



L. Dz. 1499/11/2021

Poznań, 10 listopada 2021 r.

Do wszystkich Wykonawców

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), nr postępowania **PN 14/10/2021 - zaprojektowanie i wybudowanie hangaru w Kąkolewie.**

Zamawiający informuje, że w dniu 09.11.2021 r. wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SWZ dotyczącej ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na które Zamawiający zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), udziela następujących wyjaśnień.

Pytanie 1:

Wnoszę o wykreślenie z § 17 ust. 5 projektu umowy zdania trzeciego oraz czwartego o następującej treści: „W takim przypadku rezultaty już wykonanych prac i robót wraz z użytymi do ich wykonania materiałami, urządzeniami i instalacjami przechodzą na własność Zamawiającego, zaś Zamawiający nie będzie zobowiązany do zapłaty Wykonawcy żadnego wynagrodzenia, odszkodowania, ani kar umownych, ani do zwrotu Wykonawcy w jakikolwiek sposób wartości wykonanych robót oraz wbudowanych materiałów, zainstalowanych urządzeń i instalacji. Wykonawca zrzeka się wyraźnie wobec Zamawiającego w takim wypadku jakichkolwiek roszczeń z powyższych tytułów.” Działanie Zamawiającego polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego oraz ukształtowanie ww. postanowienia umownego w ocenie wykonawcy w istotny sposób właściwość stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej organizatora przetargu, przez co została zachwiana zasada równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i doszło do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ocenie z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu



korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego, jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi (tak Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10). Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również wykonawcy. Po wtóre, jakkolwiek również i w reżimie zamówień publicznych obowiązuje zasada swobody umów wyrażona w art. 353(1) k.c., to nie oznacza ona bezwzględnej swobody Zamawiającego w faktycznym jednostronnym kształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego, a co za tym idzie, także i możliwości dowolnego przerzucania wszelkich ryzyk umownych na przyszłego wykonawcę, wbrew zasadom uczciwości kupieckiej, równości, czy sprawiedliwości kontraktowej. W pierwszym rzędzie należy wskazać, że szczególna pozycja Zamawiającego wynikająca z piastowania pieczy nad wydatkowaniem środków publicznych, nie sankcjonuje prawa do żądania uwzględnienia przez wykonawcę w swojej ofercie ryzyk, które nie są możliwe do zidentyfikowania na tym etapie. A co warto podkreślić, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego Zamówienia, gdzie Zamawiający oczekuje od wykonawców, że przewidzą oni zdarzenia nadzwyczajne, nieprzewidywalne, wyjątkowe, które mają lub mogą nastąpić w przyszłości, właściwie je zidentyfikują, oszacują skalę ich negatywnych następstw a następnie wycenią i uwzględnią je w swoich ofertach. Co warto zauważyć, kalkulacje takie, o ile w ogóle możliwe, byłyby wyłącznie spekulacjami, a to z kolei prowadziłoby do przygotowania nierzetelnych ofert i złożenia ofert nieporównywalnych. Warto również zwrócić uwagę na fakt, że przywoływana powyżej zasada swobody umów, nawet na gruncie PZP, nie może prowadzić do jej zniweczenia i sprowadzić uprawnienie drugiej ze stron wyłącznie do decyzji o przystąpieniu do przetargu lub nie. Takiego podejścia nie uzasadnia ani rola Zamawiającego, ani ratio legis poszczególnych regulacji. Przeciwnie, pierwszym i zasadniczym zadaniem Zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia, aby zainteresowani wykonawcy wiedzieli, co jest przedmiotem postępowania, bez konieczności spekulowania i snucia domysłów, tak co do zakresu przyszłych obowiązków, jak i poszczególnych ryzyk umownych wskazanych przez Zamawiającego. Tak rozumiane należyte działania Zamawiającego pozwalają dopiero wykonawcy na właściwą kalkulację swojej oferty, z uwzględnieniem rzeczywistej wartości prac, zgodnie z zasadą ekwiwalentności świadczeń w umowach wzajemnych.

Wyłączenie przez Zamawiającego prawa do uzyskania należnego Wykonawcy wynagrodzenia za wykonane prace projektowe oraz wykonane roboty budowlane oraz uzyskania przez Zamawiającego bezpodstawnego wzbogacenia w sposób zasadniczy narusza równowagę stron oraz zasady współzycia społecznego. Regulacje umowne proponowane przez Zamawiającego mają zatem inny zakres przedmiotowy, który jest ograniczony w stosunku do uchylonych powszechni obowiązujących przepisów (w szczególności art. 494 KC). Odebranie stronom uprawnienia do 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.

Ostatecznie wykonawca przypomina, że wykreślenie wnioskowanych przez Wykonawcę zdań z § 17 ust. 5 projektu umowy umożliwi Zamawiającemu podjęcie decyzji o złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy na zasadzie ex nunc albo ex tunc. Okoliczność ta i ewentualne konsekwencje złożenia oświadczenia o określonej treści będą uzależnione od okoliczności faktycznej stanu inwestycji i możliwości ewentualnego aneksowania umowy z instytucją dofinansowująca projekt. Zaś pozostawienie proponowanego przez Zamawiającego postanowienia powoduje, że sam Zamawiający ogranicza sobie możliwe rozwiązania prawne, co też jest działaniem na szkodę Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że postanowienia §17 ust. 5 są konsekwencją sankcji przewidzianych w umowie o dofinansowanie projektu, zawartej z Urzędem Marszałkowskim Województwa Wielkopolskiego. Zapisy tej umowy, przewidują m.in. prawo Urzędu Marszałkowskiego, do rozwiązania umowy bez wypowiedzenia, w sytuacji gdy Beneficjent „nie osiągnął zamierzonego w Projekcie celu i/lub nie osiągnął zakładanych wskaźników produktów i rezultatów Projektu”. W takim wypadku Beneficjent nie tylko nie otrzyma dalszych środków finansowych, ale jest nadto zobowiązany do zwrotu już otrzymanego dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych liczonymi od dnia przekazania dofinansowania.

Sytuacja niewywiązania się wykonawcy z postanowień umowy i powstanie sytuacji opisanych w §17 ust. 4 może nadto skutkować powstaniem dalszych szkód po stronie Zamawiającego, polegających np. na konieczności rozbiórki już wybudowanych elementów zamawianego obiektu. Nieukończony obiekt nie będzie bowiem przedstawiał dla Zamawiającego żadnej realnej wartości. Należy mieć także na uwadze, że zamawiany obiekt wznoszony będzie na terenie lotniska, a co za tym idzie w strefie w której obowiązują szczególne zasady bezpieczeństwa, co może skutkować określonymi żądaniem operatora lotniska wobec Inwestora, który nie ukończył planowanej inwestycji.

Z poważaniem,