

ZK/ZP/06/2021

Śmigiel, 10 listopada 2021 r.

## WYKONAWCY

ubiegający się o zamówienie publiczne

Dotyczy postępowania pn. **„Wykonanie nawierzchni z betonu asfaltowego”**

*Ilekroć w piśmie będzie użyte słowo „ustawa” dotyczyć ono będzie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.).*

Zamawiający – Zakład Komunalny w Śmiglu Sp. z o.o., działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy, udostępnia poniżej treść zapytań Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej SWZ) wraz z wyjaśnieniami:

### Pytanie nr 1

Dotyczy pkt 15 Rozdziału 13 SWZ – Sposób obliczania ceny: Zgodnie ze wskazanym przepisem *„Ryzyko oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia ponosi Wykonawca.”* Prosimy o usunięcie wskazanego zapisu. Zamawiający kształtuje warunki umowy w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego oraz z naturą stosunku zobowiązaniowego. Nie wolno przerzucać na Wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia (Wyrok SN z 4 lipca 2019 r., sygn. akt IV CSK 363/18, Legalis).

### Odpowiedź na pytanie 1

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ.

### Pytanie 2

Dotyczy pkt 16 Rozdziału 13 SWZ – Sposób obliczania ceny oraz § 6 ust. 4 Załącznika nr 5 do SWZ – Wzoru umowy: Zgodnie z brzmieniem wskazanych zapisów *„Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawierania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, w tym również konieczności wykonania robót dodatkowych czy zamiennych.”* Prosimy o zmianę wskazanego zapisu tak, aby możliwa była zmiana wynagrodzenia w przypadku konieczności wykonania nieprzewidzianych robót dodatkowych lub zamiennych. Wskazujemy, że jeżeli inwestor nie opíše przedmiotu zamówienia w wyczerpujący sposób, nie można przerzucać na Wykonawcę wszelkich

możliwych ryzyk, jakie mogą zaistnieć przy wykonywaniu przedmiotu umowy. Wykonawcy nie może zwłaszcza obciążać ryzyko wykonania robót dodatkowych i zamiennych, które co do zasady są robotami nieprzewidzianymi. Wykonawca odpowiada bowiem wyłącznie za to, co jest możliwe do przewidzenia w oparciu o dokumentację postępowania. Jeżeli dokumentacja (w tym SWZ) nie została sporządzona w jasny i jednoznaczny sposób, zaś wizja lokalna nie dawała podstawy do zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia (i zwrócenia uwagi Zamawiającemu), ryzyko nieprzewidzianych zdarzeń obciąża Zamawiającego, a nie Wykonawcę. Za wykonanie robót dodatkowych wykonawcy przysługuje wynagrodzenie dodatkowe.

### **Odpowiedź na pytanie 2**

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów SWZ.

### **Pytanie 3**

Dotyczy Pkt 6 Rozdział 3 SWZ – Opisu przedmiotu zamówienia: Zgodnie z brzmieniem wskazanego zapisu „Realizacja prawa opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego. Skorzystanie z prawa opcji jest możliwe w terminie obowiązywania umowy.” Prosimy o wyjaśnienie jakie są dokładne warunki skorzystania z takiej możliwości przez Zamawiającego? Jakie są zasady, na jakich prawo opcji zostanie zrealizowane? Prosimy również o wyjaśnienie jaki jest rodzaj i maksymalna wartość opcji, jak również prosimy o wskazanie i określenie dokładnych okoliczności skorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego.

### **Odpowiedź na pytanie 3**

Zamawiający dopuszcza możliwość zmniejszenia i zwiększenia ilości bazowej zamówienia do 10% w ramach prawa opcji.

Realizacja prawa opcji może, ale nie musi nastąpić, w zależności od zapotrzebowania Zamawiającego, co oznacza, że w przypadku zmniejszenia lub zwiększenia ilości wykonywanych prac, Zamawiający skorzysta lub nie z prawa opcji. Realizacja tego uprawnienia będzie zależna od przebiegu prac. Skorzystanie z prawa opcji jest możliwe w terminie obowiązywania umowy.

### **Pytanie 4**

Dotyczy § 7 ust. 2 Załącznika nr 5 do SWZ – Wzoru Umowy: Prosimy o wyjaśnienie jaki jest termin w którym zamawiający przystąpi i zakończy czynności odbiorowe dotyczące odbiorów częściowych oraz robót zanikających i ulegających zakryciu, licząc od dnia otrzymania zgłoszenia o gotowości tych robót do odbioru przez Zamawiającego?

### **Odpowiedź na pytanie 4**

Zamawiający przystąpi do czynności odbiorowych niezwłocznie.

### **Pytanie 5**

Dotyczy § 7 ust. 7 Załącznika nr 5 do SWZ – Wzoru Umowy: Zgodnie ze wskazanym zapisem „W przypadku stwierdzenia w trakcie odbioru wad, Zamawiający może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia a Wykonawca usunie je na własny koszt w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.” Proszę wskazać ustawową podstawę uprawnienia zamawiającego do odmowy dokonania odbioru do czasu usunięcia wad. Wykonawca przypomina w tym kontekście, że – w myśl ustawy oraz orzecznictwa – dokonanie odbioru i zapłata wynagrodzenia są podstawowymi obowiązkami zamawiającego, od których nie można się uchylać nawet w przypadku stwierdzenia wad przedmiotu umowy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 października 2017 roku ws. I ACa 321/17, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 06 września 2016 roku ws. V ACa 935/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 31 sierpnia 2016 roku ws. I ACa 282/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 maja 2016 roku ws. I ACa 1094/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 stycznia 2016 roku ws. I ACa 253/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 stycznia 2014 roku ws. I ACa 1447/13, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18 października 2012 roku ws. I ACa 1046/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 24 lutego 2012 roku ws. V ACa 198/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 kwietnia 2011 roku ws. VI ACa 1200/10, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 17 grudnia 2009 roku ws. I ACa 874/09, a także wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 roku ws. V CSK 99/07). Wykonawca wskazuje, że odmowa dokonania odbioru przedmiotu umowy przez zamawiającego z powodu wad jak również uchylanie się od dokonania odbioru z ww. przyczyn jest postępowaniem nieuprawnionym, nie podlegającym usankcjonowaniu za pomocą umowy oraz narażającym zamawiającego m.in. na ryzyko jednostronnego odbioru przez wykonawcę.

### **Odpowiedź na pytanie 5**

W świetle art. 647 Kodeksu cywilnego można wyprowadzić wniosek, że odmowa odbioru uzasadniona jest jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia może być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Samo wystąpienie usterek i wad nie stanowi automatycznie uzasadnionej przyczyny wstrzymania się z odbiorem robót i odmowy zapłaty wynagrodzenia, albowiem decydujące znaczenie ma charakter ujawnionych wad. Wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, jednak w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na zaktualizowanie uprawnień inwestora z tytułu rękojmi lub gwarancji (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 stycznia 2014 r., I ACa 1447/13).

## Pytanie 6

Dotyczy § 7 ust. 2 Załącznika nr 5 do SWZ – Wzoru Umowy: Zgodnie ze wskazanym przepisem „Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty”. Prosimy o zmianę wskazanego zapisu. Przepisy Pzp uprawniają zamawiającego do swobodnego kształtowania postanowień umownych, nie jest to jednak prawo nieograniczone. Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą zakazane jest kształtowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres lub wielkość zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych (zob. wyrok KIO z dnia 2 września 2010 r., KIO/1756/10). Wykonawca nie ma możliwości na etapie sporządzania oferty do oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy tj. oddziaływania wszelkich czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

## Odpowiedź na pytanie 6

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów.

## Pytanie 7

Dotyczy § 12 ust.1 Załącznika nr 5 do SWZ – Wzoru Umowy: Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku wystąpienia braków lub błędów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia określonego w dokumentacji załączonej do SWZ i stanowiącej podstawę wyceny oferty, w przypadku konieczności wykonania robót wynikających z zaistnienia ww. okoliczności wykonawca otrzyma wynagrodzenie dodatkowe, a termin wykonania zamówienia ulegnie stosownemu wydłużeniu.

## Odpowiedź na pytanie 7

Sytuację tę reguluje §12 ust. 1 pkt 2 lit. „a” tiret 4 i 5 Wzoru Umowy. W takim przypadku wykonawca będzie uprawniony do otrzymania wynagrodzenia dodatkowego, o ile zakres takich prac faktycznie zwiększy po stronie wykonawcy koszty realizacji robót objętych zamówieniem.

## Pytanie 8

Dotyczy § 12 ust.1 pkt 1) lit. c. Załącznika nr 5 do SWZ – Wzoru Umowy: Prosimy o potwierdzenie, że wskazana przesłanka stanowi również podstawę do zmiany wynagrodzenia umownego tj. w przypadku konieczności wykonania robót zamiennych lub dodatkowych.

### **Odpowiedź na pytanie 8**

W takim przypadku wykonawca będzie uprawniony do otrzymania wynagrodzenia dodatkowego, o ile zakres takich prac faktycznie zwiększy po stronie wykonawcy koszty realizacji robót objętych zamówieniem.

### **Pytanie 9**

Dotyczy Pkt 1 i 2 Rozdział 3 SWZ – Opisu przedmiotu zamówienia: Prosimy o potwierdzenie, że przedmiot zamówienia mieści się w całości na gruntach Zamawiającego.

### **Odpowiedź na pytanie 9**

Przedmiot zamówienia mieści się w całości na gruntach Inwestora – Gminy Śmigiel.

Prezes Zarządu  
/-/ Tomasz Pawlak