



BZP-UM/12/2024/KMJ  
sygn. post.: 11/BZP-U.510.9.2024/MW

Gdańsk, dnia 17.01.2024 r.

### Strona www

**Dotyczy:** „Dostawa wyposażenia w ramach realizacji zadania pn.: Adaptacja budynku przy ul. Szpaki 1 w Gdańsku na potrzeby Środowiskowego Centrum Profilaktyki – wyposażenie biblioteki”.

**Na podstawie art. 284 ust. 2 i ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, działająca w imieniu Gminy Miasta Gdańska, udziela wyjaśnień do treści SWZ:**

Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy (załącznik do SWZ) w § 10 zatytułowanym: ZMIANY POSTANOWIEŃ UMOWY zapisał - Zamawiający, poza możliwością zmiany zawartej umowy na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, przewiduje również możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w następujących okolicznościach:

(pkt. 15): zmiany zakresu Przedmiotu Umowy w wyniku rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji części Przedmiotu Umowy wraz ze zmniejszeniem wynagrodzenia Wykonawcy, przy czym rezygnacja ta może dotyczyć nie więcej niż 50% Przedmiotu Umowy.

Taki zapis umowy uniemożliwia wykonawcy rzetelną wycenę oferty, ponieważ nie jest znany zakres przedmiotu umowy gwarantowany do wykonania. Dodatkowo termin, w którym Zamawiający ma prawo rezygnacji aż z 50% przedmiotu umowy jest również nieznany. Uwzględniając określony w SWZ termin wykonania zadania: 8 tygodni od dnia rozpoczęcia dostawy, która ma się zacząć 5 dni od dnia poinformowania Wykonawcy o zakończeniu robót budowlanych, oraz mając na uwadze zakładaną ilość wyposażenia, Wykonawca musi rozpocząć prace przygotowawcze (zamówienie materiałów – płyta meblowa, okucia itd.) i wstępną produkcję jeszcze przed udostępnieniem obiektu. Rezygnacja przez Zamawiającego z części przedmiotu zamówienia, w bliżej nieokreślonym terminie, narazi wykonawcę na znaczące straty.

Zamawiający przygotowując SWZ ma możliwość przewidzenia modyfikacji zamówienia, lecz klauzule takie nie mogą dawać Zamawiającemu nieograniczonej swobody decyzyjnej. Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych określają zasady wskazując do jakiego stopnia pierwotna umowa może



przewidywać wprowadzanie modyfikacji, a służy temu prawo opcji.

Opcja stanowi klauzulę umowną, przewidującą możliwość podjęcia przez Zamawiającego decyzji o rozszerzeniu przedmiotu zamówienia w zakresie i okolicznościach ustalonych w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, pod warunkiem, że poprzez zastosowanie tej klauzuli nie dojdzie do modyfikacji ogólnego charakteru umowy.

Prawo opcji przyznaje Zamawiającemu prawo do zwiększenia zamówienia, jednak zamiar powiększenia owego zakresu musi być określony i opisany już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, by wykonawca decydujący się złożyć ofertę wiedział, jakie roszczenia może mieć w stosunku do niego zamawiający w razie skorzystania z prawa opcji (KIO 1024/13, wyrok z dnia 21 maja 2013 r. Krajowej Izby Odwoławczej).

Prawo opcji jest również określane mianem „klauzuli umożliwiającej zakup dodatkowych ilości za cenę już ustaloną” (zob.: orzeczenie Trybunał Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 1975 r. (TS 40/73 ECR 975/10/01663)). Może polegać na rozszerzeniu zamówienia podstawowego o pewne usługi lub dostawy, które towarzyszą lub mogą towarzyszyć zamówieniu podstawowemu. Zakres objęty prawem opcji może nie być tożsamy z zamówieniem podstawowym. Treść prawa opcji nie obejmuje natomiast możliwości pomniejszenia zakresu udzielonego zamówienia. Na marginesie jedynie warto zauważyć, iż do umowy w sprawie zamówienia publicznego można wprowadzić zapis dotyczący możliwości zwiększenia ilości niektórych pozycji asortymentowych, przy równoczesnym zmniejszeniu ilości innych pozycji asortymentowych. Zmiany te powinny jednak mieścić się w granicach wyrażonych przez zamawiającego, np. procentowo i nie mogą doprowadzić do zwiększenia górnej granicy opcji. Tak więc Zamawiający musi określić maksymalny poziom zamówienia, wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach (wyrok KIO z 26 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2394/14). W związku z powyższym, wnosimy o:

- 1) wykreślenie zapisu § 10 ust. 1 pkt. 15 Projektowanych Postanowień Umowy; lub
- 2) wykreślenie zapisu § 10 ust. 1 pkt. 15 Projektowanych Postanowień Umowy i zastąpienie go zapisem dotyczącym prawa opcji, a co za tym idzie zmniejszenie zakresu podstawowego zamówienia; lub



3) zmodyfikowanie zapisu § 10 ust. 1 pkt. 15 Projektowanych Postanowień Umowy poprzez dopisanie terminu, w którym Zamawiający może dokonać pomniejszenia zakresu zamówienia, a który zakończy się przed dniem poinformowania Wykonawcy o zakończeniu robót budowlanych i możliwością rozpoczęcia dostaw.

**Odpowiedz:**

Zamawiający informuje, że nie przewiduje zmiany Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie, którego dotyczy pytanie.

Również zapis § 10 ust. 1 pkt. 16 projektu umowy jest niezgodny z Pzp. Art. 439 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, 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. W takim wypadku umowa musi zawierać klauzule waloryzacyjne. Klauzule waloryzacyjne są zatem obecnie obowiązkowe w każdej umowie w sprawie zamówienia, której czas realizacji przekroczy 6 miesięcy. Dotychczas obowiązek odnosił się do umów dłuższych niż 12 miesięcy, których przedmiotem były usługi bądź roboty budowlane. – wnosimy o zmianę zapisów.

**Odpowiedz:**

Zamawiający informuje, że nie przewiduje zmiany Projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie, którego dotyczy pytanie.

*Krzysztof Małkowski*  
*p.o. Dyrektora*  
*Podpisano elektronicznie: 17-01-2024*