

Człuchów, dnia 11.04.2022 roku

**Do wszystkich Wykonawców**

Dotyczy: Postępowania na budowę Przedszkola przy Szkole Podstawowej w Rychnowach w systemie zaprojektuj i wybuduj.

Na podstawie art. 284 ust 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z póź.zm.) udzielam wyjaśnień zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego:

**Pytania:**

Zgodnie z art. 99 ust. 1 p.z.p., 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. "Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią." (zob.: M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 99). Sąd Najwyższy w wyroku z 4.07.2019 r., IV CSK 363/18, wskazał, że: "Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 p.z.p. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego – jako autora tej dokumentacji".

"Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży więc na zamawiającym, a nie na wykonawcach, którzy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SIWZ. Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno umożliwiać wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji." (zob.: Uchwała KIO z 2.07.2019 r., KIO/KD 45/19 – ustalenia pozostają aktualne w bieżącym stanie prawnym).

Zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie podkreśla się, że wymogi stawiane opisowi przedmiotu zamówienia nie mogą zostać zastąpione poprzez zobowiązanie wykonawców do udziału w wizji lokalnej miejsca (terenu) realizacji przedmiotu udzielanego zamówienia publicznego. Określenie obowiązku udziału w wizji lokalnej miejsca realizacji przedmiotu zamówienia nie może przenieść na wykonawców obowiązku zapoznania się z warunkami realizacji zamówienia.

"Odbycie wizji lokalnej stanowi warunek zamówienia, w rozumieniu art. 7 pkt 29 p.z.p., odnoszący się do warunków postępowania. Wizja lokalna pozwala wykonawcy na zapoznanie się ze specyfiką przedmiotu zamówienia, w tym z uwarunkowaniami jego wykonania, np. topografią i ukształtowaniem przestrzeni, w której realizowane będzie zamówienie oraz cechami charakterystycznymi miejsca jego wykonywania. Służy to tylko do

pozyskiwania informacji o specyfice przedmiotu zamówienia z użyciem zmysłu wzroku, ale także, w przypadku niektórych zamówień, może służyć pozyskiwaniu wiadomości za pośrednictwem innych zmysłów. Pamiętać należy, że przedmiot zamówienia jest realizowany w trójwymiarowej przestrzeni. Najczęściej w trakcie wizji lokalnej dokonywane są oględziny np. terenu przyszłej budowy lub miejsca wykonywania usługi lub dostawy, dla zbadania okoliczności wykonania zamówienia. (...) Zaplanowanie wizji lokalnej jako obligatoryjnej lub fakultatywnej czynności, którą musi lub może odbyć wykonawca, nie konwaliduje wadliwie sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia." (zob.: Jacek Jerka, Wizja lokalna według nowego Pzp, Monitor zamówień publicznych nr 190, marzec 2021). Jacek Jerka słusznie zauważa, że ustalenie obowiązku dokonania wizji lokalnej może dotyczyć takich elementów, jak np. uwarunkowania przestrzenne (rzeźba terenu, położenie obiektu, lokalizacja miejsca wykonywania usługi, dostawy lub roboty budowlanej), dostępna infrastruktura, sąsiedztwo, bliskość szlaków komunikacyjnych składających się na specyfikę przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, chodzi o naoczne poznanie specyfiki, która nie była możliwa do odzwierciedlenia w dokumentach zamówienia bądź jej odzwierciedlenie w pisemnie sporządzanej SWZ było utrudnione.

W kontekście powyższego nie można zgodzić się z treścią pkt 1.2 programu funkcjonalno – użytkowego - dalej PFU "Przed złożeniem oferty Wykonawca powinien odbyć wizytację Terenu Budowy oraz jego otoczenia w celu oceny, na własną odpowiedzialność, koszt i ryzyko, wszystkich czynników koniecznych do przygotowania jego rzetelnej oferty, obejmującej wszelkie niezbędne prace przygotowawcze, zasadnicze i towarzyszące zarówno do prowadzenia Robót budowlanych – montażowych jak i przygotowania Projektu do uzyskania pozwolenia na budowę." W trakcie przeprowadzanej wizji lokalnej wykonawca może dokonywać pomiarów lub innego rodzajów badań, ale z pewnością nie ma możliwości ustalania wszelkich niezbędnych elementów, które zgodnie z treścią rozdziału 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. poz. 2454) winny znaleźć się w PFU.

Za niedopuszczalny w świetle zasad opisu przedmiotu zamówienia uznać trzeba ww. zapis zobowiązujący wykonawców do zdobycia na własną odpowiedzialność i ryzyko, wszelkich dodatkowych informacji, które mogą być konieczne do przygotowania oferty oraz zawarcia umowy i wykonania zamówienia. Wszelkie tego rodzaju wiadomości winien wskazać zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, że inwestycja prowadzona jest w formule zaprojektuj i wybuduj, a co za tym idzie, do opisu przedmiotu zamówienia użyto PFU. Niezgodne z treścią ww. rozporządzenia jest (zgodnie z pkt 1.2 PFU) wskazanie, iż „Wykonawca w ramach procesu projektowania zobowiązany jest do wykonania badań geologicznych”.

Mając powyższe na względzie wnoszę o uzupełnienie PFU i przygotowanie przedmiotowego dokumentu zgodnie z wymaganiami §19 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. poz. 2454), tj. proszę o udostępnienie:

- dokumentu potwierdzającego zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów (decyzja o warunkach zabudowy lub decyzja ustalająca lokalizację inwestycji celu publicznego);
- oświadczenia Zamawiającego o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane;
- wyników badań gruntowo – wodnych;
- wskazania dotyczącego urządzeń naziemnych i podziemnych przewidzianych do zachowania oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania rozbiórek;
- porozumień, zgód lub pozwoleń oraz warunków technicznych i realizacyjnych związanych z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg publicznych, kolejowych lub wodnych.

Odpowiedzi:

1. Zgodnie w pkt. 3 SWZ Zamawiający informuje, że złożenie oferty nie musi być

poprzedzone odbyciem wizji lokalnej lub sprawdzeniem dokumentów dotyczących zamówienia jakie znajdują się w dyspozycji Zamawiającego.

2. Dla działki nr 5298/1, 5298/3 obowiązuje miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego (załącznik do PFU) Dla działki nr 77/3, 77/2, 285/3 Zamawiający nie posiada decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego.
3. Działki, na których realizowany będzie przedmiot zamówienia są własnością Zamawiającego. Oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w załączeniu.
4. Zamawiający nie posiada badań gruntowo wodnych.

Karta dokumentacyjna otworu wiertniczego z pobliskiego ujęcia wody:

Głębokość ppt	Rodzaj gruntu	Stratygrafia
0.00 – 0.20 m	gleba	czwartorzęd
0.20 – 4.00 m	piasek gliniasty ciemnożółty	czwartorzęd
4.00 – 5.00 m	piasek średniożółty	czwartorzęd
5.00 – 8.00 m	piasek drobnoziarnisty jasno szary	czwartorzęd
8.00 – 10.00 m	pospółka	czwartorzęd
10.00 – 12.00 m	glina morenowa, szara	czwartorzęd
12.00 – 24.00 m	glina morenowa brunatno szara	czwartorzęd
24.00 – 49.00 m	glina morenowa brunatno szara	czwartorzęd
49.00 – 53.00 m	glina morenowa z otoczkami ciemno szara	czwartorzęd
53.00 – 57.00 m	pospółka szara	czwartorzęd
57.00 – 58.00 m	piasek średnioziarnisty jasno szary	czwartorzęd
58.00 – 60.00 m	mulki brunatno szare	czwartorzęd
60.00 – 62.00 m	piasek gruboziarnisty z pyłem węglowym brunatno szary	czwartorzęd

5. Obiekty i urządzenia przewidziane do rozbiórki:
  - boisko sportowe o nawierzchni ze sztucznej trawy o pow. 1450 m<sup>2</sup>;
  - plac zabaw;
  - ogrodzenie boiska sportowego oraz placu zabaw;
  - lamy solarne (6 sztuk);
6. Infrastruktura techniczna jest własnością Zamawiającego. W załączeniu projekt zagospodarowania terenu ze wskazaniem miejsc włączenia obiektu do istniejącej infrastruktury technicznej oraz infrastruktury przewidzianej do przebudowy (sieć kanalizacji tłocznej 110 mm).

#### Pytania:

Wzór umowy stanowiący załącznik nr 3 do SWZ w §14 ust. 1 pkt 1 lit. e stanowi:

... "Zamawiający przewiduje, na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, możliwość dokonywania zmian postanowień niniejszej umowy, w zakresie:

1) zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku:

e) zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, z tym zastrzeżeniem, że:

- minimalny poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi 15 % w stosunku do cen lub kosztów wskazanych w kosztorysie, sporządzonym na etapie przygotowania dokumentacji projektowej;

- poziom zmiany wynagrodzenia zostanie ustalony na podstawie wskaźnika zmiany cen materiałów lub kosztów ogłoszonego w komunikacie prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, ustalonego po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

- maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający, to łącznie 10 % w stosunku do wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy;”...

XXXXXX wskazuje, że umowa o zamówienie publiczne nie zawiera żadnych innych postanowień w przedmiocie klauzuli waloryzacyjnej, tym samym stwierdzić trzeba, że może okazać się ona waloryzacją pozorną.

Analizując problematykę waloryzacji umowy o zamówienie publiczne zauważyć trzeba, że p.z.p. nie precyzuje treści tego rodzaju klauzuli, a jedynie opisuje metodologię jej skonstruowania przez zamawiającego. „Na podstawie art. 439 p.z.p. możliwe jest powołanie do życia bardzo zróżnicowanych mechanizmów waloryzacyjnych, dostosowanych tym samym do potrzeb realizacji danego zamówienia w określonych unikalnych warunkach otoczenia gospodarczego, w którym będzie realizowane.” (zob.: J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 439.). Podkreślić również trzeba, że intencją ustawodawcy było nałożenie na Zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów (dłuższych niż 12 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. W p.z.p. nie znajdziemy uniwersalnych klauzul waloryzacyjnych, które byłyby właściwe w każdym przypadku. Ustawodawca wskazał natomiast pewne obligatoryjne elementy, które każda klauzula winna zawierać (art. 439 ust. 2 p.z.p.). Urząd Zamówień Publicznych w opracowaniu pt.: [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0014/52151/KLAUZULA-WALORYZACYJNA-W-USTAWIE-PRAWO-ZAMOWIEN-PUBLICZNYCH.pdf) wskazał na następujące elementy:

A. Poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów (art. 439 ust. 2 pkt 1 p.z.p.) uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia. Poziom takiej zmiany może zostać określony procentowo, jak również kwotowo.

B. Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 1 p.z.p.). Początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia winien zostać określony poprzez wskazanie danego punktu w czasie, który posłuży do oceny zaistnienia zmiany uprawniającej do modyfikacji wynagrodzenia, jak również do ustalenia, czy poziom tej zmiany przekracza wartość wskazaną w umowie.

C. Sposób ustalania zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 2 p.z.p.). Przepis wskazuje dwa sposoby:

- pierwszym jest użycie odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa GUS, zaś

- drugim - wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony do żądania zmiany wynagrodzenia.

D. Sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia (art. 439 ust. 2 pkt 3 p.z.p.). Dla zastosowania klauzuli waloryzacyjnej nie jest wystarczające zaistnienie zmiany cen materiałów lub kosztów. Niezbędne jest także ustalenie wpływu takiej zmiany użytych do realizacji zamówienia materiałów lub kosztów na ustalone w umowie wynagrodzenie za jego wykonanie. Brak będzie podstaw do zmiany wynagrodzenia wyłącznie z uwagi na zmianę cen materiałów lub kosztów, nawet jeśli osiągnie ona założony w umowie pułap, jeśli strona żądająca takiej zmiany nie wykaże, że zmiana cen materiałów lub kosztów wpłynęła na koszt wykonania zamówienia. Metoda ustalania wpływu takiej zmiany na koszt wykonania zamówienia winna zostać określona w sposób optymalnie obiektywny.

E. Okresy, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy (art. 439 ust. 2 pkt 3 p.z.p.). Zamawiający zobowiązany jest określić, z jaką częstotliwością z żądaniem zmiany wynagrodzenia będzie można wystąpić.

F. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia (art. 439 ust. 2 pkt 4 p.z.p.).

W świetle powyższych wytycznych, przyjąć trzeba, iż zasady waloryzacji nie zostały opisane przez Zamawiającego w sposób wyczerpujący. XXXXXX ma uzasadnione wątpliwości, co do możliwości realnego zastosowania klauzuli waloryzacyjnej.

Ze wzoru umowy można domniemywać, że waloryzacji podlegać może jedynie wynagrodzenie należne za zakres zamówienia wykonany po upływie 12 miesięcy. Biorąc pod uwagę, iż termin realizacji przedmiotu zamówienia wynosi 17 miesięcy wraz z



uzyskaniem w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie, to założenie rocznej waloryzacji w odniesieniu wyłącznie do kosztów, które dopiero zostaną poniesione, i czyni przedmiotową klauzulę pozorną. Mało prawdopodobne jest bowiem to, aby na tym etapie realizacji zamówienia (po upływie 12 miesięcy) zmiana wynagrodzenia ustalona według opisanych zasad mogła jeszcze odnieść realny wpływ na pozostałe koszty wykonania zamówienia.

Innymi słowy koszty, które będą mogły być objęte waloryzacją, będą znikome w stosunku do poniesionych przez wykonawcę nakładów. XXXXXXXX zwracam tym samym uwagę, iż w przypadku pozorności klauzuli waloryzacyjnej może dojść do zmiany wysokości wynagrodzenia wbrew woli zamawiającego. Powyższe możliwe jest np. w drodze powództwa opartego o treść art. 3571 k.c. (rebus sic stantibus). Przepis ten stanowi, że jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

XXXX wnosi o zmianę zapisów waloryzacyjnych, mających na celu uwzględnienie wpływu czynników zewnętrznych na rentowność zamówienia oraz jednoznaczne określenie terminu po upływie którego Zamawiający dopuszcza złożenie pierwszego i kolejnych wniosków waloryzacyjnych.

Odpowiedzi:

Zamawiający podtrzymuje zapisy załącznika nr 3 do SWZ.

Powyższe wyjaśnienia zostaną przekazane Wykonawcom. Zatem należy je uwzględnić przy sporządzaniu oferty. Niniejszy dokument jest również dostępny na stronie postępowania: <https://platformazakupowa.pl/pn/czluchow>

  
Zup Wójta  
Bogusław Lipski  
Kierownik Referatu