



Jaworzyna Śląska 13.12.2023 r.

IGK.271.10.2023

ODPOWIEDZI NA PYTANIA

W związku z pytaniami skierowanymi do Zamawiającego w postępowaniu pn. „*Rozwój strefy przemysłowej poprzez uzbrojenie terenów na potrzeby funkcjonowania Jaworzyńskiej Strefy Aktywności Gospodarczej (JSAG)*”, działając na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:

Pytanie nr 1:

§5 ust. 5 Umowy oraz §5 ust. 6 Umowy

Wykonawca podnosi, że w treści Umowy Zamawiający uprawniony jest do dokonywania zmian w zasadach płatności wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy. Wręcz z przywołanych postanowień wynika, że Zamawiający ma w tym względzie zupełną dowolność, dążąc nawet do odroczenia znacznej płatności na sam koniec wykonywania Umowy.

Z powyższym nie sposób się zgodzić.

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

Z zarysowanym hipotetycznym i pesymistycznym modelem działania nie można się zgodzić i na co nie może też pozwolić sobie Wykonawca. Zgodnie z wyrokiem z dnia 7 kwietnia 1998 r. Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. akt: II CKN 673/97 „W świetle obowiązków inwestora wynikających z art. 647 i 654 KC błędny jest pogląd, że w przepisach o umowy o roboty budowlane "nie wspomniano o terminie w jakim zamawiający jest obowiązany do zapłaty wynagrodzenia". Z uzasadnienia: Wbrew dowolnej wykładni obowiązków inwestora zaprezentowanej w kasacji, Sąd Apelacyjny prawidłowo wyeksponował, że z samego przepisu art. 647 KC (tak zresztą jak i z art. 627 KC) wprost wynika, że ma on obowiązek odebrać wykonany obiekt i zapłacić umówione wynagrodzenie. Jak na to wskazał już Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90), jeśli wykonawca zgłosił wykonanie robót to obowiązek dokonania ich odbioru jest niezależny nawet od kwestionowania ich jakości. Odmowa jego spełnienia nie może być - jak ujęto w kasacji - elementem



szantażu ze strony inwestora. Ponadto, zasada powiązania momentu powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia z przyjmowaniem wykonanych robót (nawet przed odbiorem obiektu) wynika także wprost z art. 654 KC. Błędny jest więc pogląd skarżącego, iż kwestia ta i w tym tytule kodeksu cywilnego nie została w ogóle uregulowana i termin zapłaty zależy od woli inwestora. Brak bardziej szczegółowej regulacji wynika jedynie stąd, że uprzednio decydowała – przede wszystkim - treść uchylonych aktów pozakodeksowych dotyczących rozliczeń jednostek gospodarki uspołecznionej.”

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

Powyższe prowadzi do konieczności ustalenia zasad rozliczenia opartych na miesięcznym przerobie i w tym zakresie Wykonawca wnosi o modyfikację §5 ust. 5 Umowy oraz §5 ust. 6 Umowy.

Odpowiedź na pytanie 1:

Zamawiający informuje, iż prowadzi realizację zamówienia zgodnie z zapisami umowy §5 ust. 3 oraz art. 443 ustawy Pzp, podkreślając, iż ustawodawca nie wskazał w ilu transzach ma być wypłacane wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy. Jedyńm warunkiem jest, iż ostatnia transza nie może być wyższa niż 50% wynagrodzenia. Ponadto, Zamawiający nie przewiduje miesięcznych rozliczeń. Zamawiający w załączeniu przekazuje ogłoszenie o zmianie SWZ w zakresie postanowień umowy.

Pytanie nr 2:

5 ust. 27 Umowy

W treści §5 ust. 27 Umowy Zamawiający blokuje jakąkolwiek możliwość podwyższenia wynagrodzenia wskutek późniejszego wykrycia przez Wykonawcę ewentualnych sprzeczności lub błędów w



przykładowo dokumentacji przetargowej, a czego nie dało się przewidzieć na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy PZP Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym Zamawiający, aby zachować zasady prawidłowego prowadzenia postępowania zobowiązany jest w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przewidzieć zakres robót zlecany Wykonawcy – tylko tak przygotowany Opis Przedmiotu Zamówienia pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty. Podkreślenia przy tym wymaga, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym przepis Kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie tylko w zakresie nieuregulowanym w ustawie PZP. Opis Przedmiotu Zamówienia i wymogi mu stawiane został natomiast jednoznacznie opisany i stanowi jeden z najważniejszych obowiązków Zamawiającego. Mając na uwadze, że Zamawiający, tak jak Wykonawca, może nie być w stanie przewidzieć części okoliczności występujących w toku procesu budowlanego, to winien jednak w tym zakresie przyjąć, iż w przypadku wykonania prac czy robót nieprzewidzianych Zamawiający dokona zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w tym zakresie.

Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia możliwości zastosowania zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia nadzwyczajnej zmiany okoliczności czy to wskazanej w art. 3571 KC czy też 632 § 2 KC.

Zauważyć również należy, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy dokonanie kompleksowego sprawdzenia dokumentacji przetargowej w taki sposób aby wykryć wszelkie sprzeczności, błędy czy niejasności, które mogą pojawić się dopiero na etapie projektowania lub realizacji robót budowlanych.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca wnosi o wykreślenie §5 ust. 27 Umowy.

Odpowiedź na pytanie 2:

Zamawiający informuje, iż zapisy umowy nakazują Wykonawcy przewidzieć wszystkie czynności niezbędne do wykonania umówionego przedmiotu umowy w toku postępowania oraz w procesie budowlanym prowadzonym zgodnie ze sztuką budowlaną. Wszystkie nieprzewidziane prace dodatkowe (instalacje, kolizje, niewypały itp.) nie obciążają Wykonawcy. W związku z powyższym zapisy umowy nie ograniczają możliwości stosowania instrumentów przewidzianych w art. 357¹ k.c. i 632 §2 k.c.

Pytanie nr 3:

§ 6 ust. 1 Umowy



W przywołanym postanowieniu Umownym, Zamawiający wskazał termin realizacji Umowy. Przywołany termin nie jest tożsamy z terminem wskazanym w SWZ. Przykładowo załącznik 5.1 w §5 ust. 1 Umowy wskazuje dla Części 1 termin realizacji umowy 700 dni. Z kolei z treści SWZ wynika 910 dni. Wykonawca ma świadomość, że przedmiotowa wątpliwość pojawiła już się w drodze zapytań z art. 135 PZP, niemniej jednak Wykonawca ma wrażenie, że do chwili obecnej Zamawiający w sposób jasny nie wskazał, jednolitych/jednoznacznych terminów wiążących dla danej Części. Aby usystematyzować przedmiotowy wątek, Wykonawca rekomenduje, aby Zamawiający ponadto dokonał aktualizacji załączników 5.1 – 5.5, a to w zakresie dotychczas wszelkich poczynionych zmian w stosunku do pierwotnego brzmienia ich treści.

Odpowiedź na pytanie 3:

Zamawiający informuje, iż dokonał stosownej zmiany treści SWZ – zał. 5.1 i 5.2 oraz rozdziału VII w zakresie części 4. Ogłoszenia o zmianie SWZ zostały umieszczone na stronie postępowania w dniach 11.09.2023 r. oraz 24.11.2023 r.

Pytanie nr 4:

§13 ust. 1 i 2 Umowy

W przywołanych postanowieniach umownych, Zamawiający przewidział możliwość naliczenia na Wykonawcę kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto.

W treści Umowy nie przewidziano w podobnym zakresie analogicznej kary umownej poprzez naliczenie na Zamawiającego kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego w wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto, o co niniejszym wnosi Wykonawca.

Powyższy postulat podyktowany jest równością kontraktową, o której mowa w poniższym uzasadnieniu prawnym.

Odpowiedź na pytanie 4:

Zamawiający informuje, iż dokonał stosownej zmiany treści SWZ, w załączeniu ogłoszenie o zmianie SWZ.

BURMISTRZ

Grzegorz Grzegorzewicz