



Lipiany, dnia 16.03.2023 r.

BUD-Z.271.6.2023

Odpowiedzi na pytania do treści SWZ

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Modernizacja dróg gminnych w miejscowości Mironów nr 640010Z, nr 640011Z, nr 640012Z wraz z infrastrukturą techniczną. Usługa nadzoru inwestorskiego.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2023-03-09 pod nr 2023/BZP 00128626/01.

Zamawiający informuje, że przed terminem określonym w art. 284 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022, poz. 1710), wykonawca zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający informuje, że udziela wyjaśnień i poniżej przedstawia odpowiedzi na pytania.

Pytania dotyczące treści SWZ, wpłynęły do Zamawiającego w dniu 15.03.2023 r.

Pytanie 1.

Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 2 ust. 1 pkt. 4

Prosimy Zamawiającego o korektę przedmiotowej jednostki redakcyjnej poprzez określenie terminu złożenia harmonogramu w terminie 14 dni od daty podpisania umowy Tylko bowiem po przekazaniu terenu budowy znając faktyczny termin dokonania tej czynności wykonawca może przystąpić do opracowania rzetelnego harmonogramu robót.

Odpowiedź 1.

Zamawiający po przeanalizowaniu treści pytania wyjaśnia, że wymaga aby harmonogram był przedstawiony w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający po podpisaniu umowy z Wykonawcą jest zobowiązany złożyć oświadczenie do promesy inwestycyjnej i winien znać terminy planowanych płatności.

Pytanie 2.

Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 2 ust. 5

Prosimy Zamawiającego prosimy o korektę treści powyższej jednostki redakcyjnej poprzez określenie obowiązku aktualizacji na żądanie Zamawiającego – Strony mogą bowiem odmienne rozumieć ten obowiązek a nadto może on być problematyczny w wykonania do czasu zatwierdzenia kolejnego harmonogramu Wykonawca może wnieść o kolejną modyfikację i kolejną z uwagi zmianę rzeczywistego postępu robót. Chodzi zatem o sytuację konieczności kolejnej zmiany harmonogramu w



BGK
BANK GOSPODARSTWA
KRAJOWEGO



**POLSKI
ŁĄD**

sytuacji gdy poprzednia jego aktualizacja lub aktualizacje nie zostały zaakceptowane przez Zamawiającego.

Odpowiedź 2.

Zamawiający po przeanalizowaniu pytania pozostawia treść § 2 ust. 5 bez zmian.

Pytanie 3.

Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 11 ust. 1 pkt. 4, 5, 6

Prosimy Zamawiającego o usunięcie powyższych jednostek redakcyjnych jako stanowiących nadużycie pozycji Zamawiającego względem Wykonawcy i godzących w istotę prawa do odstąpienia a nadto jako sformułowanych zbyt ogólnie i przez to stanowiących podstawę do nadużycia wyjątkowego prawa do odstąpienia. W szczególności wskazujemy, na prawo Zamawiającego w przypadku ogólnego określenia wadliwego wykonania robót – w którym to przypadku Zamawiający ma prawo do wykonania zastępczego. Analogicznie jako nadużycie pozycji Zamawiającego należy uznać sytuacje w której Zamawiający przy jakimkolwiek naruszeniu przez Wykonawcę może zniszczyć istniejący stosunek obligacyjny.

Odpowiedź 3.

Wskazane postanowienia umowne nie stanowią nadużycia pozycji Zamawiającego względem Wykonawcy, albowiem:

- a) możliwość odstąpienia od umowy o roboty budowlane z powodu nienależytego wykonywania prac pomimo wezwania wynika wprost z przepisu art. 656 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 – zwana dalej: *k.c.*) w zw. z art. 636 § 1 *k.c.* Zgodnie z tymi normami do wykonywania przez wykonawcę robót w sposób wadliwy stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące umów o dzieło, a w tym przypadku, gdy wykonawca wadliwie wykonuje zamówienie – zamawiający może wezwać go do poprawnego wykonywania zobowiązania, a kiedy to nie przyniesie rezultatu: albo od umowy odstąpić, albo powierzyć wykonanie dzieła innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Ustawodawca dopuszcza zatem, aby w przypadku wadliwie wykonywanego zobowiązania, Zamawiający mógł od umowy odstąpić. Warto podkreślić, że to nie Zamawiający niszczy wówczas stosunek obligacyjny. Obowiązkiem Wykonawcy jest bowiem zrealizowanie zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Jeśli Wykonawca tak nie postępuje, to on właśnie, a nie Zamawiający, nie wykonuje swojego zobowiązania. Zachowanie Wykonawcy skutkuje więc rozwiązaniem węzła kontraktowego, łączącego Strony.
- b) W przypadku nakazu zajęcia majątku Wykonawcy, jasnym jest że z uwagi na jego problemy gospodarczo-finansowe nie jest on w stanie wykonać ciężącego na nim zobowiązania (choćby na brak ludzi i sprzętu). W takiej sytuacji nie można zmuszać Zamawiającego, aby nadal pozostawał w stosunku obligacyjnym z podmiotem, który nie jest w stanie wywiązać się ze swoich zobowiązań. Takie rozwiązanie było sprzeczne z interesem społeczno-gospodarczym, albowiem blokowałoby możliwość realizacji inwestycji. Postanowienie to jest zatem skuteczne i nie stanowi przykładu dominacji Zamawiającego nad Wykonawcą.
- c) Rażąco naruszenie zasad wykonywania umowy przez Wykonawcę również uzasadniania możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Mowa wszak o sytuacji, w której Wykonawca w sposób naganny nie wykonuje swojego zobowiązania wynikającego z kontraktu. Nie można wymagać od Zamawiającego, by w takim stanie rzeczy nadal pozostawał związany węzłem obligacyjnym z nieuczciwym kontrahentem, zwłaszcza gdy swoim postępowaniem narusza on normy prawa powszechnie obowiązującego, np. dotyczące zasad zatrudnienia podwykonawców – zob. art. 95 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 – zwana dalej: *PZP*). Także w tym przypadku nie można więc mówić o wprowadzeniu jakiejś nierówności Stron umowy.



BGK
BANK GOSPODARSTWA
KRAJOWEGO



**POLSKI
ŁĄD**

Pytanie 4.

Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 18 ust. 1 pkt. 5, 6

Prosimy Zamawiającego o modyfikację treści ww. jednostek redakcyjnych poprzez określenie wysokości kary umownej w procentowej wysokości 5 % wartości niedokonanej płatności lub płatności dokonanej po terminie.

Odpowiedź 4.

Ustalenie wysokości kar umownych stanowi uprawnienie Stron kontraktu, jednakże muszą one pozostawać w proporcjonalnym stosunku do stopnia naruszenia. Mając na względzie, że ustawodawca poważnie traktuje problematykę wypłacania podwykonawcom należnego im wynagrodzenia (o czym świadczą przepisy art. 462-465 PZP), kara umowna w wysokości po 1 000 zł za naruszenie przez Wykonawcę obowiązków rozliczenia się z podwykonawcami nie powinna jawić się jak nieproporcjonalna. Zmodyfikowanie jej w sposób, w jaki domaga się Wykonawca, a więc poprzez procentowe uzależnienie jej od wysokości wynagrodzenia należnego podwykonawcy, mogłoby powodować, że kara byłaby za niska (np. przy niskim wynagrodzeniu podwykonawcy, kara mogłaby być dla Wykonawcy praktycznie nieodczuwalna). Stąd nie należy podzielić zastrzeżeń Wykonawcy do tego postanowienia.

Pytanie 5.

Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 22 ust. 2, 3, 6, 8

Prosimy Zamawiającego stosownie do treści przyjętych aktualnie zmian prawa zamówień publicznych stosownie do wyrażonego już orzecznictwa KIO (vide: wyrok KIO 2532/21), zgodnie z którym zastrzeżenia waloryzacji nie może być pozorne lecz winno uwzględniać realnie panujące warunki rynkowe w związku czym wnosimy o:

- a. Potwierdzenie że wskaźnikiem referencyjnym będzie wskaźnik z miesiąca złożenia oferty
- b. Obniżenie wysokości zmian cen materiałów lub kosztów którego przekroczenia pozwala na dokonanie waloryzacji do wartości 5 %
- c. Podwyższenie maksymalnej wartości zmiany ujętej w ust. 8 do 20 % wynagrodzenia tj. do 120 %,
- d. Prosimy Zamawiającego o usunięcie z treści powyższej jednostki redakcyjnej ust. 6 jako całkowicie nie uzasadnionego i godzącego w istotę waloryzacji.

Odpowiedź 5.

Przepis art. 439 PZP nie wymaga wprowadzenia do umowy zmian, o jakie wnosi Wykonawca. W doktrynie wskazuje się, iż: „[...] ustawa nie określa żadnego minimalnego poziomu w tym zakresie i możliwe jest, jak wskazano w uzasadnieniu nowej ustawy, waloryzowanie wynagrodzenia nawet od zerowego poziomu; poziom, od którego będzie działać klauzula waloryzacyjna nie może być określany «z sufitu», wymaga dokonania przez zamawiającego analizy danych historycznych, archiwalnych i na tej podstawie założenia prognozowanej zmiany tych danych w kolejnych miesiącach, kwartałach lub latach w zależności od okresu trwania umowy [...]” (E. Wiktorowska, *Komentarz do art. 439 PZP*, teza 2 [w:] A. Gawrońska-Baran i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, dostęp za pośrednictwem LEX: 15.03.23 r.). Obecnie projektowane wskaźniki nie są ani zbyt niskie, ani wygórowane; na podobnym poziomie lokuje się je również w innych tego typu umowach. Odnosząc się do kwestii § 22 ust. 6 umowy wskazać należy, że jest to postanowienie wyrażające istotę waloryzacji,



BGK
BANK GOSPODARSTWA
KRAJOWEGO



**POLSKI
ŁĄD**

którą wszak dokonuje się *pro futuro* i która powinna być realizowana wówczas, gdy zachodząca na rynku zmiana ma wpływ na koszty wykonania konkretnej umowy. Nie można podzielić zatem zastrzeżeń Wykonawcy co do brzmienia tego postanowienia.

Pytanie 6.

Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 23 pkt. 1

Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie że Zamawiający dopuszcza zmianę terminu w sytuacji wystąpienia okoliczności wskazanych w § 24 ust. 7 – tj. konieczności wykonania robót dodatkowych lub zamiennych.

Odpowiedź 6.

W naszej ocenie postanowienie § 23 pkt 1 umowy w jego obecnym brzmieniu jest klarowne i nie wymaga zmian. Jeśli bowiem dojdzie do konieczności przeprowadzenia robót zamiennych, skutkiem czego Zamawiający nie będzie mógł terminowo przekazać terenu budowy Wykonawcy, postanowienie to znajdzie swoje zastosowanie (co zresztą *expressis verbis* wynika z jego treści).

BURMISTRZ

Bartłomiej Królikowski