiego wykazu jest niemożliwe. Przykładowo może to dotyczyć sytuacji, gdy przedstawione uprzednio badania okażą się niewiarygodne, Zamawiający uzyska badania przeciwne, materiał ulegnie zmianie na skutek niewłaściwego przechowywania przez Wykonawcę, itd.

XII. W zakresie § 12 ust. 17 projektu Umowy, Wykonawca zwraca uwagę na niezgodność tego postanowienia z art. 465 ust. 6 PZP, który to artykuł dopuszcza potrącenie z wynagrodzeniem Wykonawcy – kwoty wypłaconego wynagrodzenia wykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, nie przewiduje zaś potrącenia kwoty skierowanej do depozytu sądowego. Wskazać należy, iż gdyby doszło do potrącenia kwoty skierowanej do depozytu, a kwota złożona do tego depozytu okazałaby się nienależna podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, wówczas po zwrocie z takiego depozytu, Zamawiający byłby nienależnie przysporzony kosztem Wykonawcy. Dlatego też Wykonawca wnioskuje o wykreślenie możliwości potrącenia z wynagrodzeniem Wykonawcy kwoty skierowanej do depozytu sądowego. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. Dodatkowo w zakresie tego punktu zastrzegam konieczność uzupełnienia postanowienia w zakresie potrącenia zgodnie z pkt poniżej.

Odpowiedź: Zamawiający dokonuje zmiany brzmienia § 12 ust. 17 Wzoru umowy z dotychczasowego: 17. Kwotę równą kwocie zapłaconej podwykonawcy, dalszemu podwykonawcy lub skierowanej do depozytu sądowego Zamawiający potrąci z wynagrodzenia należnego Wykonawcy a w przypadku

gdyby kwota pozostałego wynagrodzenia nie była wystarczająca do dokonania potrącenia – Zamawiający uprawniony jest do zaspokojenia tej kwoty ze złożonego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy

na następujące:

17. Kwotę równą kwocie zapłaconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy Zamawiający potrąci z wynagrodzenia należnego Wykonawcy a w przypadku gdyby kwota pozostałego wynagrodzenia nie była wystarczająca do dokonania potrącenia – Zamawiający uprawniony jest do zaspokojenia tej kwoty ze złożonego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy

XIII. Wykonawca wnosi o dopisanie na końcu § 13 ust. 9 projektu umowy (jak i w innych postanowieniach projektu umowy w zakresie potrąceń, w szczególności w § 14 ust. 24) sformułowania w brzmieniu – „o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej”. Konieczność zmiany w tym zakresie wynika z art. 15r(1) ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tzw. „ustawa antycovidowej”). Zgodnie z tym art. „W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii”. W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie dokonuje zmiany proponowanej przez Wykonawcę. W przypadku, gdy bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa uniemożliwią Zamawiającemu dokonanie potrącenia, Zamawiający nie będzie władny do dokonania potrącenia (bez konieczności wskazywania tego w postanowieniach Wzoru umowy)

XIV. Zgodnie § 13 ust. 2, zdanie ostatnie projektu umowy: „Strony wyłączają stosowanie przepisów art. 632 § 2 kc”. W tym zakresie należy przywołać w/w wyrok z dnia 13 listopada 2020 r., sygn. akt. KIO 2729/20, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż: „Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Zatem tak daleko idące wyłączenie należy rozpatrywać w kategoriach nadużycia prawa. Zamawiający nadużywa swojego uprawnienia do jednostronnego w zasadzie kształtowania warunków kontraktu poprzez całkowite przerzucenie na wykonawcę ryzyka z tytułu zaistnienia zdarzeń, które co do zasady mają charakter obiektywny, wyjątkowy i niemożliwy do przewidzenia na etapie zawierania umowy i których wpływ na stosunek

zobowiązaniowy może podlegać wyłącznej ocenie niezawisłego sądu. Zaznaczam przy tym, iż w wyroku z 10.07.2018 roku, KIO 1266/18, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „Wyłączenie stosowania ustawowych klauzul, może skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji, w związku z tym, że ryzyko przyjęcia na siebie ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli podjąć tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe. Jest to niezgodne z zasadami wynikającymi z przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zgodnie z którymi opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję”. Nadto Izba wywiodła, iż: „Odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)”.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosi o wykreślenie w/w postawienia w części: „Strony wyłączają stosowanie przepisów art. 632 § 2 kc”. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do brzmienia postanowienia) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XV. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że wynagrodzenie o którym mowa w § 13 ust. 1 i 2 projektu umowy pozostaje stałe w zakresie robót ujętych w dokumentacji przetargowej, natomiast nie obejmuje robót tam nie przewidzianych, a ponadto, iż obowiązek uwzględnienia w wynagrodzeniu wszelkich kosztów i okoliczności związanych z realizacji przedmiotu umowy dotyczy wyłącznie kosztów możliwych do oszacowania na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji, nie obejmuje zaś kosztów niemożliwych do przewidzenia na etapie oferowania, w szczególności wynikających z błędów/braków w dokumentacji, odmiennych od wskazanych w dokumentacji warunków (np. gruntowych, wodnych, archeologicznych, geologicznych, hydrologicznych, się itp.), oraz że w przypadku konieczności wykonania robót wynikających z zaistnienia ww. okoliczności do umowy zostanie wprowadzona zmiana zwiększająca przedmiot zamówienia o roboty dodatkowe, za które Wykonawca otrzyma wynagrodzenie dodatkowe. Nie jest dopuszczalne objęcie zakresem przedmiot umowy o zamówienie publiczne robót nieprzewidzianych w dokumentacji przetargowej, a zatem niemożliwych do wyceny na etapie oferowania (zgodnie z art. 99 ust. 1 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). Prace nieprzewidziane w dokumentacji przetargowej nie stanowią przedmiotu zamówienia objętego ceną oferty. Warto podnieść, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „wynagrodzenie ryczałtowe, w przypadku ustalenia takiej podstawy rozliczeń, ustalane jest w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją przetargową. Ryczałt nie może obejmować tego, czego Zamawiający nie przewidział w dokumentacji

przetargowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 p.z.p. na roboty dodatkowej (wyrok KIO z dnia 2 marca 2010r., sygn. akt KIO/UZP 184/10). Należy też zwrócić uwagę na tezy wyroku KIO z dnia 9 maja 2012r. zgodnie z którymi „ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niedopuszczalne jest również przerzucenie na wykonawcę skutków finansowych nieprecyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia(...)”.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że wynagrodzenie w kwocie określonej w § 13 ust. 1 umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym i zgodnie z przepisem art. 632 KC pozostaje niezmiennie, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jednocześnie Zamawiający informuje, że prace niewchodzące w zakres Przedmiotu Umowy nie są objęte wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie określonej w § 13 ust. 1 umowy. Warunki zlecenia, wykonywania oraz wynagradzania robót dodatkowych zostały opisane w § 20 Wzoru umowy.

XVI. Zgodnie z treścią § 23 ust. 4 projektu umowy „Za dzień zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego”. Należy zwrócić uwagę, że postanowienie to w obecnym brzmieniu jest niezgodne z powszechną zasadą oraz linią orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. uchwała SN z dn. 4 stycznia 1995 r. sygn. CZP 164/94) w myśl których za dzień spełnienia świadczenia pieniężnego w postaci bezgotówkowej uważa się dzień uznania rachunku bankowego wierzyciela (tu Wykonawcy), a nie dzień obciążenia rachunku bankowego dłużnika (tu Zamawiającego). Jeżeli uznanie rachunku wierzyciela nastąpi po terminie płatności, może on w każdym razie domagać się ustawowych odsetek za opóźnienie (niezależnie od ewentualnej szkody i winy dłużnika), a jeżeli nadto doznał szkody - może żądać odszkodowania (jeżeli dłużnik ponosi winę za powstałą szkodę). Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast korzystanie z uprzywilejowanej pozycji nie może przejawiać się w kształtowaniu wzoru umowy w sposób, który rażąco będzie naruszał równowagę Stron umowy. Art. 353(1) k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa.

W związku z tym Wykonawca wnioskuję o zgodę na zmianę w/w postanowienia uznając za dzień zapłaty dzień wpływu kwoty należnej na rachunek bankowy Wykonawcy. W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do brzmienia postanowienia) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XVII. W zakresie § 14 ust. 5 projektu umowy, Wykonawca wnosi o skrócenie terminu do 7 dni. Przy bardzo krótkich terminach narzuconych na Wykonawcę, 14 dniowy termin w tym przypadku na reakcję przez Wykonawcę, stanowi wyraz nierównowagi stron. W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do wyznaczonych terminów) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XVIII. Wykonawca wnosi o wykreślenie w § 14 ust. 12 projektu umowy sformułowania „*a Wykonawca zrzeka się jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego z tytułu jakichkolwiek innych prac lub robót, które nie były ujęte w niniejszym końcowym Protokole Zaawansowania*”. Wprowadzenie takiego oświadczenia stanowi wyraz „działania z pozycji siły” Zamawiającego i stoi w sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego. Postanowienie w tym zakresie stanowi bowiem próbę zniweczenia ewentualnych przyszłych roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego, np. z zakresu robót dodatkowych i czyni ewentualną kontrolę sądową „fikcyjną”. Z góry pozbawia możliwości dochodzenia przez Wykonawcę roszczeń, których powstania na etapie przetargowym przewidzieć nie może. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie. Wykonawca zobowiązany jest ująć w ww. Protokole Zaawansowania wszystkie wykonane prace i roboty (również te, co do których Wykonawca uważa się za uprawnionego do otrzymania wynagrodzenia – np. niezaakceptowane przez Zamawiającego „roboty dodatkowe”). Postanowienie to nie niweczy więc przyszłych roszczeń Wykonawcy względem Zamawiającego, np. z tytułu nieuznanych przez Zamawiającego „robót dodatkowy”. Postanowienie to ma na celu zmobilizowanie Wykonawcy, aby w końcowym Protokole Zaawansowania ujęte były wszystkie prace i roboty. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do brzmienia postanowienia) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XIX. Termin do zapłaty kar umownych wskazany w § 13 ust. 25 jest za krótki. Wykonawca wnioskuję z zmianę na 14 dni. W strukturze spółki, gdzie akceptacja przelewów przechodzi przez kilka osób, nie jest fizycznie możliwe zapłacenie należności w terminie 3 dni. W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do wyznaczonych terminów) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XX. Wykonawca wnosi o możliwość wskazanego w § 16 ust. 4 projektu umowy terminu usunięcia wad w drodze uzgodnienia Stron, jeżeli z przyczyn technicznych, technologicznych lub innych czynników niezależnych od Wykonawcy, nie będzie możliwe usunięcie danej wady w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, na przykład ze względu na złe warunki meteorologiczne lub niedostępność materiałów. W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do wyznaczonych terminów) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XXI. W zakresie § 16 ust. 16 projektu umowy, wskazuję, iż roszczenia z gwarancji i rękojmi stanowią dwa odrębne od siebie roszczenia, a zatem brak jest jakiegokolwiek podstawy do wydłużenia jednego roszczenia na podstawie drugiego. Tym samym Wykonawca wnioski o wykreślenie § 16 ust. 16 projektu umowy. W przypadku odmowy wykreślenia, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do wyznaczonych terminów gwarancji i rękojmi) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XXII. W zakresie § 17 ust. 2 projektu umowy, Wykonawca wnosi o wyjaśnienie przyczyny i podstawy prawnej tak dalece idącej niesymetryczności praw i obowiązków stron. Wykonawca który w umowie jest jedną ze Stron, ma możliwość naliczenia kar umownych jedynie w dwóch przypadkach, podczas gdy Zamawiający aż w dwudziestu ośmiu przypadkach. Zamawiający jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, w tym także zakresu kar umownych nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Ograniczenia w kształtowaniu przez niego treści umowy wynikają z art. 353(1) Kc, a także z zasady wyrażonej w art. 5 Kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Wykonawca wnosi jednocześnie o zracjonalizowanie § 17 ust. 2 poprzez zmniejszenie liczby kar umownych obciążających Wykonawcę do maksymalnie ośmiu (i tak będzie to liczba czterokrotnie wyższa od kar umownych, którym Wykonawca będzie mógł obciążyć Zamawiającego). W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do wyznaczonych kar umownych) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XXIII. Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar umownych w związku z odstąpieniem od umowy – z 10 % łącznego wynagrodzenia brutto – na 5 % łącznego wynagrodzenia brutto, a także maksymalnej wysokości kar umownych – z 20 % na 10 %.

Wysokość kar umownych w zaproponowanym brzmieniu jest wygórowana. Zaznaczam, iż Krajowa

Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w zakresie wysokości kar umownych. Chociażby w wyroku z dnia 14.05.2014 r. KIO 923/12, wskazała: „Zawierając umowę o roboty budowlane, każda ze stron umowy może liczyć się z poniesieniem ryzyka wynikającego z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, co oznacza, że każda z nich może mieć do drugiej roszczenia odszkodowawcze na tle stwierzonego stanu niewykonania zobowiązania lub jego nienależytego wykonania. Kwestie te reguluje art. 483 Kodeksu cywilnego, który upoważnia do zastrzeżenia w umowie, w tym również w umowie o roboty budowlane, że „naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania” nastąpi przez zapłatę określonej kwoty zwanej karą umowną. Kara umowna jest uważana w orzecznictwie za surogat odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania i nie może ona prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się którejkolwiek ze stron umowy. Art. 3531 zakłada swobodę w zawieraniu umów: „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. ” Natomiast zgodnie z art. 473 KC strony umowy mogą rozszerzyć bądź ograniczyć zakres okoliczności, za które dłużnik będzie odpowiadał. W tym stanie, może dość do sytuacji, iż zwłoka jak i opóźnienie zwykle nie będą się praktycznie między sobą różniły.

Zasada swobody umów nie jest nieograniczona i doznaje pewnych ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też PZP, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji KC. Z ogólnych proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialno prawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia (podobnie KIO w wyroku z dnia 14 marca 2012 r. sygn. akt K10 399/12).

Warto zresztą zauważyć, że również w orzecznictwie Kraj owej Izby Odwoławczej podnosi się konieczność ograniczenia wysokości kar umownych. Tytułem przykładu wskazać można na wyrok z dnia 4 września 2018 r. (KIO 1601/18) - w którym Izba uwzględniła postulaty odwołującego, pokrywające się niemal w całości z zarzutami i wnioskami dotyczącymi kar umownych, zawartymi w niniejszym odwołaniu. Izba stwierdziła między innymi:

- Zamawiający uprawiany jest do takiego sformułowania warunków przyszłej umowy, które pozwoli jak najskuteczniej zabezpieczyć jego interesy. Swoboda Zamawiającego nie jest jednak nieograniczona. Rozważając zasadność zarzutów w odniesieniu do postanowień umowy należy mieć na względzie czy nie naruszają one przepisów prawa, w tym zasady proporcjonalności ale również czy nie stanowią wyłącznie próby wynegocjowania korzystniejszych dla wykonawcy warunków umownych nieznajdujących uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego.
- Nie jest przy tym dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej

(tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2007 r., sygn. akt: I CSK 484/06). O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjętego procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodząca kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną. Kara umowna może być „rażąco wygórowana” już w chwili jej zastrzegania lub stać się taka w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć to, że szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary (tak też: Gudowski Jacek (red), Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania, 2013).

▪ Zamawiający określił w umowie wiele przypadków, które mogą powodować naliczenie kar umownych. Jakkolwiek zasadne jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego oraz należytego wykonania zamówienia to uregulowania dotyczące kar umownych nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności. W związku z powyższym Izba nakazała określenie limitu kar umownych do wysokości kary przewidzianej za niewykonanie zamówienia, co umożliwi również wykonawcom ocenę ryzyka i należyta wycenę oferty.

Mając na uwadze powyższe rozważania, jak również praktykę rynkową, wniosek zmniejszenia kar umownych, należy uznać za uzasadniony. W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do wyznaczonych kar umownych) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XXIV. W związku z niesymetrycznym rozłożeniem praw stron umowy, wnosimy o zmianę § 18 projektu umowy poprzez dodanie ust. 13 na podstawie którego Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, tj:

„Wykonawca może odstąpić od Umowy w gdy:

a) Zamawiający zawiadomi Wykonawcę, iż na skutek zaistnienia nieprzewidzianych uprzednio okoliczności nie będzie się mógł wywiązać ze zobowiązań umownych

b) Zamawiający nie wywiązuje się z warunków płatności przez okres dłuższy niż 90 dni, pomimo dodatkowego, pisemnie wyznaczonego, nie krótszego niż 14 dni, terminu do wywiązania się z warunków płatności, pod rygorem odstąpienia od umowy.

c) Zamawiający nie współdziała z Wykonawcą w zakresie wykonywania Umowy, pomimo pisemnego wezwania przez Wykonawcę od należytego wykonywania obowiązków w tym zakresie.

d) Zamawiający odmawia przez 7 dni kalendarzowych bez wskazania uzasadnionej przyczyny odbioru Robót lub odmawia bez stosownego uzasadnienia podpisania protokołu odbioru, pomimo pisemnego wezwania wystosowanego Wykonawcę;

Dla ważności ust. 13, celowe jest również dodanie ust. 14 o treści: *„Odstąpienie od umowy, o którym mowa w ust. 13 powyżej, powinno nastąpić w terminie 60 dni od dnia powzięcia przez Wykonawcę informacji o przesłance do odstąpienia i może zostać dokonane w formie pisemnej lub w formie dokumentowej (za pomocą wiadomości e-mail)”*.

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, w tym także zakresu odstąpienia od Umowy nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Ograniczenia w kształtowaniu przez niego treści umowy wynikają z art. 353(1) kc, a także z zasady wyrażonej w art. 5 Kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Uprawnienia stron w umowie powinny być symetryczne, w przeciwnym wypadku umowa stać będzie w sprzeczności z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego i zasadami współżycia społecznego. W przypadku odmowy modyfikacji, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia. Wniosek w zakresie dalej idącym (to jest uzasadniania pobudek Zamawiającego odnoszących się do wyznaczonych przesłanek odstąpienia) nie stanowi wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, a zatem Zamawiający nie jest zobowiązany do odpowiedzi na takie pytanie Wykonawcy.

XXV. Wykonawca wynosi o potwierdzenie, że Zamawiający wyraża zgodę na zabezpieczenia należytego wykonania umów przez podwykonawców w proporcjach i na zasadach odpowiadających zabezpieczeniu Zamawiający – Wykonawca (symetrycznie). W przypadku odmowy, wnoszę o uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że wymagane oraz niedopuszczalne postanowienia umów o podwykonawstwo zostały opisane w § 12 Wzoru umowy (zob. w szczególności ust. 10 pkt 10.2, pkt 10.5, pkt 10.7). Przy uwzględnieniu powyższych – Zamawiający wyraża zgodę na to, aby Wykonawca wymagał, żeby Podwykonawcy oraz dalsi Podwykonawcy zabezpieczali należyte wykonanie własnych umów, przy czym Wykonawca nie może wymagać, aby zabezpieczenie było wnoszone wyłącznie w formie pieniężnej, nie może uzależniać zwolnienia / wypłaty zabezpieczenia od zwolnienia / wypłaty zabezpieczenia przez Zamawiającego, regulacje dot. zabezpieczenia nie mogą wpływać na mniej korzystną sytuację Podwykonawcy czy dalszego Podwykonawcy odnoszącą się do zapłaty wynagrodzenia tym podmiotom.

Mariusz Hyliński

Dyrektor ds. inwestycji

Katowickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.