

**Wykonawcy ubiegający się  
o udzielenie zamówienia**

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„Rozbudowa drogi powiatowej nr 1779N Mikołajki-Tałty poprzez budowę ścieżki rowerowej z dopuszczonym ruchem pieszym.”** Znak sprawy: S6.261.1.4.2023

Na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm), Zamawiający Powiat Mrągowski – Powiatowy Zarząd Dróg w Mrągowie przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

**Pytanie nr 1**

Zwracamy się do Zamawiającego o potwierdzenie, że nawierzchnia bitumiczna ścieżki rowerowej/chodnika/ciągu pieszo-rowerowego powinna być zaprojektowana w kolorze czarnym.

*Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że nawierzchnie bitumiczne należy projektować w kolorze czarnym.*

**Pytanie nr 2**

Zwracamy się do Zamawiającego o potwierdzenie, że nie należy projektować oraz wykonywać kanału technologicznego – zgodnie z pkt. 1.5 PFU („Kanał technologiczny”).

*Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że nie należy projektować i wykonywać kanału technologicznego.*

**Pytanie nr 3**

Zwracamy się o potwierdzenie, że ścieżka rowerowa przebiegająca za rowem może być zaprojektowana w przekroju szlakurowym (bez obramowania).

*Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że ścieżkę rowerową należy projektować i wykonać bez obramowania (obrzeży).*

**Pytanie nr 4**

Zwracamy się o potwierdzenie, że pobocza przy zjazdach należy zaprojektować i wykonać z kruszywa.

*Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że pobocza przy zjazdach należy zaprojektować i wykonać z kruszywa.*

**Pytanie nr 5**

Dotyczy § 28 Projektowanych Postanowień Umowy

Zgodnie z ust. 2:

„Zmiany wysokości wynagrodzenia będą dokonywane według zasad opisanych poniżej:

1) każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („Wskaźnik GUS”) o ponad 3%;

- 2) wartość zmiany Wskaźnika GUS ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy porównywana będzie do wartości Wskaźnika GUS ogłoszonego w terminie bezpośrednio poprzedzającym dzień otwarcia ofert w postępowaniu poprzedzającym zawarcie niniejszej umowy („Bazowy Wskaźnik GUS”);
- 3) ewentualna zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od kwartału, którego dotyczył będzie komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, podający Wskaźnik GUS większy albo mniejszy o 20 % niż Bazowy Wskaźnik GUS;
- 4) ewentualna zmiana wynagrodzenia dotyczyć będzie części wynagrodzenia przypadającej do zapłaty po zaistnieniu zdarzenia opisanego w pkt 3;
- 5) ewentualna zmiana kwoty wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w pkt 4 powyżej, pod warunkiem zaistnienia zdarzenia opisanego w pkt 3 powyżej, nastąpi o procent stanowiący połowę wartości wzrostu albo spadku Wskaźnika GUS;
- 6) zapłata wynagrodzenia w kwocie zmienionej zgodnie z pkt 5 powyżej dotyczyć będzie kwartałów roku kalendarzowego po terminie składania ofert, w odniesieniu do robót budowlanych wykonanych począwszy od początku kwartału, którego dotyczył komunikat w sprawie Wskaźnika GUS podający ten wskaźnik wyższy albo niż 20% od Bazowego Wskaźnika GUS;
- 7) ewentualna zmiana wynagrodzenia nie będzie dotyczyć okresu, w którym Przedmiot Umowy będzie realizowany w warunkach opóźnienia niezawinionego przez Zamawiającego”.

Z kolei zgodnie z ust. 5:

„Jeżeli w terminie, o którym mowa ust. 2, Wykonawca wystąpi z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia jednocześnie na podstawie postanowień ust. 2 i § 27, to Wykonawcy będzie należny wzrost wynagrodzenia jedynie w oparciu o jedną z tych podstaw, w zależności od tego, która z kwot zmiany będzie wyższa”.

Zgodnie z art. 439 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w umowie określa się „poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia”. W przytoczonym postanowieniu, Zamawiający określił dwa różne pułapy stanowiące „próg wejścia” umożliwiające zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej, tj. zastrzeżono, że nastąpi to:

- w razie zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego o „ponad 3%” o którym mowa pkt 1 oraz
- w razie, gdy wystąpi kwartał w odniesieniu do robót budowlanych wykonanych począwszy od początku kwartału, którego dotyczył komunikat w sprawie Wskaźnika GUS podający ten wskaźnik „wyższy albo niż 20 % od Bazowego Wskaźnika GUS” (wydaje się, że omyłkowo Zamawiający zawarł w ww. postanowieniu zwrot „albo”). Mając na uwadze powyższą rozbieżność, wydaje się, że mechanizm waloryzacji będzie mógł zostać zastosowany dopiero w przypadku wystąpienia w danym kwartale zmiany cen materiałów lub kosztów o ponad 20% w stosunku do wskaźnika bazowego.

Z uwagi na ww. rozbieżność Wykonawca wnosi o wyjaśnienie kiedy będzie można skorzystać z waloryzacji umownej – czy w razie zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego o ponad 3%, czy jednak jedynie w razie, gdy wskaźnik Bazowy GUS wzrośnie/zmaleje o 20%?

W ocenie Wykonawcy, § 28 ust. 2 pkt 1, 3, 5, 6 i 7 oraz ust. 5 Projektowanych postanowień umownych w obecnym brzmieniu naruszają art. 353 (1) k.c., art. 58 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez ustalenie w ww. postanowieniach poziomu wskaźnika, który uzasadnia waloryzację wynagrodzenia na zbyt wysokim poziomie, tj. 20%, co zdaniem Wykonawcy świadczy o sformułowaniu przez Zamawiającego pozornej klauzuli waloryzacyjnej i spowoduje brak

możliwości wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku nadmiernej zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Należy zauważyć, że wskaźnik GUS cen produkcji budowlano-montażowej w 2022 r. kształtował się następująco:

- ceny w I kwartale 2022 r. w stosunku do IV kwartału 2021 r. wzrosły o 3,4 %;
- w II kwartale 2022 r. w stosunku do I kwartału 2022 r. - wzrosły o 4,0 %;
- w III kwartale 2022 r. w stosunku do II kwartału 2022 r. - wzrosły o 3,5 %;
- w IV kwartale 2022 r. w stosunku do III kwartału 2022 r. wzrosły o 3,2 %.

Porównując ze sobą poszczególne kwartały, należy zauważyć, że w ostatnim roku nie wystąpił kwartał, w którym wskaźnik wzrósłby albo zmalał aż o 20% w porównaniu do któregośkolwiek z innych kwartałów. W roku 2022 nie doszło więc do wystąpienia sytuacji, która mogłaby uprawniać strony do zastosowania mechanizmu waloryzacji w brzmieniu określonym przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Rok 2022 był rokiem szczególnym z uwagi gwałtowną zmianę cen materiałów, towarów i usług z uwagi na wystąpienie wojny w Ukrainie. Prognozy na 2023 r. nie przewidują wzrostu wskaźnika na tak znacznym poziomie jaki wystąpił w 2022r., wobec czego (mając na uwadze dane historyczne) nierealne wydaje się osiągnięcie poziomu 20% wymaganego przez Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający przewidział w pkt 5, że ewentualna zmiana kwoty wysokości wynagrodzenia nastąpi o procent stanowiący połowę wartości wzrostu albo spadku wskaźnika GUS, jednocześnie zastrzegając, że maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w efekcie zastosowania waloryzacji opiewa na 5% kwoty nominalnej łącznego wynagrodzenia netto w dniu zawarcia umowy. Wobec powyższego, na podstawie obecnego brzmienia klauzuli, w razie wystąpienia wzrostów cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia o minimum 20%, Wykonawcy będzie przysługiwała waloryzacja wynagrodzenia jedynie maksymalnie o 5%.

Dodatkowo, przytoczony ust. 2 pkt 7 wyłącza możliwość korzystania z waloryzacji w razie wystąpienia okoliczności niezależnych od żadnej ze stron Umowy (np. w razie wystąpienia siły wyższej albo szczególnie niesprzyjających warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych, przeprowadzanie prób i sprawdzeń, dokonywanie odbiorów o których mowa w § 26 ust. 1 pkt 1 PPU). Powoduje to, że klauzula waloryzacyjna określa w zasadzie warunki oderwane od realiów rynkowych i warunków przedmiotu niniejszego zamówienia (w szczególności planowanego okresu realizacji przedmiotu umowy). Zamawiający w § 26 PPU przewidział okoliczności, które wpłyną na niezawinione opóźnienie wykonawcy, jednak całe finansowe ryzyko związane z tymi okolicznościami spoczywać ma na Wykonawcy. W ocenie Wykonawcy, Zamawiający naruszył przez to zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego ukształtowania istotnych postanowień umownych.

Ponadto w razie, gdy dojdzie do zmiany umowy na podstawie § 26 ust. 1 pkt 1 lit. a) - tj. w razie zmiany terminu obowiązywania umowy z uwagi na zawieszenie robót przez organy nadzoru budowlanego z przyczyn niezależnych od Wykonawcy – zgodnie z § 28 ust. 2 pkt 7 PPU, to Wykonawca będzie ponosił negatywne skutki finansowe z tytułu wzrostu cen materiałów lub kosztów w przedłużonym czasie trwania umowy, co jest niezrozumiałe, ponieważ wykonawca nie ma na to żadnego wpływu.

Sformułowanie klauzuli waloryzacyjnej poprzez wyłączenie prawa do zmiany wynagrodzenia w takich przypadkach należy ocenić jako nadużywanie przez Zamawiającego jego uprawnień do kształtowania postanowień umowy, wobec czego Wykonawca wnosi o modyfikację § 28 poprzez usunięcie § 28 ust. 2 pkt 7 PPU.

Przesłanki waloryzacyjne umowne określone w art. 439 ustawy Pzp stanowią prawne narzędzie dostosowania stosunku prawnego w celu przywrócenia stanu równowagi ekonomicznej między stronami umowy o zamówienie publiczne, zachwianego przez określone zdarzenia mogące zaistnieć w trakcie jego wykonania. Realizacja zamówienia ponad 6 miesięcy rodzi ryzyko, że rynkowe czynniki zewnętrzne będą istotnie oddziaływały na treść, wysokość i ostatecznie ekwiwalentność świadczeń uzgodnionych przez strony. Klauzula waloryzacyjna w swoim założeniu ma takie negatywne skutki zminimalizować, urealnić wynagrodzenie Wykonawcy w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów. Mechanizm urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy w zależności od okoliczności (wzrostu lub spadku cen lub kosztów) dotyczy zarówno podwyższenia, jak i obniżenia wynagrodzenia. Zapewnia tym samym równość stron czy prawidłowy rozkład ryzyka kontraktowego. Prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna jest instrumentem sprzyjającym zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jest elementem odpowiedniego rozkładu ryzyka kontraktowego oraz winna być adekwatna do sytuacji rynkowej. Klauzula zawarta w Projektowanych Postanowieniach Umowy nie spełnia wskazanych funkcji, co więcej określona została w sposób czysto iluzoryczny, ponieważ pułap wzrostu cen, który uprawnia Wykonawcę do waloryzacji jest tak wysoki, że uprawnione jest stwierdzenie, że określony wzrost cen nie wystąpi. Powyższe dowodzi, iż mechanizm zmiany wynagrodzenia wynikający z § 28 ma charakter pozorny. W praktyce nie nastąpi sytuacja uprawniająca strony do zmiany wynagrodzenia z wykorzystaniem opisanego mechanizmu. Taki sposób sformułowania warunków progowych, de facto uniemożliwia zmianę wynagrodzenia i prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ustawy Pzp. Podobnie negatywnie należy ocenić również ust. 5, który jest niezgodny z art. 353 (1) k.c., art. 58 k.c. i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, art. 436 pkt 4b i art. 439 ustawy pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Stanowczego podkreślenia wymaga, że ustawodawca w art. 436 pkt 4b i art. 439 Pzp nałożył na zamawiającego obowiązek wprowadzenia do umowy w sprawie zamówienia publicznego niezależnych od siebie podstaw jej zmian.

W art. 436 pkt 4 lit. b Pzp wyraźnie określono, że umowa zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany: stawki podatku od towarów i usług lub podatku akcyzowego, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) albo minimalnej stawki godzinowej oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę (dotyczy umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy).

Z kolei w art. 439 przewidziano, że umowa, której przedmiotem są roboty budowlane zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zastrzeżenie przez Zamawiającego, że w razie jednoczesnego wystąpienia przesłanek do zmiany umowy z uwagi na okoliczności określone w § 27 (np. zmianę stawki VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę) i określonych w § 28 ust. 2 (tj. w razie wzrostu cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia) Wykonawcy będzie należny wzrost wynagrodzenia jedynie w oparciu o jedną z tych podstaw, w zależności od tego, która z kwot zmiany będzie wyższa świadczy o rażącym naruszeniu art. 439 oraz art. 436 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że postanowienia umowne w tym zakresie powinny obligować zamawiającego do zmiany wynagrodzenia osobno w odniesieniu do każdej z podstaw, ponieważ są to niezależne od siebie przesłanki. Art. 436 pkt 4b Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że Zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby w projekcie umowy dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń jego

zastosowania, czyli nie może oświadczać, że waloryzacja z art. 436 pkt 4b Pzp zostanie wyłączona w razie zastosowania waloryzacji o której mowa w art. 439 Pzp. Wymienione w art. 436 pkt 4 b) Pzp przesłanki waloryzacyjne są również regulowane przez odpowiednie akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych. Dlatego też, w ocenie Wykonawcy, wprowadzenie przez Zamawiającego klauzuli umownej w brzmieniu określonym w § 28 ust. 5 świadczy o rażącym naruszeniu tych przepisów.

Wobec powyższego Wykonawca wnosi o wykreślenie § 28 ust. 5 PPU, § 28 ust. 2 pkt 7 PPU oraz o odpowiednią modyfikację § 28 ust. 2 poprzez nadanie mu brzmienia:

„Zmiany wysokości wynagrodzenia będą dokonywane według zasad opisanych poniżej:

- 1) każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („Wskaźnik GUS”) o ponad 5%;
- 2) wartość zmiany Wskaźnika GUS ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy porównywana będzie do wartości Wskaźnika GUS ogłoszonego w terminie bezpośrednio poprzedzającym dzień otwarcia ofert w postępowaniu poprzedzającym zawarcie niniejszej umowy („Bazowy Wskaźnik GUS”);
- 3) ewentualna zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od kwartału, którego dotyczył będzie komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, podający Wskaźnik GUS większy albo mniejszy o 5% niż Bazowy Wskaźnik GUS;
- 4) ewentualna zmiana wynagrodzenia dotyczyć będzie części wynagrodzenia przypadającej do zapłaty po zaistnieniu zdarzenia opisanego w pkt 3;
- 5) ewentualna zmiana kwoty wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w pkt 4 powyżej, pod warunkiem zaistnienia zdarzenia opisanego w pkt 3 powyżej, nastąpi o procent stanowiący połowę wartości wzrostu albo spadku Wskaźnika GUS;
- 6) zapłata wynagrodzenia w kwocie zmienionej zgodnie z pkt 5 powyżej dotyczyć będzie kwartałów roku kalendarzowego po terminie składania ofert, w odniesieniu do robót budowlanych wykonanych począwszy od początku kwartału, którego dotyczył komunikat w sprawie Wskaźnika GUS podający ten wskaźnik wyższy niż 5% od Bazowego Wskaźnika GUS”.

*Odpowiedź: Zamawiający nie zezwala na dokonanie zmian poprzez wykreślenie § 28 ust. 5 PPU, § 28 ust. 2 pkt 7 PPU, natomiast modyfikuje zapisy w § 28 ust. 2 poprzez nadanie mu brzmienia*

*2. Zmiany wysokości wynagrodzenia będą dokonywane według zasad opisanych poniżej:*

- 1) każda ze Stron może żądać zmiany wynagrodzenia (odpowiednio podwyższenia lub obniżenia) w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów wyrażającej się zmianą wskaźnika zmiany cen produkcji budowlano-montażowej ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego („Wskaźnik GUS”) o ponad 5%;*
- 2) wartość zmiany Wskaźnika GUS ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy porównywana będzie do wartości Wskaźnika GUS ogłoszonego w terminie bezpośrednio poprzedzającym dzień otwarcia ofert w postępowaniu poprzedzającym zawarcie niniejszej umowy („Bazowy Wskaźnik GUS”);*
- 3) ewentualna zmiana wynagrodzenia nastąpi począwszy od kwartału, którego dotyczył będzie komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, podający Wskaźnik GUS większy albo mniejszy o 5 % niż Bazowy Wskaźnik GUS;*
- 4) ewentualna zmiana wynagrodzenia dotyczyć będzie części wynagrodzenia przypadającej do zapłaty po zaistnieniu zdarzenia opisanego w pkt 3;*

- 5) ewentualna zmiana kwoty wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w pkt 4 powyżej, pod warunkiem zaistnienia zdarzenia opisanego w pkt 3 powyżej, nastąpi o procent stanowiący połowę wartości wzrostu albo spadku Wskaźnika GUS;
- 6) zapłata wynagrodzenia w kwocie zmienionej zgodnie z pkt 5 powyżej dotyczyć będzie kwartałów roku kalendarzowego po terminie składania ofert, w odniesieniu do robót budowlanych wykonanych począwszy od początku kwartału, którego dotyczył komunikat w sprawie Wskaźnika GUS podający ten wskaźnik wyższy albo niż 5% od Bazowego Wskaźnika GUS;
- 7) ewentualna zmiana wynagrodzenia nie będzie dotyczyć okresu, w którym Przedmiot Umowy będzie realizowany w warunkach opóźnienia niezawinionego przez Zamawiającego.

Zatwierdził

/-/

p.o. Dyrektor Powiatowego Zarządu Dróg  
w Mrągowie  
Justyna Łobacz - Olszyńska