



## Zarząd Dróg Powiatowych w Starachowicach

ul. Ostrowiecka 15, 27-200 Starachowice  
tel. 0 41 273 02 20/fax 41 273 02 28  
e-mail: [sekretariat@zdp-starachowice.pl](mailto:sekretariat@zdp-starachowice.pl)  
[www.zdp-starachowice.pl](http://www.zdp-starachowice.pl)

Starachowice 03.02.2023r.

ZP.2510.23.2022

### Pytania i odpowiedzi 9

**Numer ogłoszenia w TED: 2023/S 001-000998**

Dotyczy przetargu nieograniczonego:

**Poprawa warunków obsługi i rozwoju SSE Starachowice S.A. m. in. poprzez budowę bezkolizyjnego przejazdu drogowego nad linią kolejową nr 25 w Starachowicach.**

**Pytanie 1 –** Zadanie 1 - Dot. § 11 ust. 6 Wzoru Umowy (Załącznik do SWZ pt. „Projektowane postanowienia umowy”) - Zamawiający w treści wskazanego postanowienia umownego określił limit kar umownych na poziomie 50% wartości wynagrodzenia brutto. Wykonawca wnosi o obniżenie tego limitu z 50% na 20%. Wykonawca wskazuje, że ustalając limit kar umownych zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 nowego PZP, który stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Oznacza to przede wszystkim to, iż kary umowne, a w tym określone w ramach nich limity powinny mieć taką wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowę, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej (tak np. w wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2018 r. sygn. KIO 2574/18). W świetle powyższego, w ocenie Wykonawcy aktualny limit pozostaje rażąco wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, i obarcza Wykonawcę uzasadnionym ryzykiem kontraktowym. Wobec powyższego Wykonawca wnosi o obniżenie wskazanego limitu kar umownych

**Odp.:** Zamawiający dokona zmiany w projektowanych postanowieniach umowy i obniży limit kary umownej.

**Pytanie 2 –** Zadanie 1 - Dot. § 1 ust. 4 Wzoru Umowy (Załącznik do SWZ pt. „Projektowane postanowienia umowy”). W treści tych postanowień Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do złożenia oświadczenia o zapoznaniu się dokumentacją przekazaną przez Zamawiającego oraz zapoznaniu się z terenem budowy i jego otoczeniem, a w następstwie tego Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do złożenia oświadczenia, iż nie będzie w przyszłości zgłaszał jakichkolwiek roszczeń. Wykonawca zauważa, iż takie postanowienie narusza zasadę swobody umów, bowiem Zamawiający przerzuca na Wykonawcę ryzyko wadliwości dokumentacji/przeszkód na terenie budowy, których wykryć nie można było na etapie weryfikacji tych dwóch elementów. W odniesieniu do samej dokumentacji zauważyć należy, że to Zamawiający ją opracowuje i dostarcza wykonawcy. Wykonawca na mocy umowy zobowiązany jest jedynie do jej odczytania i wykonania na jej podstawie robót budowlanych. Wykonawca

nie może być więc obarczany ryzykiem wadliwości lub nieprecyzyjności takiej dokumentacji (z wyłączeniem sytuacji, w których wady mają charakter oczywisty i mogą być dostrzeżone przy dołożeniu zwykłej staranności, jednakże bez potrzeby dokonywania specjalistycznych obliczeń i analiz projektu). Trudno bowiem przyjąć, że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Do analogicznych wniosków należy dojść w przypadku zapoznania się z terenem budowy - wykonawca nigdy nie ma 100% gwarancji, iż po rozpoczęciu robót budowlanych teren budowy okaże zgola odmienny, w szczególności w zakresie warunków geologicznych, geotechnicznych czy archeologicznych. Wykonawca nie powinien być więc obarczany ryzykiem nieprecyzyjności informacji przekazanych przez zamawiającego i ponoszeniu w tym zakresie ryzyka finansowego, terminowego czy rzeczowego. Wyłączenie możliwości zgłoszenia roszczeń w przyszłości jest wprost sprzeczne z przepisami kodeksu cywilnego, w tym z art. 651 k.c. Podkreślić też należy, iż w świetle dyspozycji 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. Powyższa definicja jednoznacznie wskazuje, że to Zamawiający, który dostarcza dokumentację projektową, ponosi odpowiedzialność, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z ustawy kodeks cywilny i prawo budowlane, za prawidłowe wykonanie projektu. Dostarczenie dokumentacji przez zamawiającego powoduje, że obciąża go ryzyko uzyskania zamierzonego efektu inwestycji, a wykonawca odpowiada za wykonanie robót zgodnie z dokumentacją. Wobec powyższego Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wykreślenie wskazanego postanowienia z wzoru umowy.

**Odp.:** Zamawiający odmawia wprowadzenia zmiany do umowy. Zadaniem Zamawiającego Wykonawca stanowczo nadinterpretuje wskazany zapis umowy.

**Pytanie nr 3** - Dot. § 10 ust. 2 pkt 2.7. Wzoru Umowy (Załącznik do SWZ pt. „Projektowane postanowienia umowy”) - Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż w treści wskazanego postanowienia umownego Zamawiający przez "wady" rozumie wyłącznie wady istotne.

**Odp.:** Zamawiający wskazał w ppkt. 2.7.1 i 2.7.2 jakich wad dotyczy pkt. 2.7.

**Pytanie nr 4** - Dot. §17 ust. 4 pkt 4.2 lit. h) Wzoru Umowy (Załącznik do SWZ pt. „Projektowane postanowienia umowy”). Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o zwiększenie maksymalnego limitu waloryzacji z 5% do 10% w stosunku do wartości wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1 Umowy z chwili jej zawarcia. Ustalenie możliwości waloryzacji na poziomie 5% nie zabezpiecza w rzeczywistości Wykonawcy przed ryzykiem związanym ze zmianą cen materiałów i kosztów oraz jest działaniem sprzecznym z powszechną praktyką rynkową. Zdecydowana większość zamawiających publicznych uwzględniła w przygotowanych wzorach umów klauzulę waloryzacyjną z jej limitem na poziomie 10%, co w pełni oddaje ryzyko dalszego utrzymania się zjawiska galopującej inflacji w Polsce (powszechny wzrost cen sięgający do kilkudziesięciu procent w skali roku). Mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien dokonać przedmiotowej zmiany SWZ (Wzoru Umowy);

- Dot. §17 ust. 4 pkt 4.2 lit. i) - Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o wykreślenie postanowienia §17 ust. 4 pkt 4.2 lit. i)

W ocenie Wykonawcy, upatrywanie gwałtownej inflacji w kategorii istotnej zmiany okoliczności jest niedopuszczalne. Nie jest to bowiem zjawiska wyjątkowe, niedające się chociażby w najmniejszym stopniu przewidzieć. Wykonawca podkreśla, że wręcz przeciwnie – już w styczniu 2023 r. można skutecznie określić przewidywany poziom wskaźników inflacji publikowany przez GUS, który wyniesie więcej niż 5% w stosunku rocznym. Niniejsze postanowienia stanowi w istocie jedynie potencjalne zabezpieczenie dla Wykonawcy, a przedmiotowa klauzula waloryzacyjna została w rzeczywistości umieszczona w obecnym kształcie jedynie dla pozorów spełnienia wymagań narzuconych ustawą Prawo zamówień publicznych. §17 ust. 4 pkt 4.2 lit. i) Wzoru Umowy faktycznie „wypacza” cały charakter umieszczonej przez Zamawiającego klauzuli waloryzacyjnej, co stanowi niedopuszczalne obejście przepisów ustawy i co winno zostać zmienione przez Zamawiającego.

**Odp.:** Zamawiający odmawia wprowadzenia zmiany do umowy.

**Pytanie nr 5** - Dot. § 2 ust. 4 Wzoru Umowy (Załącznik do SWZ pt. „Projektowane postanowienia umowy”) w zw. z § 8 ust. 2 i 4 Wzoru Umowy (Załącznik do SWZ pt. „Projektowane postanowienia umowy”) w zw. z § 9 ust. 7 pkt a Wzoru Umowy (Załącznik do SWZ pt. „Projektowane postanowienia umowy”) w zw. z § 15 ust. 2 Wzoru Umowy (Załącznik do SWZ pt. „Projektowane postanowienia umowy”).

Wykonawca wnosi o wykreślenie ze wskazanych postanowień umownych określenia " bezusterkowy odbiór końcowy", ze szczególnym naciskiem na określenie "bezusterkowy". W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający nie może uzależniać odbioru robót od wystąpienia drobnych wad i usterek, a przy tym uzależniać faktyczny odbiór robót od podpisania bezusterkowego protokołu końcowego. Należy wyraźnie wskazać, iż zgodnie z art. 647 k.c. dokonanie odbioru przedmiotu umowy o roboty budowlane od wykonawcy jest jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego i nie może on uchylić się od dokonania odbioru z powodu wystąpienia wad/ usterek nadających się do usunięcia, szczególnie jeżeli są one nieistotne. Zdaniem Wykonawcy odbiór powinien być dokonany niezależnie od wystąpienia wad, które mogą być usuwane już po dokonaniu odbioru, a oczekiwanie na odbiory bezusterkowe nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów kodeksu cywilnego i prowadzi do wydłużenia uznania przedmiotu umowy za wykonany. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane stanowi o "odbiorze robót" a nie o "bezusterkowym" czy "bezwarunkowym" odbiorze robót. Stanowisko orzecznictwa jest w tym zakresie jednolite i wskazuje, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli roboty budowlane będą obciążone wadami na tyle istotnymi, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem (tak wyrok SA w Warszawie z dnia 27 czerwca 2018 r., sygn. V ACa 1302/17) Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 17 lutego 2000 r. I ACa 1027/99 wskazując, że „odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia, bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady” . Odmowy odbioru, a w konsekwencji i zapłaty wynagrodzenia nie mogą uzasadniać więc nieistotne wady bądź usterki, a ich stwierdzenie uprawnia Zamawiającego jedynie do skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi. W związku z powyższym, Wykonawca wnosi o wykreślenie z treści Wzoru Umowy określenia "bezusterkowy" w odpowiednich (Wskazanych) fragmentach.; Dot. §13 ust. 1 pkt j) Wzoru Umowy - Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o wykreślenie postanowienia §13 ust. 1 pkt j) z Wzoru Umowy.

Niniejsze postanowienie w obecnym kształcie stanowi dla Wykonawcy nadmierne ryzyko kontraktowe i w rzeczywistości uniemożliwia Wykonawcy zgłaszanie jakichkolwiek roszczeń do Zamawiającego w obawie o potencjalne odstąpienie od Umowy. Nie sposób bowiem domniemywać, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „uporczywego, bezpodstawnego i nieuzasadnionego” domagania się przez Wykonawcę dokonania określonych zmian/uznania roszczeń i w jakich obiektywnych kategoriach należy ocenić zachowanie Wykonawcy spełniające przesłanki z §13 ust. 1 pkt j) z Wzoru Umowy. Na gruncie niniejszego postanowienia, Zamawiający nawet nie usiłuje ograniczyć możliwości odstąpienia od Umowy od przyjęcia, że potencjalne zgłoszone roszczenia przez Wykonawcę są niezasadne (przez użycie sformułowania „w szczególności jeśli są nieuzasadnione”), co prowadzi do pozbawienia Wykonawcy możliwości obrony swoich praw, rażąco naruszając zasadę równości kontraktowej i co jest działaniem sprzecznym z jakimikolwiek zasadami współżycia społecznego. Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosi o wykreślenie wskazanego postanowienia umownego.

**Odp.:** Zamawiający odmawia wprowadzenia zmiany do umowy. Zamawiający wskazuje, że przytoczony zapis umowy dotyczy sytuacji gdy przy odbiorze nie wystąpią wady istotne, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.