

Rawa Mazowiecka, dnia 06.02.2023 r.

Znak: RPI.271.4.2023

**Do wiadomości**

**- wszyscy uczestnicy**

### **WYJAŚNIENIA (nr 6) ZWIĄZANE Z TREŚCIĄ SWZ**

Zamawiający, w nawiązaniu do treści specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) pn.: „**Poprawa infrastruktury sportowej w mieście Rawa Mazowiecka. Budowa sali gimnastycznej wraz z infrastrukturą towarzyszącą**” udziela wyjaśnień na zadane pytanie:

**Pytanie nr 1:**

**Dot. warunku udziału w postępowaniu z rozdziału VIII ust. 2 pkt. 4) ppkt. A) SWZ odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej**

W związku z rozbieżnościami w zapisach SWZ dotyczących warunku udziału oraz wymagań stawianych w paragrafie X ust. 4. pkt. 3) SWZ dot. porównywalności z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia, **wnosimy do Zamawiającego o doprecyzowanie wymaganych parametrów i potwierdzenie, że warunek udziału w postępowaniu z rozdziału VIII ust. 2 pkt. 4) ppkt. A) SWZ odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej należy rozumieć w następujący sposób:**

**„4) zdolności technicznej lub zawodowej:**

*Zamawiający uzna warunek za spełniony wówczas, gdy Wykonawca:*

*A/ Wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie:*

*Wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:*

*a) minimum 1 robotę, której przedmiotem była budowa/remont obiektu użyteczności publicznej porównywalnego z przedmiotem zamówienia, tzn. którego przedmiotem była budowa/remont sali gimnastycznej/hali sportowej, o wielkości budynku tj. powierzchni użytkowej min. 1.300 m<sup>2</sup> i kubatury min. 9.000 m<sup>3</sup>, o wartości robót minimum 5.000.000,00 zł brutto, z podaniem jego wartości i wielkości (powierzchni użytkowej i kubatury) oraz daty i miejsca wykonania, zrealizowanych w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych.*

**UWAGA:** Ze względu na zakres przedmiotu zamówienia, Zamawiający przy ocenie spełnienia w/w warunku będzie brał pod uwagę także roboty związane technologicznie i niezbędne do wykonania danej roboty, takie jak: roboty montażowe, roboty renowacyjne, roboty instalacyjne, roboty malarskie itp.”.

Mając na względzie art. 99 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r. poz. 1129 z późn. zm.), mówiący iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, wnioskujemy do Zamawiającego jak na wstępie o wprowadzenie do SWZ stosownych zmian, ponieważ w dotychczasowej wersji zapisu warunku nie jest spójny z zapisem SWZ dotyczącym wykazu robót, który powinien potwierdzać spełnienie tegoż warunku.

#### **Odpowiedź nr 1:**

Zamawiający informuje, że podtrzymuje dotychczasowe zapisy SWZ. Dokumentacja projektowa obejmuje wykonanie prac w technologii tradycyjnej o typowych rozwiązaniach konstrukcyjnych, materiałowych. Nie zachodzi potrzeba zawężania grona wykonawców poprzez stawianie dodatkowych warunków określających np. wybrane parametry wybudowanych obiektów. W związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SWZ w tym zakresie.

#### **Pytanie nr 2:**

**Wnioskujemy do Zamawiającego o wykreślenie z rozdziału XXIII ust. 7 SWZ fragmentu o następującej treści:** „*bez odwołania, bez warunku, niezależnie od kwestionowania czy zastrzeżeń Wykonawcy i bez dochodzenia czy wezwania Zamawiającego jest uzasadnione czy nie*”, **ponieważ zapis ten nie jest zgodny z obowiązującą na rynku praktyką ubezpieczycieli/gwarantów**, a dodatkowo sam Zamawiający podając propozycję dokumentów w pliku o nazwie "Załączniki nr 10a i 10b.doc", zaprzecza w/w zapisowi SWZ. Ponadto art. 449 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r. poz. 1129 z późn. zm.) jasno mówi, że zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, zatem niezasadne jest stosowanie przez Zamawiającego zapisów, które są niezrozumiałe i stanowią nadużycie prawa podmiotowego na postawie udzielanego zabezpieczenia. Należy mieć na względzie, że zapisy zabezpieczenia nie mogą wykraczać poza cel zabezpieczenia.

#### **Odpowiedź nr 2:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian. Ponadto Zamawiający wskazuje, że wypłata zabezpieczenia nie wyłącza możliwości dalszego procedowania sprawy tak przez Wykonawcę jak i Zamawiającego.

**Pytanie nr 3:**

**Wnioskujemy do Zamawiającego o potwierdzenie, że plik o nazwie "Załączniki nr 10a i 10b.doc" zamieszczony do tego postępowania należy traktować jedynie jako propozycję, a tym samym będzie możliwe przedłożenie Zamawiającemu – na etapie przed podpisaniem umowy przez Wykonawcę – draftu propozycji dokumentu zabezpieczenia, którą ubezpieczyciel/gwarant posługuje się celem zatwierdzenia jej treści przez Zamawiającego. Zwracamy szczególną uwagę na fakt, iż każdy z ubezpieczycieli/gwarantów działających na rynku posiada swój wzór gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek, a pomimo tego stanowią one zabezpieczenie wykonania umowy, a ponadto ubezpieczyciel/gwarant zazwyczaj wystawia je na jednym dokumencie (np. ubezpieczeniowa gwarancja należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek).**

**Odpowiedź nr 3:**

Załączniki nr 10a i 10b stanowią przykładowy wzór gwarancji ubezpieczeniowych. Zapisy wniesionej przez Wykonawcę gwarancji ubezpieczeniowej jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz usunięcia wad i usterek nie mogą stać w sprzeczności z zapisami wzoru oraz powinny odnosić się do wszystkich elementów, o których mowa we wzorach. Zamawiający dopuszcza możliwość przedłożenia gwarancji, o których mowa w załączniku nr 10a i 10b w formie jednego dokumentu.

**Pytanie nr 4:**

**Dot. zapisów zabezpieczenia należytego wykonania umowy**

**Wnioskujemy do Zamawiającego o potwierdzenie, że maksymalny termin od pisemnego żądania należy rozumieć termin o jakim mowa w rozdziale XXIII ust. 7 SWZ**

**Odpowiedź nr 4:**

Zgodnie z zapisem Załącznika nr 10a gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania kontraktu- „Na podstawie niniejszej gwarancji Gwarant zapłaci na rzecz Beneficjenta należną kwotę w terminie 30 (trzydziestu) dni od daty otrzymania od Beneficjenta pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty wraz z załącznikami określonymi w punkcie 6”

Zgodnie z zapisem Załącznika nr 10b gwarancja ubezpieczeniowa/bankowa właściwego usunięcia wad i usterek- „Na podstawie niniejszej gwarancji Gwarant zapłaci na rzecz Beneficjenta należną kwotę w terminie 14 (czternastu) dni od daty otrzymania od

Beneficjenta pierwszego pisemnego wezwania do zapłaty wraz z załącznikami określonymi w punkcie 6.”

**Pytanie nr 5:**

Wnoskujemy do Zamawiającego o zmniejszenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wysokości 5 % do 3%.

**Odpowiedź nr 5:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowych zmian.

**Pytanie nr 6:**

W związku z zapisem z rozdziału XXIV ust. 3. Pkt. B) ppkt. 2) SWZ oraz zapisem paragrafu 23 ust. 2 pkt. B) ppkt. 2), o treści:

*„2) wystąpienia nietypowych dla klimatu polskiego warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie zamówień/robót budowlanych zgodnie z technologią ich wykonania. Warunek zostanie spełniony w przypadku wystąpienia ciągłych opadów deszczu lub śniegu, których intensywność jest większa od średniej miesięcznej dla danego miesiąca z ostatnich 5 lat, licząc wstecz od daty złożenia oferty, uniemożliwiających realizację robót budowlanych przez okres min. 10 dni wówczas wystąpi możliwość wydłużenia terminu realizacji zadania o nie dłużej niż 15 dni”.*

**Wnoskujemy do Zamawiającego o wykreślenie słów o treści „przez okres min. 10 dni” oraz wykreślenie słów o treści „o nie dłużej niż 15 dni”,** ponieważ zapis umowy i SWZ nie może być odzwierciedleniem narzucającym z góry jakiś określony maksymalny termin, skoro to dane zdarzenie ma być nietypowym, a faktyczna długość przerwy jest zależna od tego zdarzenia, a tym bardziej wydłużenie terminu realizacji zadania o ten czas.

**Zatem wnoskujemy do Zamawiającego o zastosowanie zapisu o treści:**

*„2) wystąpienia nietypowych dla klimatu polskiego warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie zamówień/robót budowlanych zgodnie z technologią ich wykonania. Warunek zostanie spełniony w przypadku wystąpienia ciągłych opadów deszczu lub śniegu, których intensywność jest większa od średniej miesięcznej dla danego miesiąca z ostatnich 5 lat, licząc wstecz od daty złożenia oferty, uniemożliwiających realizację robót budowlanych wówczas wystąpi możliwość wydłużenia terminu realizacji zadania”.*

**Odpowiedź nr 6:**

Zamawiający zmieni dotychczasowy zapis rozdziału XXIV ust. 3. Pkt. B) ppkt. 2) SWZ oraz zapis paragrafu 23 ust. 2 pkt. B) ppkt. 2) wzoru umowy na nowy o brzmieniu: „2) wystąpienia

nietypowych dla klimatu polskiego warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie zamówień/robót budowlanych zgodnie z technologią ich wykonania. Warunek zostanie spełniony w przypadku wystąpienia ciągłych opadów deszczu lub śniegu, których intensywność jest większa od średniej miesięcznej dla danego miesiąca z ostatnich 5 lat, licząc wstecz od daty złożenia oferty, uniemożliwiających realizację robót budowlanych przez okres min. 10 dni - wówczas wystąpi możliwość wydłużenia terminu realizacji zadania."

**Pytanie nr 7:**

W związku z zapisem z rozdziału XXIV ust. 3. Pkt. B) ppkt. 6) SWZ oraz zapisem paragrafu 23 ust. 2 pkt. B) ppkt. 6), o treści:

*„6) konieczności zmiany dokumentacji projektowej z przyczyn nieobciążających Wykonawcę, o czas, w którym dokumentacja ta była przygotowywana, nie dłużej niż o 30 dni”.*

**Wnioskujemy do Zamawiającego o wykreślenie słów o treści „nie dłużej niż o 30 dni”,** ponieważ zapis nie może być odzwierciedleniem narzucającym z góry jakiś termin, skoro faktyczna długość wprowadzenia zmiany dokumentacji projektowej powinna mieć odzwierciedlenie w wydłużeniu terminu realizacji zadania, a nie fikcyjnie narzucony przez Zamawiającego z góry czas. Przecież Zamawiający nie zagwarantuje Wykonawcy, że wprowadzenie zmian w dokumentacji projektowej zajmie nie dłużej niż 30 dni.

**Zatem wnioskujemy do Zamawiającego o zastosowanie zapisu o treści:**

*„6) konieczności zmiany dokumentacji projektowej z przyczyn nieobciążających Wykonawcę, o czas, w którym dokumentacja ta była przygotowywana”.*

**Odpowiedź nr 7:**

Zamawiający uznaje zasadność przedmiotowej uwagi. Zapis XXIV ust. 3. Pkt B) ppkt 6) SWZ zostanie zmieniony.

Ad7. *„6) konieczności zmiany dokumentacji projektowej z przyczyn nieobciążających Wykonawcę, o czas, w którym dokumentacja ta była przygotowywana”, pod warunkiem, że brak tej zmiany projektowej całkowicie wstrzymuje możliwość prowadzenia robót budowlanych będących przedmiotem zadania.*

**Pytanie nr 8:**

W związku z zapisem z rozdziału XXIV ust. 3. Pkt. E) SWZ oraz zapisem paragrafu 23 ust. 2 pkt. E), o treści:

*„E) zmiany Kierownika Budowy Wykonawcy na skutek zdarzeń losowych, zmian kadrowo-personalnych, utraty wymaganych uprawnień, utraty stanowiska z zastrzeżeniem równoważności uprawnień oraz wykazanego w ofercie doświadczenia zawodowego”;*

**Wnioskujemy do Zamawiającego o wykreślenie słów o treści** „*oraz wykazanego w ofercie doświadczenia zawodowego*”, ponieważ Zamawiający nie postawił przed kadrą innych wymagań niż w zapisach rozdziału VIII ust. 2. pkt.4) ppkt. B) SWZ.

**Zatem wnioskujemy do Zamawiającego o zastosowanie zapisu o treści:**

*„E) zmiany Kierownika Budowy Wykonawcy na skutek zdarzeń losowych, zmian kadrowo-personalnych, utraty wymaganych uprawnień, utraty stanowiska z zastrzeżeniem równoważności uprawnień”.*

#### **Odpowiedź nr 8:**

Zamawiający uznaje uwagę i zastosuje zapis proponowany przez Wykonawcę.

#### **Pytanie nr 9:**

W związku z zapisem z rozdziału XXIV ust. 5 SWZ o treści:

*„5. W przypadku konieczności zmiany wskazanych przez Wnioskodawcę w ofercie osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia, Wykonawca może dokonać zmiany w tym zakresie pod warunkiem zachowania warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia określonych w SWZ i wskazanych przez Wykonawcę w ofercie oraz zawiadomienia Zamawiającego o powyższej zmianie z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem. Zmiana w tym zakresie nie wymaga sporządzenia aneksu do umowy”.*

**Wnioskujemy do Zamawiającego o wykreślenie słów o treści:** „*o powyższej zmianie z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem*”, ponieważ nie wszystkie zmiany osobowe są możliwe do przewidzenia z wyprzedzeniem. Przykładowo zdarzenia losowe, zwolnienie chorobowe, śmierć, lub przykładowo zobowiązania zawodowe osoby skierowanej do realizacji zadania, w praktyce nie występują z wyprzedzeniem w czasie, a nagle i taką kadrę należy uzupełnić w miarę możliwości na bieżąco.

**Zatem wnioskujemy do Zamawiającego o zastosowanie zapisu o treści:**

*„5. W przypadku konieczności zmiany wskazanych przez Wnioskodawcę w ofercie osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia, Wykonawca może dokonać zmiany w tym zakresie pod warunkiem zachowania warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia określonych w SWZ i wskazanych przez Wykonawcę w ofercie oraz zawiadomienia Zamawiającego o powyższej zmianie. Zmiana w tym zakresie nie wymaga sporządzenia aneksu do umowy”.*

#### **Odpowiedź nr 9:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowej zmiany. 7-dniowy zapas czasowy jest niezbędny do zweryfikowania kompetencji zawodowych osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie.

**Pytanie nr 10:**

W związku z zapisem z paragrafu 9 ust. 3 wzoru umowy **wnoskujemy do Zamawiającego o skrócenie terminu tam wskazanego z 14 dni do 7 dni, a zatem wnoskujemy do Zamawiającego o zastosowanie zapisu o treści:**

*„3. Do zatwierdzenia dokumentów, o których mowa w ust. 2 pkt 22 i 23, zastosowanie mają procedury z § 4 Umowy, z zastrzeżeniem, iż termin zatwierdzenia przez Zamawiającego dokumentów, o których mowa w ust. 2 pkt 22 i 23 wynosi 7 dni”.*

**Odpowiedź nr 10:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowych zmian. Jednocześnie zwracamy uwagę, że termin zatwierdzenia dokumentów to maksymalnie 14 dni.

**Pytanie nr 11:**

W związku z zapisem zdania ostatniego z paragrafu 10 ust. 2 wzoru umowy o treści: *„Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia propozycji zmiany w terminie 7 dni roboczych od dnia otrzymania tej propozycji, jeżeli zaproponowany kandydat nie spełnia ww. wymagań”*, **wnoskujemy do Zamawiającego o zmianę zapisu tego zdania i zastosowanie zapisu o treści:** *„Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia propozycji zmiany w terminie 2 dni roboczych od dnia otrzymania tej propozycji, jeżeli zaproponowany kandydat nie spełnia ww. wymagań”*, **ponieważ obecny zapis stanowi fikcyjne wydłużenie zapisu, a skrócenie czasu z 7 dni roboczych do 2 dni roboczych bez wątplenia korzystnie wpłynie na realizację zadania.**

**Odpowiedź nr 11:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowej zmiany. Zdaniem Zamawiającego okres 7 dni jest niezbędny do zweryfikowania kompetencji zawodowych osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie.

**Pytanie nr 12:**

W związku z zapisem zdania pierwszego z paragrafu 10 ust. 3 wzoru umowy o treści:

*„Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu propozycję zmiany, o której mowa w ust. 2 nie później niż 7 dni przed planowanym skierowaniem do kierowania robotami którejkolwiek osoby.”*

**Wnoskujemy do Zamawiającego o wykreślenie słów o treści:** *„nie później niż 7 dni przed planowanym skierowaniem do kierowania robotami którejkolwiek osoby”*, ponieważ nie wszystkie zmiany osobowe są możliwe do przewidzenia z wyprzedzeniem. Przykładowo zdarzenia losowe, zwolnienie chorobowe, śmierć, lub przykładowo zobowiązania zawodowe

osoby skierowanej do realizacji zadania, w praktyce nie występują z wyprzedzeniem w czasie, a nagle i taką kadrę należy uzupełnić w miarę możliwości na bieżąco.

**Zatem wnioskujemy do Zamawiającego o zastosowanie zapisu o treści:**

*„Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu propozycję zmiany, o której mowa w ust. 2.”*

#### **Odpowiedź nr 12:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowej zmiany. Zdaniem Zamawiającego okres 7 dni jest niezbędny do zweryfikowania kompetencji zawodowych osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie.

#### **Pytanie nr 13:**

W związku z zapisem z paragrafu 13 ust. 1 pkt. 5) wzoru umowy, **wnioskujemy do Zamawiającego o zmniejszenie kar umownych z 5% do 5.000,00 zł, ponieważ obecny poziom jest stanowczo wygórowanym poziomem kar.**

**Zatem wnioskujemy do Zamawiającego o zastosowanie zapisu o treści:**

*„5) jeżeli czynności zastrzeżone dla Kierownika budowy lub Kierownika robót, będzie wykonywała inna osoba niż zaakceptowana przez Zamawiającego – w wysokości 5.000,00 zł, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy, za każdy taki przypadek”;*

#### **Odpowiedź nr 13:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie sugerowanych zmian. Zamawiający jest zobowiązany do sprawnego przeprowadzenia zadania inwestycyjnego oraz zminimalizowania ryzyka naruszenia zasad bezpieczeństwa w obrębie placu budowy jak również w jej pobliżu (w tym zapewnienie bezpieczeństwa uczniom Szkoły Podstawowej Nr 2 w Rawie Mazowieckiej). W związku z tym nie do zaakceptowania jest okoliczność powierzenia tak ważnych funkcji jak Kierownik budowy lub Kierownik robót osobom innym aniżeli zaakceptowane przez Zamawiającego (czyli osobom zweryfikowanym i zgłoszonym do odpowiednich instytucji- w tym do Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego). Bagatelizowanie tak ważnych kwestii przez Wykonawców obarczone jest dużym ryzykiem niewłaściwego podejścia do zasad bezpieczeństwa pracy oraz przepisów prawa budowlanego.

#### **Pytanie nr 14:**

Dot. paragrafu 13 ust. 2 wzoru umowy

**Wnosimy do Zamawiającego o zmniejszenie łącznej wartości kar umownych z 20% do poziomu rynkowego tj. max. 10%. Wprowadzenie do umowy zapisów mówiących o łącznych karach w wysokości 20% zaburza równowagę stron umowy.**



Ponadto należy zaznaczyć, że obecny zapis paragrafu 13 ust. 2 (cyt. „łączna maksymalna wysokość kar umownych naliczona Wykonawcy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego brutto”) o jakim mowa powyżej stanowi naruszenie przepisu art. 16 pkt 3 PZP w związku z art. 353(1) KC i art. 58 § 3 KC, art. 5 KC, poprzez ukształtowanie warunków umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę proporcjonalności oraz zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w związku z **paragrafem 13 ust. 2 wzoru umowy**, poprzez ukształtowanie **limitu kar umownych na poziomie 20%, który należy uznać za niewspółmiernie wysoki**.

W zakresie niedopuszczalności zastrzeżenia kary umownej jako rażąco wygórowanej odwołać należy się do poglądu zaprezentowanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2017 r. sprawie KIO 2219/17, gdzie wskazano, że:

*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 przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona 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 zastrzeżenia lub stać się taką 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). Izba zważyła, że Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych wypaczył w istocie ich rzeczywisty cel jakim jest naprawienie szkody wyrządzonej Zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, czym naruszył przepisy kodeksu cywilnego. Uprawnienie Zamawiającego do konstruowania zapisów umownych w sprawie zamówienia publicznego nie może być nadużywane i prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego poprzez ustalenie rażąco wygórowanych kar umownych.*

#### **Odpowiedź nr 14:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie sugerowanych zmian. Zdaniem Zamawiającego zaproponowane kary umowne nie są rażąco wysokie w stosunku do wagi zadania.

**Pytanie nr 15:**

Dot. umowy o podwykonawstwo, a zapisów z paragrafu 14 ust. 5 pkt. 3) wzoru umowy oraz zapisów z paragrafu 14 ust. 5 pkt. 4) wzoru umowy – **wnioskujemy do Zamawiającego o skrócenie czasu z 14 dni do 7 dni, co korzystnie wpłynie na realizację zamówienia i nie będzie sztucznie wydłużać formalnych spraw w czasie jego realizacji.**

**Odpowiedź nr 15:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowych zmian. Jednocześnie zwracamy uwagę, że termin zatwierdzenia dokumentów to maksymalnie 14 dni.

**Pytanie nr 16:**

Dot. zapisów z paragrafu 14 ust. 5 pkt. 5) wzoru umowy - **wnioskujemy do Zamawiającego o zmianę obecnego zapisu z 7 dni na 14 dni, a zatem wnioskujemy zastosowanie zapisu o treści:**

*„5) Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej Umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie **14 dni** od dnia jej zawarcia;”*

**Odpowiedź nr 16:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowych zmian. Zamawiający domniema, iż 7 dni to wystarczająco dużo czasu na dostarczenie poświadczonej za zgodność kopii zawartej umowy niezależnie od miejsca jej zawarcia.

**Pytanie nr 17:**

Dot. zapisów z paragrafu 18 ust. 2 pkt. 1) wzoru umowy oraz dot. zapisów z paragrafu 19 ust. 2 pkt. 1) wzoru umowy.

**Wnioskujemy do Zamawiającego o wykreślenie z paragrafu 18 ust. 2 pkt. 1) wzoru umowy słów „bez zastrzeżeń lub potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze ostatecznym” oraz o wykreślenie z paragrafu 19 ust. 2 pkt. 1) wzoru umowy słów „bez zastrzeżeń lub potwierdzenia usunięcia wad lub usterek stwierdzonych przy odbiorze ostatecznym”, jako zapisów niezgodnych z obowiązującym prawem.**

Należy zaznaczyć, że okres gwarancji i rękojmi rozpoczyna swój bieg z chwilą odbioru przedmiotu umowy z drobną wadą bądź nieistotną usterką, jeśli tylko nie wpływa to na możliwość eksploatacji wykonanego obiektu. Przy wprowadzeniu niedozwolonego

postanowienia w projekcie umowy o odbiorze bezusterkowym, to mimo użytkowania obiektu bieg okresu i rękojmi nie rozpocząłby się, a wykonawca nie otrzymałby wynagrodzenia.

W sposób szczególny należy dostrzec, że zgodnie z art. 647 k.c., przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Z kolei stosownie do treści art. 568 § 1 zd. pierwsze k.c., sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości – przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu. Jednocześnie w świetle art. 577 § 4 k.c., jeżeli nie zastrzeżono innego terminu, termin gwarancji wynosi dwa lata licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana.

Z tych też przepisów wynika, że okres gwarancji i rękojmi powinien biec od wydania przedmiotu umowy. Inaczej mówiąc, żaden z tych przepisów nie stanowi o odbiorze bezusterkowym.

W licznych orzecznictwie sądowym akcentuje się, iż odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane, jest nieważne w rozumieniu art. 647 k.c. (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. I ACa 689/16). Dodaje się także, iż konieczność odbioru „bezusterkowego” jest przesłanką nieprzewidzianą w k.c., a art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane odwołuje się do „odbioru robót” a nie „bezusterkowego odbioru robót”.

Podsumowując, okres gwarancji i rękojmi biegnie od dnia dokonania odbioru robót, nie zaś od odbioru „bezusterkowego” czy „bez zastrzeżeń”. Do podważenia tego proceduru na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych właściwym będzie zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c., art. 568 § 1 k.c. i 577 § 4 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp, poprzez ustalenie w projekcie umowy terminów rozpoczęcia biegu okresu gwarancji jakości i rękojmi za wady w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującym prawem.

**Dlatego też jak na wstępie wnioskujemy do Zamawiającego o zastosowanie stosownych zmian w projekcie umowy.**

#### **Odpowiedź nr 17:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie przedmiotowych zmian. Podmiot wnoszący powyższe odnosi swe zarzuty co do terminu „bezusterkowy odbiór robót”. Stwierdzenie to nie zostało użyte w § 18 ust 2 pkt 1) wzoru umowy. Okres gwarancji rozpocznie się w dniu następnym licząc od daty odbioru robót bez zastrzeżeń lub potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze ostatecznym przedmiotu Umowy.

**Pytanie nr 18:**

**Dot. zapisów z paragrafu 23 ust. 4 wzoru umowy, w których to Zamawiający odwołuje się do nieaktualnego stanu prawnego przywołując zapis:**

*„Dopuszcza się również możliwość wprowadzenia zmian umowy, która została zawarta na okres powyżej 12 miesięcy, (...)”*

**oraz dot. zapisów z paragrafu 23 ust. 7 pkt. 1) i pkt. 2) wzoru umowy, w których również Zamawiający odwołuje się do nieaktualnego stanu prawnego przywołując zapis:**

*„1) przedmiotem umowy są roboty budowlane*

*2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy”.*

**Wnioskujemy do Zamawiającego o wprowadzenie do w/w zapisów wzoru umowy stosownych zmian zgodnie z obowiązującymi przepisami jakie zostały wprowadzone w art. 439 ust. 1 oraz w art. 439 ust. 5 pkt. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.** Zmiany te zostały wprowadzone poprzez Ustawę z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, a zatem, gdy umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy obowiązkowe są do wprowadzenia przez Zamawiających w umowie zapisy o waloryzacji.

**Zatem wnioskujemy o poprawienie zapisów wzoru umowy we wspomnianym powyżej zapisie paragrafu 23 ust. 4 wzoru umowy oraz zapisie z paragrafu 23 ust. 7 pkt. 1) i pkt. 2) wzoru umowy.**

**Odpowiedź nr 18:**

Zamawiający uznaje wniosek Wykonawcy za zasadny. Korekty te zostaną wprowadzone jako zmiana załącznika do SWZ.

**Pytanie nr 19:**

**Dot. zapisów z paragrafu 23 ust. 5 wzoru umowy**

**Po pierwsze:**

**W odniesieniu do zapisów z paragrafu 23 ust. 5 wzoru umowy, gdzie Zamawiający odnosi się do 4-kwartalów i waloryzacji po upływie 12 miesięcy – wnioskujemy do Zamawiającego o wprowadzenie do w/w zapisu wzoru umowy stosownych zmian zgodnie z obowiązującymi przepisami jakie zostały wprowadzone w art. 439 ust. 1 oraz w art. 439 ust. 5 pkt. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.** Zmiany te zostały wprowadzone poprzez Ustawę z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców, a zatem, gdy umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż **6 miesięcy** obowiązkowe są do wprowadzenia przez Zamawiających w umowie zapisy o waloryzacji. Zmiany waloryzacyjne (w umowach trwających dłużej niż 6 miesięcy) nie

należy rozumieć jako zmiany możliwej do wprowadzenia dopiero po upływie 6 miesięcy trwania umowy, tzn. są możliwe do dokonania szybciej (jeszcze zanim minie 6 miesięcy od zawarcia umowy), ponieważ sama ustawa nie narzuca obowiązku wprowadzenia zmiany waloryzacyjnej po upływie 6 miesięcy, ale mówi o tym, że jeśli umowa trwa dłużej niż ten określony w ustawie czas to obowiązkowe są do wprowadzenia przez Zamawiających w umowie zapisy o waloryzacji. **Dlatego też wnioskujemy do Zamawiającego o możliwość dokonywania waloryzacji kwartalnych, począwszy od 4 miesiąca od podpisania umowy.**

**Po drugie:**

**Wnioskujemy do Zamawiającego o stosowne zmiany zapisów z paragrafu 23 ust. 5 wzoru umowy, ponieważ w obecnej formie zapisy są niezrozumiałe i iluzoryczne.** Zamawiający odnosi się do wskaźnika różnicy odchylenia wskaźnika inflacji wyliczanego od jakiegoś zakładanego poziomu o co najmniej 3%, gdzie zapis nie jest w jasny i czytelny sposób zdefiniowany sposób określania pułapu od jakiego zaczyna działać waloryzacja. Ponadto w przypadku obniżenia waloryzacji zapisy umowy budzą wątpliwość co od czego ma być porównywane skoro mowa nagle o średniej wskaźników i stawia się więcej wymagań niż w stosunku podwyższenia wynagrodzenia, co z kolei stanowi nierówne traktowanie stron - zaburza zasadę współżycia społecznego oraz równowagi stron w umowie o jakim mowa w art. 353(1) Kodeksu Cywilnego. Cały zapis prezentowany przez Zamawiającego w paragrafie 23 ust. 5 wzoru umowy jest **niezrozumiały, niejasny i prowadzi do stwierdzenia, że zapisy waloryzacyjne stanowią jedynie ujęcie iluzoryczne.** **Zatem wnioskujemy do Zamawiającego o wprowadzenie do w/w zapisu wzoru umowy jasnych i precyzyjnych zapisów mówiących o możliwości dokonania waloryzacji kwartalnych, tak by wskaźnik waloryzacyjny odnosił się do sytuacji, gdy:** wskaźnik inflacji (czyli wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany w komunikatach GUS) ogłaszany kwartalnie miał realny wpływ na wielkość waloryzacji (wskaźnik kwartału w stosunku do ostatnio publikowanego kwartału). Zatem wprowadzenie zapisów mówiących, że waloryzacji należy dokonać na wniosek, gdy wskaźnik waloryzacji, czyli inflacji kwartalnej jest powyżej/poniżej 2% (osiągnął wzrost/spadek o 2%) to suma wskaźników za poszczególne kwartały za jakie zwaloryzujemy (od początku realizacji do momentu złożenia wniosku) stanowi wyznacznik o jaki rząd % wielkości należy podnieść/zmniejszyć kwotę wartości zamówienia poddawaną wnioskiem o waloryzację (za zakres zamówienia już wykonany).

**Po trzecie:**

**Wnioskujemy do Zamawiającego o zmiany zapisu z paragrafu 23 ust. 5 pkt. 3) wzoru umowy, dotyczące o maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia na 15%, zamiast proponowanego przez Zamawiającego poziomu 10%. Zgodnie z zapisem art. 455 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, w przypadku zamówień na roboty budowlane mamy doczynienia z poziomem 15%. Zatem prosimy o wprowadzenie 15% dla maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia o jakim mowa w zapisie z paragrafu 23 ust. 5 pkt. 3) wzoru umowy.**

### **Odpowiedź nr 19:**

Ad „Po pierwsze”

Zamawiający uznaje wniosek Wykonawcy za zasadny. Korekty te zostaną wprowadzone jako zmiana załącznika do SWZ.

Ad „Po drugie”

Analizy NBP dotyczące przewidywanej inflacji są ogólnodostępnymi danymi, które pozwalają na oszacowanie przewidywanego wzrostu cen. Mając je na uwadze Wykonawca wylicza cenę ofertową. Dopiero znaczące odstępstwo (w tym przypadku 3%) od prognozowanego stopnia inflacji może być przyczynkiem do waloryzacji wynagrodzenia z tego tytułu.

Ad „Po trzecie”

Zmiany umowy, o których mowa w art. 455 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych nie odnoszą się wprost do waloryzacji, o której mowa w art. 439 ust. 1 oraz w art. 439 ust. 5 pkt. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian.

### **Pytanie nr 20:**

**Wnioskujemy do Zamawiającego o potwierdzenie, że poprzez ubezpieczenie o jakim mowa w paragrafie 21 wzoru umowy Zamawiający rozumie posiadanie ubezpieczenia OC działalności firmy opisanym w rozdziale VII ust. 2 SWZ i rozdziale VIII ust. 2. pkt. 3) SWZ.**

### **Odpowiedź nr 20:**

Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł, o której mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt 3) SWZ jest to warunek udziału w postępowaniu.

Aktualne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100), o którym mowa w rozdziale VII ust 2 SWZ jest to ubezpieczenie wymagane przez Zamawiającego od Wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa.

Są to w swojej istocie dwa różne ubezpieczenia natomiast nic nie stoi na przeszkodzie by jedno ubezpieczenie spełniło warunki dla obydwóch wymogów (należy pamiętać jednak by ubezpieczenie, o którym mowa w rozdziale VII. ust. 2 SWZ było aktualizowane na okres trwania umowy).

**Pytanie nr 21:**

**Wnioskujemy do Zamawiającego o:**

- poprawienie zapisu paragrafu 21 ust. 1 wzoru umowy na zapis zgodnie z zapisem z SWZ (rozdziale VII ust. 2 SWZ i rozdziale VIII ust. 2. pkt. 3) SWZ), ponieważ paragraf 21 ust. 1 wzoru umowy jest błędnie zapisany. Odpowiedzialność cywilna nie może wynikać ze szkód w związku ze zdarzeniami losowymi.

- oraz wykreślenie zapisu paragrafu 21 ust. 2. pkt. 1) wzoru umowy.

**Odpowiedź nr 21:**

Zapis § 21 ust. 2. pkt. 1) wzoru umowy jest błędny w zakresie wymaganej kwoty ubezpieczenia. Ponadto Zamawiający przychyliła się do wniosku Wykonawcy o wykreślenie zapisu dot. zdarzeń losowych. Korekty te zostaną wprowadzone jako zmiana załącznika do SWZ.

**BURMISTRZ MIASTA**

*mgr inż. Krowczyński*