



**POLSKI
ŁĄD**

Gmina Ząbkowice Śląskie
ul. 1 Maja 15
57-200 Ząbkowice Śląskie
NIP: 887-16-35-243
REGON: 890718461

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

Postępowanie prowadzone jest w języku polskim w formie elektronicznej za pośrednictwem logintrade.pl pod adresem:

<https://zabkowiceslaskie.logintrade.net/rejestracja/ustawowe.html>

Ząbkowice Śląskie, dnia ¹⁴..... września 2023 roku

**DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW,
KTÓRZY POBRALI SPECYFIKACJĘ
WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

Dane postępowania: Znak sprawy: ZP.271.14.2023

Tryb zamówienia: tryb przetarg nieograniczony na podstawie: art. 132 ustawy Pzp.

Nazwa nadana zamówieniu: STREFA INWESTYCYJNA EUROPARK ZĄBKOWICE ŚLĄSKIE - SZANSA DLA ROZWOJU FIRM I PRZEDSIĘBIORCÓW.

Zamawiający, Gmina Ząbkowice Śląskie działając na podstawie art. 135 ust. 5 oraz 135 ust. 6 ustawy Pzp., udostępnia treść zapytanie wraz z odpowiedzią na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.

Zestaw zapytań nr 14

Pytanie nr 1

Pkt 4.27 Projektu Umowy

Wykonawca wnosi o wykreślenie pkt 4.27 Umowy, względnie o jego modyfikację.

W pkt 4.27 Umowy Zamawiający wymaga od Wykonawcy zaznajomienia się z umiejscowieniem wszystkich istniejących instalacji - czy Zamawiający przekaże Wykonawcy wszystkie mapy i dane dotyczące umiejscowienia istniejących instalacji?

W pkt 4.27 Umowy Zamawiający wymaga od Wykonawcy nie tylko naprawy uszkodzeń instalacji, ale także przeprowadzenia innych czynności na własny koszt nakazanych przez Inżyniera - jakie czynności niezwiązane z naprawą instalacji ma na uwadze Zamawiający i na jakiej podstawie wymaga ich wykonania przez Wykonawcę?

W pkt 4.27 Umowy Zamawiający wymaga od Wykonawcy uzyskania wszelkich koniecznych zgód i zezwoleń władz lokalnych, przedsiębiorstw i właścicieli, wymaganych do niezbędnego zdemontowania istniejących instalacji, zamontowania instalacji

tymczasowych, usunięcia instalacji tymczasowych i ponownego zamontowania istniejących instalacji, każdorazowo na podstawie uzgodnień poczynionych z Inżynierem”
czy okres związany z uzyskaniem przedmiotowych zgód i pozwoleń wliczany jest do czasu realizacji Umowy?

co jeśli Wykonawca nie uzyska wymaganej zgody z przyczyn niezależnych od Wykonawcy? (np. właściciel nieruchomości mieszka za granicą)

czy Zamawiający uzyskał zapewnienie udzielenia zgód i zezwoleń w zakresie niezbędnego zdemontowania istniejących instalacji, zamontowania instalacji tymczasowych, usunięcia instalacji tymczasowych i ponownego zamontowania istniejących instalacji (rozeznał możliwość pozytywnego wykonania tych czynności)?

Odpowiedź nr 1

Zamawiający pozostawia zapisy Subklauzuli 4.27 bez zmian.

Zamawiający zwraca uwagę, iż inwestycja będzie realizowana w modelu zaprojektuj i wybuduj.

Wybrana konstrukcja umowy („zaprojektuj i wybuduj”) oznacza, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania projektu – co stanowi odstępstwo od typowej konstrukcji umowy o roboty budowlane wskazanej w art. 647 k.c. – a następnie, na podstawie projektu, zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych

Model realizacji inwestycji przewiduje konieczność wykonania kompleksowej dokumentacji projektowej w całości, począwszy od prac przedprojektowych, bez wykorzystania jakiegokolwiek dokumentacji dostarczonej przez inwestora.

Wykonawca ma obowiązek zaznajomienia się z umiejscowieniem wszystkich istniejących instalacji na podstawie ogólnie dostępnych dokumentów i map.

Pytanie nr 2

Pkt 2.25 Projektu Umowy

Wykonawca wnosi o wykreślenie pkt 4.25 Umowy, względnie o jego modyfikację.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca przejmuje odpowiedzialność materialną za wszelkie skutki finansowe z tytułu jakichkolwiek roszczeń wniesionych przez właścicieli posesji czy budynków sąsiadujących z Terenem Budowy w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody.

Wykonawca poddaje pod rozagę jednak następujące wątki:

co jeśli Wykonawca wykonuje prace zgodnie ze sztuką budowlaną - a mimo to - dochodzi do ewentualnych zakłóceń czy szkód?

czy Wykonawca nie powinien odpowiadać wyłącznie za poziom tych zakłóceń czy szkód a które wykraczają poza ich standardowy rozmiar oraz powstały w ramach wykonywania prac niezgodnie ze sztuką budowlaną?

Oczywistym przecież jest, że w ramach wykonywaniu robót towarzyszyć będą drgania, hałas, utrudnienia w komunikacji. Wykonawca nie może odpowiadać w pełnym zakresie za tego typu okoliczności, a wyłącznie odpowiedzialność ta winna opierać się na zasadzie winy.

W ocenie Wykonawcy w/w postanowienia stwarzają po stronie Wykonawcy obowiązki mające charakter niewykonalny, abstrakcyjny, zatem Wykonawca wnosi o jego modyfikację. Nie jest bowiem możliwe zadeklarowanie uzyskania wszystkich koniecznych zgód, bądź odpowiedzialności za zakłócenia lub szkody, które powstały

Subklauzula 4.25 zawiera również zapis, iż Wykonawca odpowiada w zakresie, w jakim Wykonawca odpowiada za takie zakłócenia czy szkody.

Ponadto przepisy zobowiązują kierownika budowy do „zorganizowania budowy i kierowania budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy”.

To Wykonawca zobowiązany jest podejmować wszelkie racjonalne środki zapobiegawcze wymagane zasadami rzetelnej praktyki budowlanej oraz aktualnymi okolicznościami, aby zabezpieczyć nieruchomości, drogi i inne budowle i urządzenia sąsiadujące z Placem Budowy i znajdujące się na nich budynki przed jakimikolwiek oddziaływaniami wynikającymi z działań lub zaniechań Wykonawcy, w tym w szczególności przed hałasem, kurzem, błotem, wibracjami oraz uszkodzeniami.

Pytanie nr 3

Obniżenie kar umownych

Wykonawca wnosi o obniżenie kar umownych w pkt 8.8 Umowy, co najmniej o 50% ze względu na ich wygórowaną wysokość. Niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa (np. wyrok o sygn. akt KIO 283/14).

Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga o sygn. akt IV Ca 508/05). Określając wysokość kar umownych, zamawiający powinien jednak kierować się zdrowym rozsądkiem. Zbyt restrykcyjne i zbyt wysokie kary umowne z jakimi mamy do czynienia w tym przypadku, w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych koniecznością ich dochodzenia przez zamawiającego może prowadzić nie tylko do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania zamówienia.

Podkreślenia wymaga fakt, iż kara umowna powinna skłaniać wykonawcę do realnego, zgodnego z treścią zawartej umowy, wykonania ciężących na nim na mocy tej umowy obowiązków a nie stanowić podstawę do zachwiania płynności finansowej wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia.

Należy wskazać, że zgodnie z doktryną „Realizacja tego obowiązku (art. 439 PZP) umożliwia przede wszystkim oszacowanie ryzyka związanego niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Obowiązek określenia limitu kar umownych zapobiegać ma patologicznym przypadkom naliczania kar umownych w rażąco wygórowanej wysokości, potrącania ich z wynagrodzenia wykonawcy lub należytego wykonania zamówienia i w konsekwencji pozostawiania jedynie sądowej drogi do ich miarkowania.” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wyd. 2021).

dotyczy powyższych punktów - dotyczy rażąco nierównomiernego obciążenia Wykonawcy ryzykiem kontaktowym

Wykonawca wskazuje, że przepisy ustawy PZP jedynie w określonym zakresie regulują problematykę ustalenia równowagi stron projektowanych postanowień umowy. Jednocześnie zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez

wskutek prawidłowych prac Wykonawcy i miałyby miejsce w każdym innym przypadku przy wykonywaniu prac danego typu.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 444/14 obiektywna i trwała niewykonalność świadczenia występuje wówczas, gdy ograniczona jest poziomem aktualnego stanu wiedzy i techniki. Wskazano, że „świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu rzeczy i techniki. Świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania nie tylko przez przystępującego, ale także przez żadnego innego wykonawcę”.

Kolejno w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w sprawie o sygn. akt: I ACa 572/13 wskazał, że „Niemożliwość świadczenia powinna mieć charakter obiektywny. Oznacza to taką sytuację, w której umówionego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko konkretny dłużnik, ale w ogóle jakakolwiek inna osoba. Świadczenie niemożliwe to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę i które jest rzeczywiście niewykonalne. Subiektywna niemożliwość świadczenia (określoną też niekiedy jako niemożność świadczenia) nie powoduje natomiast nieważności umowy, lecz może być ewentualnie rozważana w ramach odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania”.

Na szczególną postać obiektywnej niemożności świadczenia (tzw. niemożność gospodarczą) wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt: VI ACa 904/12, wskazując, że „Przepis art. 387 KC dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, gdy istnieje stan niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniony ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stan wiedzy i techniki. Za obiektywnie niemożliwe uznaje się także zachowanie, które faktycznie są możliwe, ale ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowita nieracjonalność”.

Powyższe potwierdza m.in. stanowisko Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wyrażone w wyroku z dnia 21 października 2015 r. w sprawie o sygn. akt: I ACa 411/15, w którym wskazuje, że „Uprawnienia kontraktujących stron nie mają z założenia charakteru bezwzględnie i znajdują swoje granice. Względem zasady swobody umów w żadnym razie nie eliminuje również możliwości dokonania przez sąd oceny konkretnej umowy pod kątem tego czy aby umówione przez strony świadczenie pozostawało w momencie jej zawarcia obiektywnie możliwe do spełnienia w danych realiach, o czym stanowi przepis art. 387 §1 KC, a przecież nieważność czynności prawnej sąd bierze pod uwagę z urzędu”.

Wykonawca wskazuje, że powyższe postanowienia mają charakter otwarty, co prowadzi do ryzyka przyznania, że Wykonawca nie będzie uprawniony do wynagrodzenia dodatkowego z tytułu prac dodatkowych, zamiennych, a które nie były wskazane w dokumentacji przetargowej.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym Zamawiający aby zachować zasady prawidłowego prowadzenia postępowania zobowiązany jest w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przewidzieć zakres robót zlecany Wykonawcy - tylko tak przygotowany Opis Przedmiotu Zamówienia pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty.

Odpowiedź nr 2

Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.

W. 19

zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie zaś z art. 3531 KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20 wskazać należy, że Zamawiający „nie może prowadzić do nadania postanowieniom umowy treści obiektywnie niekorzystnej dla jednej ze stron, w tym wypadku - wykonawcy. Takie postępowanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego i nie może być usprawiedliwione ani interesem publicznym ani zasadą swobody umów. Możliwość korzystania z zasady swobody umów doznaje ograniczenia m.in. w obowiązku przestrzegania zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać naruszone poprzez zamiar narzucenia wykonawcom, przy wykorzystaniu silniejszej pozycji zamawiającego, niekorzystnych dla nich rozwiązań. Za nieuprawnione należy bowiem uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy(...)”.

Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający **nie może swego prawa podmiotowego nadużywać** (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.05.2015r., KIO 892/15.).

W realiach niniejszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny z ustawą KC, ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 KC nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też w umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie Wykonawcy, rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 3531 KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny Wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego w części zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 KC.

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca wnosi jak we wniosku.

Dokonanie powyższych zmian w SWZ w znacznym stopniu przyczyni się do zachowania w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 PZP, a w konsekwencji przełoży się na ilość ofert, które będą mogły zostać złożone w ramach niniejszego postępowania. Ponadto zaproponowane zmiany wpłyną na złożenie przez wykonawcy korzystniejszej oferty.

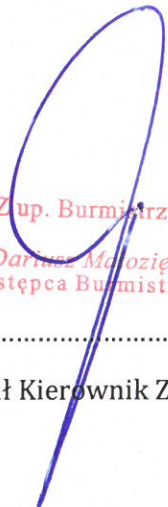
Odpowiedź nr 3

Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian.

Przy ustalaniu kar umownych Zamawiający kierował się oceną potencjalne negatywnych następstw, które mogłyby go dotknąć oraz czy następstwa te będą rodzic dla niego faktyczne naruszenia interesów zarówno majątkowych jak i niemajątkowych. Zamawiający nie znajduje przesłanek, które stanowiłaby zasadność do obniżenia kar umownych.

Sporządziła:

Komisja przetargowa.



Zup. Burmistrza
Dariusz Mąchoź
Zastępca Burmistrza

.....
Zatwierdził Kierownik Zamawiającego