

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP.271.034.2017 „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 653 na terenie Miasta Suwałki – III etap (przebudowa ulicy Sejneńskiej od granic administracyjnych miasta do torów wraz z budową odcinka od ulicy Sejneńskiej do ulicy Utrata z mostem i tunelem pod torami)”

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) udziela odpowiedzi na pytania postawione w pismach z dnia 13.04.2017 r. i 19.04.2017 r.:

Pytanie nr 1

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 6 ust. 2 i 3:

Stosownie do tych zapisów:

„2. Wynagrodzenie ryczałtowe o którym mowa w ust 1. obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

3. Niedooszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu.”

Zwracamy się o:

- 1) **wyjaśnienie pojęcia** „innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty”, użytego w ust. 2, w aspekcie treści art. 29 ust. 1 PZP,
- 2) **zmianę** tego zapisu, zgodnie z którą Wykonawca nie będzie ponosić odpowiedzialności za skutki nieuwzględnienia w ofercie kosztów niezbędnych do wykonania zamówienia w takim zakresie, w jakim koszty te nie były możliwe do przewidzenia ze względu na nierzetelność opisu przedmiotu zamówienia.

Obecne brzmienie zapisu przerzuca całkowicie na Wykonawcę (niezgodnie z art. 29 ust. 1 PZP) ryzyka prawidłowego oszacowania ryczałtowej ceny ofertowej w sytuacji nierzetelnego opisanego przedmiotu zamówienia, w tym oszacowania czasu niezbędnego na jego wykonanie, czym utrudnia uczciwą konkurencję, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP. Por. **Wyrok KIO 871/13 z dnia 30.04.2013 r.:** „Zrzeczenie się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad dokumentacji projektowej wykraczają daleko poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej i naruszają art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), gdyż zobowiązują wykonawcę do wliczenia w cenę ofertową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty.” **Wyrok KIO 809/12 z dnia 09.05.2012 r.** „Obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 KC cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy.

Obecne brzmienie zapisu wzoru umowy, z uwagi na niezgodność z PZP, nie będzie stanowiło podstawy do wyłączenia ewentualnych roszczeń Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zmienia w tej części zapisów umowy.

Zamawiający przyjął ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy. Ten rodzaj wynagrodzenia polega na ustaleniu określonej kwoty, za którą Wykonawca realizuje wszystkie zaplanowane roboty, niezależnie od ich rzeczywistego rozmiaru oraz kosztu. Wynagrodzenie Wykonawcy obejmować będzie cały zakres świadczenia określony w umowie i dokumentacji projektowej. Od Wykonawcy jako profesjonalisty w dziedzinie budownictwa, dysponującego doświadczeniem w realizacji podobnych inwestycji wymaga się by przygotował ofertę w wyniku starannej analizy dostępnej dokumentacji oraz identyfikację występujących w niej ewentualnych braków, błędów, niedoszacowań lub innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty. Wyrok KIO 1101/816 z 5 lipca 2016 r. „w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego rezultatem wykonania umowy jest dzieło-robotą budowlaną, z której zamawiający może korzystać zgodnie z przeznaczeniem, a obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie wszelkich niezbędnych prac, nawet jeżeli nie zostały one wskazane wprost w dokumentacji projektowej.”

Brak przesądzenia rozmiaru prac albo nieuwjęcia wszystkich elementów kosztotwórczych w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie musi pozostawać w sprzeczności z art. 29 ust. 1 pzp. Jest to szczególnie widoczne w przypadku zamówienia na wykonanie projektu i robót budowlanych, w których wykonawcy składając oferty dokonują wyceny oferty mogą wziąć pod uwagę de facto odmienny zakres przedmiotu zamówienia, uzależniony od przyjętego przez nich sposobu wykonania zamówienia wyrażonego w projekcie. Mimo to jest możliwe rzeczywiste porównanie zaoferowanych cen i dokonania spośród nich wyboru oferty najkorzystniejszej (oferującej najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny).

Pytanie nr 2

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 6 ust. 6:

Do czasu odbioru ostatecznego Wykonawca ma prawo do wystawienia faktur do wysokości 90% wartości przedmiotu zamówienia. Pozostałe 10% zostanie zafakturowane po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie i odbiorze końcowym robót.

Zwracamy się o zmianę zapisu § 6 ust. 6 wzoru umowy, zgodnie z którą pozostała 10% części kwoty ryczałtowej zostanie opłacone na podstawie faktury końcowej wystawionej po odbiorze końcowym robót i przedstawieniu przez Wykonawcę kompletu dokumentów niezbędnych do wystąpienia przez Zamawiającego z wnioskiem o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie – zobowiązaniem Wykonawcy nie jest uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, w związku z czym od czasu trwania tych czynności, będących po stronie Zamawiającego, nie może być uzależnione otrzymanie przez Wykonawcę należnego mu wynagrodzenia.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy umowy na następujące:

Dla części 1 postępowania

„6. Wykonawca do czasu odbioru ostatecznego ma prawo do wystawienia faktur częściowych do wysokości 90% wartości przedmiotu zamówienia. Pozostała część kwoty ryczałtowej zostanie opłacona na podstawie faktury końcowej wystawionej po odbiorze końcowym robót.”

Dla części 2 postępowania

„6. Wykonawca do czasu odbioru ostatecznego ma prawo do wystawienia faktur częściowych do wysokości 95% wartości przedmiotu zamówienia. Pozostała część kwoty ryczałtowej zostanie opłacona na podstawie faktury końcowej wystawionej po odbiorze końcowym robót.”

Pytanie nr 3

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 2:

Zwracamy się o **podanie**, w jakim terminie od dnia podpisania umowy Zamawiający przekaże Wykonawcy teren budowy i czy zostanie on przekazany jednorazowo, w całości.

Odpowiedź:

Dla części 1 Zamawiający przekaże Wykonawcy bez zbędnej zwłoki teren budowy jednorazowo w terminie do 10 dni od dnia podpisania umowy.

Dla części 2 Zamawiający przekaże Wykonawcy bez zbędnej zwłoki teren budowy jednorazowo w terminie do 30 dni od dnia podpisania umowy.

Pytanie nr 4

SIWZ Rozdział 6, Część 2, Wzór umowy dla części 2: § 2 ust. 2 pkt 2):

Terminy pośrednie *(dotyczą tylko pod warunkiem zmiany rozwiązań projektowych wskazanych w dokumentacji załączonej do SIWZ)*

2) złożenie wniosku o zmianę ZRID wraz z niezbędnymi dokumentami do Wojewody Podlaskiego i uzyskanie zmienionej decyzji ZRID przez Zamawiającego w terminie **do 2 miesięcy** od momentu złożenia kompletnej dokumentacji przez Wykonawcę.

Zwracamy się o **uściślenie**:

- 1) czy Zamawiający powierza Wykonawcy, aby ten w imieniu Zamawiającego na podstawie stosownego pełnomocnictwa uzyskał zmienioną decyzję ZRID, czy też Zamawiający będzie w tym zakresie występował samodzielnie do Wojewody Podlaskiego na podstawie dokumentacji otrzymanej od Wykonawcy ?
- 2) czy w przewidzianym terminie Zamawiający oczekuje zamiennej decyzji ZRID ostatecznej, czy też wystarczy decyzja nieostateczna, ale zaopatrzona w rygor natychmiastowej wykonalności ?
- 3) czy w świetle przewidzenia kar umownych za opóźnienie (które może wynikać z działania organów publicznych) Zamawiający przedłuży Wykonawcy termin uzyskania zmienionej decyzji ZRID jeśli Wykonawca uzyska ją w późniejszym terminie w wyniku dłuższego procedowania przez organy publiczne (termin wydania decyzji ZRID zgodnie ze Specustawą drogową wynosi 90 dni, zaś strony postępowania mogą tę zmienioną decyzję ZRID skarżyć w drodze odwołań) ?
- 4) czy Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w przypadku określonym w pytaniu 3) ?

Odpowiedź:

1) Zamawiający upoważni Wykonawcę do uzyskania zmienionej decyzji ZRID. Zamawiający zakłada, że zmienioną decyzję ZRID uzyska się w terminie 2 miesięcy od uzyskania kompletu dokumentów.

2) Wystarczy zmieniona decyzja ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności.

3 i 4) Przedłużenie terminu uzyskania zmienionej decyzji ZRID nie ma wpływu na termin końcowy i nie może stanowić podstawy do wnioskowania przez Wykonawcę o przedłużenie terminu realizacji zamówienia. Kary wskazane w umowie dotyczą końcowego terminu zakończenia prac i będą naliczane w przypadku jego przekroczenia.

Pytanie nr 5

Część 1 i 2, wzór umowy, § 4 ust. 2 pkt 6):

Zgodnie z tym zapisem, warunkiem rozpoczęcia robót jest posiadanie przez Wykonawcę zaakceptowanego harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz uzgodnionego projektu tymczasowej organizacji ruchu.

Zwracamy się o **określenie** przesłanek zaakceptowania przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz uzgodnienia projektu tymczasowej organizacji ruchu – z uwagi

na wpływ tych czynności na możliwość prowadzenia robót oraz na faktyczny czas ich realizacji.

Z obecnego brzmienia tego zapisu wynika, iż Zamawiający może wnosić całkowicie dowolne uwagi do przedłożonego mu harmonogramu i na zasadzie swobodnego uznania umożliwić lub uniemożliwić Wykonawcy rozpoczęcie robót.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy umowy w tym punkcie na następujące:

„6) Warunkiem rozpoczęcia robót w pasach drogowych istniejących ulic jest posiadanie przez Wykonawcę zatwierdzonego projektu tymczasowej organizacji ruchu,”

Pytanie nr 6

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 9 ust. 1:

Zwracamy się o **zmianę** wszystkich kar umownych z tytułu nieterminowego wykonywania obowiązków przez Wykonawcę, z kar za opóźnienie, na kary umowne za zwłokę, co zapewni spójność tych zapisów z postanowieniami wzoru umowy dotyczącymi przesłanek zmiany terminu realizacji zamówienia, określonymi w § 13.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zmienia zapisów w tym punkcie.

Pytanie nr 7

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 9 ust. 1 pkt 9):

Zwracamy się o **zmianę** kary umownej z kwoty 5 000 zł – jako wygórowanej – na 1 000 zł.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia wysokość kary umownej na 2.000,00 zł.

Pytanie nr 8

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 9:

Zwracamy się o **dodanie** zapisu, zgodnie z którym Wykonawca będzie uprawniony do obciążenia Zamawiającego karą umowną w wysokości 10% wynagrodzenia ryczałtowego, w przypadku odstąpienia od umowy z winy Zamawiającego.

Wprowadzenia takiego zapisu wymaga elementarna równowaga stron umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na wprowadzenie powyższych zapisów.

Pytanie nr 9

SIWZ, Rozdział 2, Pkt 13:

Zgodnie z tym zapisem, „Wykonawca winien zgłosić w trakcie postępowania przetargowego wszelkie zauważone błędy, omyłki, rozbieżności w dokumentacji projektowej i wystąpić do Zamawiającego o wyjaśnienie. Dochodzenie przez Wykonawcę w terminie późniejszym roszczeń z tytułu niezgodności pomiędzy stanem rzeczywistym a stanem określonym w dokumentacji projektowej nie będzie możliwe, a skutki z tego tytułu obciążą Wykonawcę robót.”

Zwracamy się o **usunięcie zdania** „Dochodzenie przez Wykonawcę w terminie późniejszym roszczeń z tytułu niezgodności pomiędzy stanem rzeczywistym a stanem określonym w dokumentacji projektowej nie będzie możliwe, a skutki z tego tytułu obciążą Wykonawcę robót.” – jako sprzecznego z art. 29 ust. 1 PZP i w sposób niezgodny z ustawą przerzucającego na oferentów ryzyko prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej w razie nierzetelnego opisu przedmiotu zamówienia. Por. **Wyrok KIO 871/13** z dnia 30.04.2013 r.,

Wyrok KIO 809/12 z dnia 09.05.2012 r. Wykonawca nie jest też zobowiązany do szczegółowego weryfikowania dokumentacji projektowej Zamawiającego. W tym zakresie por. Pkt 2 Wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20.09.2012 r. **V ACa 286/12**: „Wynikający z art. 651 KC obowiązek wykonawcy niezwłocznego zawiadomienia inwestora o tym, że dostarczona dokumentacja, teren budowy, maszyny, lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót dotyczą każdego momentu w trakcie realizacji robót, w którym wykonawca dowiedział się o konkretnych nieprawidłowościach. Przepis ten zaś nie może być odczytywany w sposób nakładający na wykonawcę obowiązek dokonywania w momencie przystąpienia do przetargu, czy podpisywania umowy, szczegółowego merytorycznego sprawdzenia przedstawionego mu projektu, wymagającego specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Do obowiązków wykonawcy nie należy bowiem specjalistyczne badanie projektu, a jedynie musi on umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej.” Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2000 r. **III CKN 629/98**: „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (art. 651 KC).” Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26.06.2018 r. **II CSK 101/08**: „Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 KC należy rozumieć w ten sposób, iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak o takie sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania”.

W związku z tym Zamawiający nie będzie uprawniony powoływać się na ten zapis, jeśli błędy w SIWZ zostaną wykryte w toku realizacji zamówienia, zwłaszcza podczas realizacji robót w oparciu o dokumentację projektową Zamawiającego.

Odpowiedź:

Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszystkich robót, prac i czynności niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy, również tych, których konieczność ujawni się w trakcie realizacji zamówienia, a które posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie Wykonawca powinien był przewidzieć na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, obowiązujących przepisów prawa, przepisów techniczno-budowlanych i administracyjnych, jak również wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca nie może wykorzystywać rozbieżności, błędów lub opuszczeń między dokumentami stanowiącymi opis przedmiotu zamówienia, do wystąpienia wobec Zamawiającego o dodatkowe wynagrodzenie. Wszystkie elementy składające się na opis przedmiotu zamówienia, w tym dokumentację branżową należy rozpatrywać jako część kompletu dokumentacji w jej wzajemnych zależnościach.

W związku z powyższym zamawiający zmienia zapis na następujący „Wykonawca winien zgłosić w trakcie postępowania przetargowego wszelkie zauważone błędy, omyłki, rozbieżności w dokumentacji projektowej i wystąpić do Zamawiającego o wyjaśnienie. W przypadku niewykonania powyższego obowiązku dochodzenie przez Wykonawcę w terminie późniejszym roszczeń z tytułu niezgodności pomiędzy stanem rzeczywistym a stanem określonym w dokumentacji projektowej nie będzie możliwe, a skutki z tego tytułu obciążą Wykonawcę robót.”

Pytanie nr 10

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 4 ust. 2 pkt 15):

Zgodnie z tym zapisem, po stronie Wykonawcy ma być ponoszenie pełnej odpowiedzialności za szkody spowodowane uszkodzeniem urządzeń podziemnych jak kable energetyczne, instalacje sieci i inne. Zamawiający zastrzega, iż dokumentacja Zamawiającego nie stanowi wyłącznego źródła informacji o urządzeniach podziemnych. Ich obecność lub brak

Wykonawca stwierdzi samodzielnie korzystając z zasobów powszechnej ewidencji gruntów jak również na podstawie stosownych znaków i jakichkolwiek innych oznak mogących wskazywać na ich istnienie.

Zwracamy się o **zmianę** tego zapisu, zgodnie z którą Wykonawca nie będzie ponosić odpowiedzialności za skutki wykrycia oraz uszkodzenia urządzeń podziemnych nie opisanych w SIWZ. Obecne brzmienie zapisu przerzuca całkowicie na Wykonawcę (niezgodnie z art. 29 ust. 1 PZP) ryzyka prawidłowego oszacowania ceny ofertowej w sytuacji nierzetelnego opisanego przedmiotu zamówienia, w tym oszacowania czasu niezbędnego na jego wykonanie, czym utrudnia uczciwą konkurencję, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na wprowadzenie powyższych zapisów.

Pytanie nr 11

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 4 ust. 2 pkt 17):

Zgodnie z tym zapisem, po stronie Wykonawcy będzie terminowe wykonanie i „przekazanie do eksploatacji” przedmiotu umowy oraz oświadczenia, że roboty ukończone przez niego są całkowicie zgodne z umową i odpowiadają potrzebom, dla których są przewidziane według umowy.

Zwracamy się o **wyjaśnienie** jak należy rozumieć sformułowanie „przekazanie do eksploatacji” przedmiotu umowy, a zwłaszcza czy Wykonawca ma uzyskać dla Zamawiającego pozwolenie na użytkowanie całości wybudowanego obiektu, czy też przygotować Zamawiającemu dokumentację i wnioski niezbędne do wystąpienia przez Zamawiającego samodzielnie o pozwolenie na użytkowanie przedmiotu umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy umowy na:

„Terminowe wykonanie i przygotowanie do eksploatacji przedmiotu umowy oraz oświadczenia, że roboty ukończone przez niego są całkowicie zgodne z umową i odpowiadają potrzebom, dla których są przewidziane według umowy;”

Pytanie nr 12

SIWZ, Rozdział 7, Pkt 2 i 4, § 4 ust. 1 i 5 wzoru umowy:

Zwracamy się o **potwierdzenie**, że oferenci powinni w ofercie wskazać nazwy (firmy) tylko tych podwykonawców, którzy oferentowi są znani w chwili składania oferty – na co jasno wskazuje użyte w Pkt 4 Rozdziału SIWZ sformułowanie „Zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia Wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców (...)”, a także analogiczne brzmienie § 4 ust. 5 wzoru umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że oferenci powinni w ofercie wskazać nazwy (firmy) tylko tych podwykonawców, którzy oferentowi są znani w chwili składania oferty.

Pytanie nr 13

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 11 ust. 2:

Zgodnie z tym zapisem, zatrudnienie dodatkowego podwykonawcy, zmiana podwykonawcy lub zmiana zakresu prac powierzonych podwykonawcom możliwa jest wyłącznie po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego.

Zwracamy się o **zmianę** tego zapisu, zgodnie z którą Zamawiający doprecyzuje, iż dotyczy on wyłącznie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane – nie będzie zaś dotyczył umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są usługi lub dostawy.

Zamawiający nie ma żadnych podstaw prawnych, by żądać uzyskiwania jego zgody w zakresie zawierania przez Wykonawcę umów usługowych i umów dostaw z podwykonawcami /dalszymi podwykonawcami (art. 143b PZP).

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapis na następujący:

„Zatrudnienie dodatkowego podwykonawcy, zmiana podwykonawcy lub zmiana zakresu prac powierzonych podwykonawcom robót budowlanych możliwa jest wyłącznie po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego”.

Pytanie nr 14

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 11 ust. 3:

W zapisie tym Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia, że podwykonawcy wskazani w ofercie nie będą powierzali wykonania całości lub części powierzonych im prac dalszym podwykonawcom, chyba że wykonawca uzyska od zamawiającego zgodę na takie powierzenie.

Zwracamy się o **zmianę** tego zapisu, zgodnie z którą:

- 1) Zamawiający **doprecyzuje**, iż dotyczy on wyłącznie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane – nie będzie zaś dotyczył umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są usługi lub dostawy. Zamawiający nie ma żadnych podstaw prawnych, by żądać uzyskiwania jego zgody w zakresie zawierania przez Wykonawcę umów usługowych i umów dostaw z podwykonawcami /dalszymi podwykonawcami (art. 143b PZP),
- 2) Zamawiający **usunie** sformułowanie, zawierające zobowiązanie Wykonawcy do „zapewnienia, że podwykonawcy wskazani w ofercie nie będą powierzali wykonania całości lub części powierzonych im prac dalszym podwykonawcom” – ponieważ jest to ich ustawowe prawo, zaś Wykonawca nie może zobowiązać się w umowie z Zamawiającym, że Podwykonawcy (osoby trzecie względem stron tej umowy) nie skorzystają ze swoich ustawowych praw. Obecny zapis jest więc sprzeczny z art. 353(1) Kc. Wykonawca może jedynie zawrzeć w swoich umowach o roboty budowlane zawieranych z podwykonawcami, iż ci mają obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego oraz Wykonawcy na zawarcie z dalszymi podwykonawcami umów o roboty budowlane.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy umowy na następujące:

Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem będą roboty budowlane, będzie zobowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, pod rygorem naliczenia kar umownych, przedłożyć do pisemnej akceptacji Zamawiającego projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub zmiany takiej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany dołączyć zgodę Wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.

Pytanie nr 15

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 11 ust. 6 pkt a):

Zwracamy się o **potwierdzenie**, iż w zapisie tym, stanowiącym o niespełnieniu przez projekt umowy o podwykonawstwo wymagań określonych w SIWZ, chodzi o wymagania SIWZ dotyczące treści umowy o podwykonawstwo robót budowlanych.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że ww. punkcie umowy chodzi o następujące wymagania:

1. Projekt umowy powinien określać w szczególności:
 - 1) **zakres robót powierzanych podwykonawcy,**
 - 2) **termin wykonania robót objętych umową** – termin ten powinien gwarantować realizację zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ,
 - 3) **kwotę wynagrodzenia** - kwota za wykonanie powierzonej części zamówienia nie powinna być wyższa od kwoty wynikającej z oferty wykonawcy za realizację tej części zamówienia,
 - 4) **termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy** – termin zapłaty wynagrodzenia nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy faktury potwierdzającej wykonanie zleconej podwykonawcy roboty z tym, że termin płatności wynagrodzenia powinien być ustalony w taki sposób, aby przypadał wcześniej niż termin zapłaty przez Zamawiającego wynagrodzenia należnego Wykonawcy,
 - 5) **wysokość kar umownych** – wysokość kar umownych nie może przewyższać kar umownych określonych w istotnych postanowieniach umowy stanowiących załącznik do SIWZ.
2. Zamawiający w terminie 7 dni od przedstawienia projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane, zgłosi pisemnie zastrzeżenia, w sytuacji gdy:
 - 1) projekt umowy nie będzie zawierał zapisów, o których mowa wyżej,
 - 2) projekt umowy będzie zawierał postanowienia uzależniające uzyskanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zapłaty za realizację przedmiotu umowy od zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy przez Zamawiającego lub odpowiednio zapłaty przez Wykonawcę za realizację przedmiotu umowy przez podwykonawcę,
 - 3) projekt umowy będzie przewidywał termin realizacji robót budowlanych dłuższych niż przewidywanych umową dla tych robót,
 - 4) projekt umowy będzie przewidywał tworzenie kaucji należytego wykonania umowy (w tym kaucji gwarancyjnej) poprzez zatrzymanie części wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (Zamawiający dopuszcza tworzenie kaucji poprzez potrącenie wzajemnych wierzytelności, na co podwykonawca lub dalszy podwykonawca winien wyrazić zgodę w umowie o podwykonawstwo),
 - 5) projekt umowy nie będzie zawierał zobowiązania podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia.

Pytanie nr 16

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 11 ust. 20:

Zgodnie z tym zapisem, w przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub skierowana kwoty do depozytu sądowego, zamawiający potrąci tę kwotę z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zwracamy się o **zmianę** tego zapisu na następujący:

„W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zamawiający potrąci tę kwotę z wynagrodzenia należnego wykonawcy.”

Obecne brzmienie narusza wprost zapis art. 143 ust. 6 PZP, ponieważ tylko bezpośrednia zapłata dla podwykonawcy dokonana przez Zamawiającego, skutkuje potrąceniem wynagrodzenia wykonawcy – prawo do potrącenia nie służy, jeśli Zamawiający przekazuje sporną kwotę do depozytu sądowego.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy umowy na następujące:

„W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy zamawiający potrąci tę kwotę z wynagrodzenia należnego wykonawcy.”

Pytanie nr 17

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 7 ust. 1 pkt 4):

Zwracamy się o zmianę tego zapisu na następujący:

„Odbiór końcowy po przedstawieniu przez Wykonawcę kompletu dokumentów niezbędnych do wystąpienia przez Zamawiającego z wnioskiem o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie,”

Z uwagi na to, że zobowiązaniem Wykonawcy nie jest uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w imieniu Zamawiającego lub na jego rzecz, odbiór końcowy nie może być uzależniony od faktu złożenia takiego wniosku przez Zamawiającego, czasu jego procedowania oraz działań Zamawiającego w tym zakresie. Tym samym Zamawiający uzależnia uzyskanie wynagrodzenia przez Wykonawcę wyłącznie od działania lub zaniechania samego Zamawiającego, które nie powinno szkodzić Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy umowy na następujące:

„Odbiór końcowy po zakończeniu robót i dostarczeniu Zamawiającemu kompletu dokumentów niezbędnych do wystąpienia przez Zamawiającego z wnioskiem o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.”

Pytanie nr 18

Wzór umowy, Część 1 i 2, § 7 ust. 8:

Zwracamy się o zmianę tego zapisu na następujący:

„Odbiór końcowy zostanie dokonany niezwłocznie po przedstawieniu Zamawiającemu przez Wykonawcę kompletu dokumentów niezbędnych do wystąpienia przez Zamawiającego z wnioskiem o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.”

Z uwagi na to, że zobowiązaniem Wykonawcy nie jest uzyskanie pozwolenia na użytkowanie w imieniu Zamawiającego, odbiór końcowy nie może być uzależniony od faktu złożenia takiego wniosku przez Zamawiającego, czasu jego procedowania oraz działań Zamawiającego w tym zakresie. Tym samym Zamawiający uzależnia uzyskanie ostatniej części wynagrodzenia przez Wykonawcę wyłącznie od działania lub zaniechania samego Zamawiającego, które nie powinno szkodzić Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający skreśla § 7 ust. 8 oraz zmienia zapisy § 7 ust. 7 na następujące:

„Zamawiający wyznaczy i rozpocznie czynności odbioru końcowego w terminie 14 dni roboczych od daty zawiadomienia go o zakończeniu robót i dostarczeniu kompletu dokumentów niezbędnych do wystąpienia przez Zamawiającego z wnioskiem o uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.”

Pytanie nr 19

Par. 6.4 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) - zwracam uwagę iż niedostarczenie kompletu dokumentów do płatności w terminie, skutkować będzie brakiem płatności za dany okres rozliczeniowy, płatność zostanie ujęta w następnym okresie pod warunkiem przedstawienia wymaganych dokumentów. pytanie – *„Wnosimy o zmianę zapisu par. 6.4 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) tak aby w przypadku niedostarczenia dokumentacji rozliczeniowej w terminie, jej brak nie skutkował przesunięciem płatności na kolejny miesiąc a jedynie do momentu jej dostarczenia. Zwracamy uwagę iż jest to działanie nieadekwatne do przewinienia i będzie prowadziło do nieuzasadnionego wzrostu kosztów finansowych zamawiającego.”*

Odpowiedź:

Zamawiający zgadza się na zmianę zapisów.

Pytanie nr 20

Par. 6.4 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) - W przypadku nie przedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty Zamawiający wstrzyma wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane. **pytanie** „*Wnosimy o zmianę zapisu par. 6.4 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) umowy na zgodny z PZP tzn. w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wstrzymuje się wypłatę należnego wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.*”

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy umowy na następujące:

„W przypadku nie przedstawienia przez Wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty Zamawiający wstrzyma wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty”

Pytanie nr 21

Par. 7.2 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) – pytanie – „*Wnosimy o ustalenie czasu na dokonanie odbioru częściowego na 7 dni.*”

Odpowiedź:

Zamawiający zgadza się na zaproponowane zapisy.

Pytanie nr 22

Par. 7.8 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) – odbiór końcowy może zostać dokonany dopiero po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie pomimo iż Wykonawca nie jest zobowiązany do uzyskania w imieniu Zamawiającego takiego pozwolenia. pytanie – „*Z uwagi iż umowa nie zobowiązuje Wykonawcy do uzyskania w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie, odbiór końcowy nie może być uzależniony od uzyskania przez Zamawiającego takiego pozwolenia a tym samym od działań Zamawiającego zmierzających do uzyskania takiego pozwolenia (tempo działania Zamawiającego, prawidłowość procedury uzyskania pozwolenia, etc.). Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę zapisu Par. 7.8 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) tak aby odbiór końcowy odbył się po przedstawieniu przez Wykonawcę kompletu dokumentów niezbędnych do złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie przez Zamawiającego. Jednocześnie wnosimy o ustalenie terminu na dokonanie odbioru końcowego na 14 dni od zgłoszenia.*”

Odpowiedź:

Zamawiający udzielił już odpowiedzi na to pytanie.

Pytanie nr 23

Możliwość odstąpienia przez Wykonawcę w przypadku opóźnień w płatności – brak. pytanie – „*Wnosimy o zmianę umowy poprzez umożliwienie Wykonawcy odstąpienia od umowy w przypadku braku zapłaty przez Zamawiającego w terminie 14 dni po terminie wymagalności danej faktury.*”

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na wprowadzenie ww. zapisów.

Pytanie nr 24

Łączny limit kar – brak. Pytanie – „*Zwracamy uwagę iż kary umowne powinny mieć charakter dyscyplinujący a nie zarobkowy dlatego też Wnosimy o ustalenie łącznego limitu kar umownych na poziomie 10% wynagrodzenia umownego, w szczególności iż Zamawiający ma możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych na zasadach ogólnych.*”

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na wprowadzenie ww. zapisów.

Pytanie nr 25

Kary płacone przez Zamawiającego: brak. Pytanie – „*Wnosimy o wprowadzenie kary umownej płaconej przez Zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości analogicznej do płaconej przez Wykonawcę.*”

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na wprowadzenie ww. zapisów.

Pytanie nr 26

Par. 6.2 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) – pytanie – „*Wnosimy o wyjaśnienie zapisu par. 6.2 „(...) a także oddziaływaniem innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.*”

Odpowiedź:

Zamawiający udzielił już odpowiedzi na to pytanie.

Pytanie nr 27

Par. 6.9 oraz 6.10 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) – pytanie – „*Wnosimy o wykreślenie zapisu Par. 6.9 oraz 6.10 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) z uwagi iż narusza on art. 499 KC.*”

Odpowiedź:

W ocenie Zamawiającego ww. zapisy nie naruszają art. 499 KC. Zapis ten przewiduje tzw. potrącenie umowne, dokonywane w oparciu o odmienne niż przewidziane w KC przesłanki. Przyjmuje się dopuszczalność zawierania takich umów, a wynika to z zasady swobody umów.

Przyjmuje się, że w umownym potrąceniu strony mogą w sposób odmienny niż to przyjęto w komentowanych przepisach ukształtować przesłanki, skutki czy sposób potrącenia (por. wyrok SN z dnia 10 listopada 2000 r., IV CKN 163/00, LEX nr 52500). W szczególności przedmiotem umownej kompensacji mogą być wierzytelności niejednorodne (wyrok SN z dnia 17 grudnia 1998 r., II CKN 849/98, OSNC 1999, nr 7–8, poz. 128), niewymagalne, przyszłe, a także wynikające z zobowiązań naturalnych, a więc niezaskarżalne (wyrok SA w Krakowie z dnia 17 stycznia 2001 r., I ACa 1022/00, TPP 2003, nr 1, s. 121; wyrok SA w Katowicach z dnia 24 marca 2004 r., I ACa 1383/03, LEX nr 193548; L. Stecki (w:) J. Winiarz, *Komentarz*, t. I, 1989, s. 514; J. Lachowski, *Kompensaty umowne wierzytelności przyszłych w prawie cywilnym*, Glosa 2001, nr 2, s. 16 i n.; tenże, *Kompensata...*, s. 41 i n.; Ł. Paszkiewicz, *Netting (saldowanie) jako czynność prawna*, Pr. Bank. 2003, nr 11, s. 67 i n., G. Sikorski (w:) J. Ciszewski, *Komentarz*, 2013, s. 887). Strony mogą także wyłączyć między sobą możliwość umorzenia wzajemnych wierzytelności przez potrącenie (por. wyrok SN z dnia 10 listopada 2000 r., IV CKN 163/00, LEX nr 52500; wyrok SN z dnia 12 marca 2003 r., III CKN 201/00, LEX nr 78854).

Pytanie nr 28

Par. 11.20 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) – pytanie – „*Z uwagi iż zapis Par. 11.20 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) wprost narusza art. 143c ust. 6 który stanowi iż jedynie w przypadku bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zamawiającemu przysługuje prawo do potrącenia kwoty wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego podwykonawcy.*”

Odpowiedź:

Zamawiający udzielił już odpowiedzi na to pytanie.

Pytanie nr 29

Par. 13.3 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2) – zwracam uwagę iż w przypadku m.in. wystąpienia opóźnienia w wydawaniu decyzji, wykopalisk uniemożliwiających wykonanie robót, ujawnienia na placu budowy niewypałów i niewybuchów, wykopalisk archeologicznych nieprzewidzianych w SIWZ, warunków geologicznych lub gruntowo-wodnych ujawnionych na placu budowy uniemożliwiających prowadzenie prac zgodnie z dokumentacją projektową, gdy wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych mających wpływ na termin realizacji zadania, wykonawcy przysługuje jedynie zmiana terminu realizacji bez dodatkowych kosztów. pytanie – „*Wnosimy wprowadzenie możliwości zwrotu Wykonawcy dodatkowych, udokumentowanych i racjonalnych kosztów wynikających z wydłużenia czasu na realizację zamówienia opisanych w Par. 13.3 umowy (załącznik 4.1 oraz 4.2).*”

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na wprowadzenie w. zapisów.

Z up. PREZYDENTA

Mariusz Klimczyk
SEKRETARZ MIASTA