



## GMINA MIASTKOWO

ul. Łomżyńska 32, 18-413 Miastkowo  
tel. 86 217 48 78  
www.miastkowo.pl    gmina@miastkowo.pl

Miastkowo, 5 sierpnia 2024 r.

---

Sprawa: Przebudowa z rozbudową dróg gminnych

---

Znak sprawy: IGN.271.9.2024

---

Osoba prowadząca sprawę: Anna Bieńkowska  
e-mail: fundusze@miastkowo.pl

---

### ***Strona internetowa prowadzonego postępowania***

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym w oparciu o art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) dalej Pzp., pn. „Przebudowa z rozbudową dróg gminnych”.*

### **Zawiadomienie o zmianie treści SWZ / Wyjaśnienia do otrzymanych zapytań**

Zamawiający informuje, że w terminie określonym w art. 284 ust. 4 Pzp., wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym, zamawiający działając w oparciu o art. 284 ust. 6 Pzp. udziela następujących wyjaśnień i odpowiedzi.

#### **WNIOSEK o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia – projektu umowy (załącznik nr 8 do SWZ)**

##### **1. § 1 ust. 2 projektu umowy**

§ 1 ust. 2 projektu umowy przewiduje ogólne zobowiązanie wykonawcy do „usunięcia wszystkich wad i usterek powstałych w okresie gwarancji i rękojmi”. Tymczasem pkt VI.1 projektu Oświadczenia Gwarancyjnego za Roboty Budowlane (załącznik nr 1 do projektu umowy) przewiduje, co jest zgodne z istotą gwarancji i przepisami, ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy jedynie do przyczyn tkwiących w elementach przedmiotu gwarancji, z wyłączeniem innych przypadków niezależnych od wykonawcy, przykładowo wymienionych w tym punkcie. Powyższe skutkuje sprzecznością projektowanego postanowienia § 1 ust. 2 umowy z pkt VI.1 projektu Oświadczenia Gwarancyjnego za Roboty Budowlane.

Powyższe narusza obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego (art. 99 ust. 1 p.z.p.).

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie treści § 1 ust. 2 projektu umowy poprzez udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza możliwość jego zmiany w celu doprowadzenia postanowień projektu umowy do zgodności z treścią pkt VI.1 projektu Oświadczenia Gwarancyjnego za Roboty Budowlane i art. 99 ust. 1 p.z.p.?

*Odpowiedź:*

Zamawiający wskazuje, że § 1 ust. 2 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

Wykonawca niniejszą umową zobowiązuje się wobec Zamawiającego do wykonania i przekazania Zamawiającemu przedmiotu umowy wykonanego zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami, oraz do usunięcia wad i usterek zgodnie z zakresem Oświadczenia Gwarancyjnego za Roboty Budowlane, stanowiącego załącznik nr 1 do umowy.

## **2. § 2 ust. 2 projektu umowy**

§ 2 ust. 2 projektu umowy przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za uszkodzenia i zniszczenia instalacji nienaniesionych na plan uzbrojenia terenu, których „istnienie można było przewidzieć w trakcie realizacji robót”.

Powyższe postanowienie przerzuca w całości na wykonawcę ryzyko uszkodzenia/zniszczenia instalacji, które nie są wskazane w planie uzbrojenia terenu, przy czym wyłącznym dysponentem takich informacji może być tylko Zamawiający. Projektowane postanowienie obciąża więc wykonawcę skutkami zaniechań i braku staranności Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający określił obowiązki wykonawcy w sposób nieproporcjonalny i niejednoznaczny, co narusza art. 16 p.z.p. (zasada proporcjonalności, przejrzystości i konkurencyjności) oraz art. 99 ust. 1 (zasada jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia) oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.

Prosimy o wyjaśnienie treści SWZ poprzez udzielenie informacji:

- 1) czy Zamawiający dopuszcza możliwość usunięcia ww. fragmentu § 2 ust. 2 projektu umowy i doprowadzenie go do zgodności z powołanymi wyżej przepisami prawa?  
a jeżeli odpowiedź na powyższe pytanie okaże się negatywna:
- 2) z jakiego innego źródła niż plan uzbrojenia terenu wykonawca miałby mieć informacje o istnieniu instalacji w takim planie nieujawnionym przed przystąpieniem do robót ziemnych w obszarze występowania instalacji; oraz
- 3) z jakich okoliczności faktycznych według Zamawiającego miałyby wynikać „możliwość przewidzenia przez wykonawcę istnienia instalacji nienaniesionych na plan uzbrojenia terenu” przed przystąpieniem do robót ziemnych w obszarze występowania instalacji?

*Odpowiedź:*

Zamawiający wskazuje, że § 2 ust. 2 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

Wykonawca ponosi odpowiedzialność za uszkodzenia i zniszczenia instalacji naniesionych na planie uzbrojenia terenu, zgodnie z aktualną mapą do celów projektowych sporządzoną na potrzeby niniejszej inwestycji.

### **3. § 2 ust. 3 zd. 1 projektu umowy**

§ 2 ust. 3 zd. 1 projektu umowy przewiduje absolutną odpowiedzialność wykonawcy za szkodę jakiegokolwiek rodzaju poniesioną przez osoby trzecie w związku realizacją przedmiotu wykonania umowy, bez względu na winę wykonawcy.

Oznacza to przypisanie wykonawcy w tym zakresie odpowiedzialności absolutnej, w tym za szkody poniesione przez osoby trzecie bez winy wykonawcy.

Powyższe w sposób rażący wykracza poza godny ochrony interes Zamawiającego, obarczając wykonawcę niemożliwymi do przewidzenia i kontrolowania ryzykami, naruszając tym samym zasadę proporcjonalności (art. 16 p.z.p.), a także zasadę równowagi kontraktowej stron oraz wynikający z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego obowiązek zapewnienia zgodności umowy z właściwością/naturą stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, w tym w szczególności zasadą uczciwego obrotu i stanowi przejaw zakazanego przez prawo nadużywania pozycji dominującej w postaci nieuczciwego narzucania przez Zamawiającego uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. w zw. z art. 16 p.z.p.).

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie treści § 2 ust. 3 zd. 1 projektu umowy poprzez udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza możliwość jego usunięcia lub odpowiedniej modyfikacji w celu doprowadzenia postanowień projektu umowy do zgodności z ww. przepisami prawa?

*Odpowiedź:*

Zamawiający wskazuje, że § 2 ust. 3 umowy otrzymuje brzmienie:

Wykonawca przyjmuje na siebie wyłączną odpowiedzialność za szkodę jakiegokolwiek rodzaju poniesioną przez osoby trzecie w związku realizacją przedmiotu wykonania umowy, które nastąpiły z winy Wykonawcy. Wykonawca zobowiązuje się zwolnić Zamawiającego z odpowiedzialności związanej z jakimkolwiek roszczeniem czy powództwem wytoczonym w wyniku naruszenia zasad, postanowień umowy przez Wykonawcę, jego pracowników lub jednostki, za które jego pracownicy ponoszą odpowiedzialność albo na skutek naruszenia prawa osób trzecich.

### **4. § 5 ust. 3 i 4 projektu umowy**

§ 5 ust. 3 projektu umowy przewiduje, że wynagrodzenie wykonawcy musi uwzględniać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia określonego w SWZ i załącznikach do SWZ, wynikające wprost z SWZ i załączników do SWZ, jak również w dokumentacji tej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia zapewniającego wykonanie przedmiotu umowy. § 5 ust. 4 projektu umowy przewiduje przy

tym, że niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu Przedmiotu Umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego.

Taka treść projektowanych postanowień umowy obarcza wykonawcę ryzykiem poniesienia w każdym wypadku dodatkowych kosztów z tytułu robót dodatkowych także w sytuacji, gdy konieczność ich podjęcia wynika z zaniedbań Zamawiającego, polegających w szczególności na niepełnym lub wadliwym opisie przedmiotu zamówienia, jak również z okoliczności, które nie są możliwe do przewidzenia lub oszacowania na etapie składania ofert. Stanowi to naruszenie art. 16 p.z.p. (zasada proporcjonalności, przejrzystości i konkurencyjności) oraz art. 99 ust. 1 (zasada jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia) oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (obowiązek zapewnienia zgodności umowy z właściwością/naturą stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, w tym w szczególności zasadą uczciwego obrotu).

W szczególności nie jest w tym kontekście dopuszczalne obarczenie wykonawcy ryzykiem poniesienia dodatkowych kosztów z tytułu robót dodatkowych w sytuacji, gdy konieczność ich podjęcia wynika z zaniedbań Zamawiającego, polegających w szczególności na dostarczeniu wykonawcy niepełnej lub wadliwej dokumentacji. Takie uregulowanie wzajemnych zobowiązań stron w projekcie umowy w sposób rażący godzi w wyrażony w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego obowiązek zapewnienia zgodności umowy z właściwością (naturą) stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, w tym w szczególności zasadą uczciwego obrotu.

Nadto, jak słusznie wskazuje się w doktrynie prawa cywilnego, ryczałtowy sposób określenia wynagrodzenia „(...) jest stosowany zwłaszcza przy stosunkowo prostych stanach faktycznych umowy o dzieło, gdy wartość wykonanej usługi jest stronom na ogół znana, podobnie jak ewentualny koszt potrzebnych materiałów, spodziewany czas trwania prac itd.” (Komentarz do art. 632 Kodeksu cywilnego [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Wyd. 5, Wydawnictwo: C.H.Beck).

Z uwagi na powyższe okoliczności, wynagrodzenie ryczałtowe nie nadaje się więc do zastosowania przy pracach skomplikowanych, w szczególności takich, z których natury nie da przewidzieć się ich rozmiaru, a do tej grupy należą niewątpliwie roboty objęte SWZ, tj. realizowane w systemie „projektuj i buduj”. Wynagrodzenie przyjęte w ofercie przez wykonawcę powinno być ekwiwalentne w stosunku do wartości wykonanych robót i powinno odpowiadać rzeczywistej ich wartości.

Jeżeli rozmiaru robót nie można przewidzieć, należy zastosować inną formę wynagrodzenia niż wynagrodzenie ryczałtowe, np. wynagrodzenie kosztorysowe, którego zasady należy określić w SWZ oraz w umowie.

Prosimy o wyjaśnienie treści ww. postanowień projektu umowy poprzez udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza możliwość ich usunięcia lub zmiany prowadzącej do zgodności z powołanymi wyżej przepisami prawa oraz czy dopuszcza zmianę wynagrodzenia z ryczałtowego na kosztorysowe?

*Odpowiedź:*

Zamawiający wskazuje, że § 5 ust. 3 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

Wynagrodzenie musi uwzględniać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia określonego w SWZ i załącznikach do SWZ, wynikające wprost z SWZ i załączników do SWZ, oraz koszty przekazania obiektów do użytkowania oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie od właściwych organów a także koszty towarzyszące takie jak np.: koszty uzgodnień, opinii, opłat związanych z uzyskaniem decyzji, zgłoszenia budowy, pomiarów, badań, ekspertyz, koszty wykonania wszelkich robót przygotowawczych, wykończeniowych porządkowych, wykonania ewentualnych przekładek w przypadku kolizji z istniejącym uzbrojeniem, i innych czynności wynikających z umowy, jak również wszelkich innych robót niezbędnych do wykonania i prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia, w tym wynikających z uwarunkowań geologicznych i innych opisanych w PFU.

§ 5 ust. 4 projektu umowy podlega usunięciu.

Zamawiający wyjaśnia, że nie dopuszcza możliwości zmiany wynagrodzenia z kosztorysowego na ryczałtowe.

#### **5. § 5 ust. 5 w zw. z § 15 ust. 4 lit. a) projektu umowy**

§ 5 ust. 5 w zw. z § 15 ust. 4 lit. a) projektu umowy przewiduje prawo Zamawiającego do zaniechania niektórych robót, których wykonanie okaże się zbędne z jednoczesnym prawem do żądania obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego o wartość prac zaniechanych.

§ 5 ust. 5 w zw. z § 15 ust. 4 lit. a) oraz § 5 ust. 1 i 2 projektu umowy są wzajemnie sprzeczne, ponieważ z jednej strony przewidują wynagrodzenie ryczałtowe (§ 5 ust. 1 i 2), a z drugiej dopuszczają jego obniżenie (§ 5 ust. 5 w zw. z § 15 ust. 4 lit. a), nie przewidując jednocześnie możliwości podwyższenia. Tym samym naruszają one art. 99 ust. 1 p.z.p. nakładający obowiązek jednoznacznego opisu zamówienia oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (obowiązek zapewnienia zgodności umowy z właściwością/naturą stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, w tym w szczególności zasadą uczciwego obrotu). Tym samym cytowane postanowienia naruszają także równowagę kontraktową stron, przerzucając całość ryzyka na wykonawcę, co stanowi naruszenie wyrażonej w art. 16 pkt 3) p.z.p. zasady proporcjonalności.

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie treści ww. postanowień projektu umowy, poprzez udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza możliwość ich usunięcia w zakresie możliwości obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego - w celu doprowadzenia postanowień Umowy do zgodności z ww. przepisami prawa?

*Odpowiedź:*

Zamawiający wskazuje, że nie dopuszcza możliwości usunięcia z projektu umowy zapisów § 5 ust. 5. Zamawiający wyjaśnia, że co do zasady obowiązkiem prawnym jest wybudowanie kanału technologicznego. Zamawiający wystąpi z wnioskiem do Ministra Cyfryzacji o wydanie decyzji z obowiązku projektowania i wykonania kanału technologicznego. W przypadku uzyskania takiego zwolnienia, Zamawiający obniży wartość umowy. Uwzględniając zapytanie Wykonawcy, Zamawiający zmieni zapis § 15 ust. 4 w następujący sposób:

Zamawiający dopuszcza zmianę umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy w zakresie:

- Zmniejszenia/zwiększenia zakresu rzeczowego,
- Zmniejszenia/zwiększenia Wartości umowy z zastrzeżeniem, że zmiana ta jest możliwa maksymalnie do 15 % wartości umowy.

#### **6. § 6 ust. 2 i 3 projektu umowy**

§ 6 ust. 2 i 3 projektu umowy uzależniają prawo wykonawcy do wystawienia faktury i otrzymania płatności od otrzymania przez Zamawiającego uprzedniej wypłaty z promesy dofinansowania z Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych, a także pozbawiają wykonawcę prawa do odsetek za opóźnienie w płatnościach związane z terminem otrzymania przez Zamawiającego środków z dofinansowania.

Projektowane postanowienia są niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Po pierwsze, naruszają w sposób rażący art. 8 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1790), ponieważ de facto dopuszczają wydłużenie terminu płatności faktur powyżej 30 dni w przypadku nieotrzymania przez Zamawiającego w tym czasie środków z dofinansowania, a ponadto pozbawiają prawa wykonawcy do żądania odsetek za opóźnienie.

Takie określenie terminu płatności jest w rzeczywistości jedynie pozorną realizacją przewidzianego w art. 436 pkt 2) i art. 443 ust. 1 p.z.p. obowiązku określenia warunków zapłaty wynagrodzenia, spośród których podstawowym jest określenie jednoznacznego terminu płatności. Narusza to w sposób rażący art. 99 ust. 1 p.z.p. w zakresie obowiązku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, Zamawiający wymaga, aby umowa wykonawcy z podwykonawcą nie zawierała zapisów uzależniających dokonanie zapłaty na rzecz podwykonawcy od zapłaty należności wykonawcy przez Zamawiającego.

W związku z tym postanowienie takie rażąco wykracza poza godny ochrony interes Zamawiającego i jaskrawo narusza zasadę proporcjonalności (art. 16 pkt 3 p.z.p.), jak również stanowi zakazane nadużywanie pozycji dominującej poprzez narzucanie przez Zamawiającego uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści [art. 9 ust. 2 pkt 6 Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076 ze zm.), dalej „u.o.k.k.”]. Postanowienie godzi także w obowiązek zapewnienia zgodności umowy z właściwością/naturą stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, w tym w szczególności zasadą uczciwego obrotu (art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego).

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie treści ww. postanowień projektu umowy, poprzez udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza możliwość ich usunięcia lub zmiany w zakresie określenia jednoznacznego terminu zapłaty wynagrodzenia, bez jego uzależniania od otrzymania wypłaty z dofinansowania i pozbawienia wykonawcy prawa do odsetek za opóźnienie - w celu doprowadzenia postanowień projektu umowy do zgodności z ww. przepisami prawa?

*Odpowiedź:*

Zamawiający wskazuje, że § 6 ust. 2 i 3 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

## 2. Wynagrodzenie wypłacane będzie:

- a) w przypadku wypłaty pierwszej transzy – na podstawie dwóch faktur VAT wystawionych przez Wykonawcę w oparciu o protokół częściowego odbioru robót i sprawdzony przez Inspektora Nadzoru oraz zatwierdzone przez Zamawiającego zestawienie wartości wykonanych robót, stanowiące załącznik do protokołu. Zamawiający przystąpi do odbioru częściowego robót po akceptacji zestawienia wartości wykonanych robót. Termin płatności dla prawidłowo wystawionej i dostarczonej Zamawiającemu przez Wykonawcę faktury VAT wynosi nie dłużej niż 30 dni. Dopuszczalna jest płatność częściowa w ramach, której pierwsza faktura VAT dla wypłaty w ramach tej transzy obejmuje wkład własny Zamawiającego, o którym mowa wyżej. Druga faktura VAT w ramach pierwszej transzy zostanie wystawiona przez Wykonawcę z tytułu robót budowlanych na pozostałą część płatności transzy i płatna będzie przez Zamawiającego w terminie 30 dni od daty dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT.
- b) w przypadku wypłaty drugiej transzy stanowiącej pozostałą część wynagrodzenia Wykonawcy - przy czym wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynieść więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy - na podstawie faktury VAT wystawionej przez Wykonawcę po zakończeniu realizacji inwestycji (wykonaniu całości robót), w oparciu o protokół końcowego odbioru robót (bez uwag), na kwotę ustaloną w sprawdzonym przez Inspektora Nadzoru oraz zatwierdzonym przez Zamawiającego zestawieniu wartości wykonanych robót, stanowiącym załącznik do protokołu końcowego robót. Zestawienie wartości wykonanych robót oraz pozostałe załączniki do protokołu odbioru końcowego Wykonawca przedłoży do weryfikacji i zatwierdzenia przez Inspektora Nadzoru i Zamawiającego wraz ze zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego robót. Termin płatności dla prawidłowo wystawionej i dostarczonej Zamawiającemu przez Wykonawcę faktury VAT wynosi nie dłużej niż 30 dni.

## 3. Usunięty

### **7. § 10 ust. 3 pkt 3) projektu umowy**

§ 10 ust. 3 pkt 3) projektu umowy przewiduje uprawnienie Zamawiającego do odmowy odbioru końcowego z winy wykonawcy w przypadku niezakończenia robót lub wadliwego wykonania, bez względu na stopień niezakończenia robót lub istotność ujawnionej wadliwości. Takie postanowienie jest nieważne z mocy prawa (art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego), ponieważ jest sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 647 Kodeksu cywilnego, nakładającym na Zamawiającego jako inwestora obowiązek dokonania odbioru wykonanego obiektu. W orzecnictwie Sądu Najwyższego jednoznacznie przyjmuje się, że jeżeli wady nie są istotne, to inwestor nie może odmówić odbioru robót (np. Wyrok SN z 12.03.2021 r., V CSKP 14/21).

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie treści § 10 ust. 3 pkt 3) projektu umowy poprzez udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza możliwość jego usunięcia w ww. zakresie w celu doprowadzenia postanowień Umowy do zgodności z prawem?

*Odpowiedź:*

§ 10 ust. 3 pkt 3 projektu umowy otrzymuje brzmienie:

3) z czynności odbiorowych (końcowego) zostanie sporządzony protokół, który zawierać będzie wszystkie ustalenia, zalecenia poczynione w trakcie odbioru. Jeżeli w toku czynności odbiorowych zostanie stwierdzone, że przedmiot odbioru nie osiągnął gotowości do odbioru z powodu nie zakończenia robót lub jego wadliwego wykonania, które stanowią wadę istotną Zamawiający odmówi odbioru z winy Wykonawcy.

**8. § 10 ust. 7 projektu umowy**

§ 10 ust. 7 projektu umowy przewiduje zobowiązanie wykonawcy do poniesienia kosztów ekspertyz w wypadku, gdy zostaną ujawnione nieprawidłowości w jakości prac. Jednocześnie postanowienie nie określa kto ponosi koszty ekspertyz w wypadku, gdy ich rezultat będzie dla wykonawcy pozytywny.

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie treści § 10 ust. 7 projektowanych postanowień umowy poprzez udzielenie informacji, kto ponosi koszty ekspertyz w wypadku, gdy ich rezultat będzie pozytywny dla wykonawcy i doprecyzowanie postanowienia umowy poprzez wskazanie, że będzie to Zamawiający?

*Odpowiedź:*

Zamawiający nie widzi możliwości zmiany projektu umowy w zakresie § 10 ust. 7. Z zapisu projektu umowy wynika, że Wykonawca będzie ponosił koszty tylko w przypadku, gdy zostaną ujawnione nieprawidłowości.

**9. § 11 ust. 9 projektu umowy**

§ 10 ust. 9 projektu umowy przewiduje uprawnienie Zamawiającego do dochodzenia od wykonawcy odszkodowania uzupełniającego w razie braku pokrycia całości poniesionej szkody przez kary umowne. Projekt umowy nie przewiduje przy tym analogicznego uprawnienia dla wykonawcy.

Taka konstrukcja odpowiedzialności narusza zasadę proporcjonalności (art. 16 p.z.p.), a także zasadę równowagi kontraktowej stron oraz wynikający z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego obowiązek zapewnienia zgodności umowy z właściwością/naturą stosunku oraz zasadami współżycia społecznego, w tym w szczególności zasadą uczciwego obrotu i stanowi przejaw zakazanego przez prawo nadużywania pozycji dominującej w postaci nieuczciwego narzucania przez Zamawiającego uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. w zw. z art. 16 p.z.p.).

Prosimy o wyjaśnienie treści § 11 ust. 9 projektowanych postanowień umowy poprzez udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza możliwość jego uzupełnienia o analogiczne uprawnienie wykonawcy w ww. zakresie w celu doprowadzenia postanowień Umowy do zgodności z prawem?

*Odpowiedź:*

§ 11 ust. 9 projektu umowy otrzymuje brzmienie:



Jeżeli kary umowne nie pokryją poniesionej przez stronę szkody może ona dochodzić odszkodowania uzupełniającego.

#### **10. § 15 ust. 7-9 projektu umowy (waloryzacja)**

§ 15 ust. 7-9 projektowanych postanowień umowy przewidują, że waloryzacja nie obejmuje wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty wykonane przed datą złożenia wniosku o waloryzację, waloryzacja jest dopuszczalna tylko dwukrotnie i nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, a ponadto ustanawiają minimalny próg dopuszczalności waloryzacji wynoszący 7% różnicy pomiędzy wskaźnikiem cen produkcji budowlano-montażowej robót budowlanych specjalistycznych ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS za ostatni miesiąc poprzedzający wniosek o waloryzację a tym wskaźnikiem w miesiącu składania ofert.

Na etapie ogłoszenia o zamówieniu wskaźnik cen produkcji budowlano-montażowej robót budowlanych specjalistycznych w ujęciu miesiąc do miesiąca roku poprzedniego (czerwiec 2023 – czerwiec 2024) wynosi 6,7%, zaś dalsza wysokość przedmiotowego wskaźnika jest niemożliwa do oszacowania.

W takiej sytuacji „zamrożenie” przez Zamawiającego możliwości waloryzacji wynagrodzenia przez okres 6 miesięcy, niedopuszczalność objęcia waloryzacją wcześniej rozliczonych prac i wprowadzenie minimalnego progu dopuszczalności waloryzacji wynoszącego 7% jest nieproporcjonalne i przerzuca na wykonawcę ogromne ryzyko związane z inflacją, na co wykonawca nie ma żadnego wpływu i przed czym nie może się skutecznie zabezpieczyć, zwłaszcza że z uwagi na nieprzewidywalność zjawisk gospodarczych nie jest możliwe uwzględnienie ryzyka inflacyjnych w cenie ofertowej.

Zgodnie ze stanowiskiem Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, waloryzacja wynagrodzenia jest:

*„(...) rozumiana jako urealnienie wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na tego rodzaju wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, który skutkuje powstaniem znacznej nierównowagi ekonomicznej stron umowy – stanowi instrument, dzięki któremu następuje usunięcie skutków tego zdarzenia. Wobec ryzyka występowania zjawisk trudnych lub nawet niemożliwych do przewidzenia na etapie zawierania umowy, a mających przemożny wpływ na procesy gospodarcze (np. konflikt zbrojny, pandemia), stosowanie mechanizmów waloryzacji wynagrodzenia jest w wielu przypadkach uzasadnione, a wręcz konieczne. (...) Co do zasady za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron umowy należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron umowy i w pełni od nich niezależne, jak na przykład: gwałtowna dekoniunktura, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów.”* (Opinia Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej pt. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) - podstawowe zagadnienia”, dostęp w dniu 07.06.2023 r. pod adresem: <https://www.gov.pl/web/prokuratoria/zmiana-umowy-z-uwagi-na-nadzwyczajny-wzrost-cen-waloryzacja-wynagrodzenia---rekomendacje>.)

Powyższy pogląd podzielany jest także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. orzeczenie KIO z 25.05.2022 r., sygn. akt [KIO 1151/22](#)). Także w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że:

„[o]pracowana indywidualnie przez zamawiającego klauzula waloryzacyjna (...) powinna określać poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia jako początkowy punkt odniesienia; przy czym 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, ustalenie zbyt wysokiego oderwanego od danych historycznych poziomu może być uznane za próbę omijania prawa, a przygotowane postanowienie umowne za działanie „dla pozorów” (tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 439).

Skoro zatem celem waloryzacji jest, jak mowa powyżej przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stronom umowy, to nie może ona polegać na zastosowaniu mechanizmów prowadzących *de facto* do waloryzacji pozornej, fikcyjnej czy „symbolicznej”, oderwanej całkowicie od realiów gospodarczych, a tym samym przerzucającej niemal w całości ryzyko gospodarcze wykonania umowy na wykonawcę. Do takich tymczasem skutków prowadzi projekt klauzuli waloryzacyjnej proponowany przez Zamawiającego.

W powyższym zakresie projektowane postanowienia umowy naruszają zasadę proporcjonalności (art. 16 p.z.p.) oraz uczciwości obrotu (art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego).

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie treści ww. przepisów projektu umowy poprzez udzielenie informacji, czy Zamawiający dopuszcza zniesienie zapisanych tam ograniczeń i limitów waloryzacji wynagrodzenia?

*Odpowiedź:*

Zamawiający nie przewiduje zmiany w zakresie § 15 ust. 7-9 projektu umowy. Dochodzenie zmiany wynagrodzenia przez Wykonawcę nie jest wyłączone, jest ono możliwe na podstawie przepisów ustawy i jako takie nie musi mieć odzwierciedlenia w umowie.

**Powyższe wyjaśnienia i zmiana Specyfikacji Warunków Zamówienia wiążą Wykonawców z chwilą ich zamieszczenia na stronie prowadzonego postępowania. Pozostałe zapisy SWZ nie ulegają zmianie.**