

Gilowice, dnia 04 kwietnia 2023 r.

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji pn.

**Przebudowa dróg na terenie Gminy Gilowice Etap II
w ramach środków Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji
Strategicznych edycja 2**

Na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, Zamawiający udziela wyjaśnień na złożony wniosek dotyczący treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ):

1. Dotyczy § 2 ust. 2 pkt 1 projektu umowy: Wnosimy o wykreślenie oświadczenia. Wykonawca nie jest w stanie w tym momencie złożyć oświadczenia tej treści. Wszelkie dane na temat nieruchomości, na której realizowany będzie przedmiot umowy Wykonawca czerpie z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego i to Zamawiający jest za tę dokumentację odpowiedzialny. Przedmiotowe oświadczenie stanowi próbę przerwania na Wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności za które Wykonawca nie odpowiada, co jest sprzeczne z art. 433 pkt 3 PZP. Wykonawca może jedynie w miarę realizacji przedmiotu umowy zwracać Zamawiającemu uwagę na dostrzeżone nieprawidłowości i nieścisłości.

Wykonawca nie składa przedmiotowego oświadczenia w tym momencie ani również na moment składania oferty. Oświadczenie to Wykonawca na moment zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wtedy – jako przedsiębiorca – powinien zapoznać się z terenem inwestycji. Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.

2. Dotyczy § 5 ust. 2 projektu umowy: Wnosimy o wykreślenie zwrotu „w szczególności” i wprowadzenie zamkniętego katalogu obowiązków, które zobowiązany będzie realizować Wykonawca. Zauważyć należy, że art. 99 PZP zobowiązuje Zamawiającego do jasnego i klarownego opisu przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca celem poprawnej wyceny niniejszego zadania musi znać ogół obowiązków (w tym formalności) jakie na nim spoczywają. Zwracamy uwagę, że szereg czynności wiąże się z dodatkowymi kosztami i czasem, które powinny zostać uwzględnione w cenie ofertowej. Brak rozeznania w tym zakresie doprowadzi do nieporównywalności ofert i tym samym naruszenia zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 PZP.

Wykonawca, jako profesjonalista, powinien samodzielnie – biorąc pod uwagę zakres przedmiotowy umowy i wymagania dotyczące realizacji zamówienia – określić jakie środki będzie musiał podjąć oraz obowiązki wykonać, aby należycie zrealizować zakres

przedmiotu zamówienia. Stąd też, Zamawiający nie miał możliwości inaczej opisać tego zakresu.

3. Dotyczy § 5 ust. 3 projektu umowy: Wnosimy o dokonanie zmiany dokumentu, który Wykonawca ma obowiązek przedstawić Zamawiającemu najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy, gdyż wydaje się, że Zamawiającemu nie chodziło o „wszelkie dodatkowe zezwolenia lub pozwolenia wymagane prawem”, a raczej o dokument określony w ust. 2 pkt 15.

Zamawiający zmienia § 5 ust. 3 projektu umowy, w ten sposób, że skreśla się jego zawartość i zastępuje zapisem o brzmieniu: „Wykonawca najpóźniej w dniu przekazania terenu budowy, o którym mowa w § 6 ust. 1, przedłoży do wglądu Zamawiającego dokument, o którym mowa w ust. 2 pkt 15.”

4. Dotyczy § 5 ust. 4 projektu umowy: Wnosimy o wykreślenie postanowienia, jako sprzecznego z art. 433 pkt 1 PZP, gdyż przewidującego w zasadzie odpowiedzialność Wykonawcy za opóźnienie w wykonaniu obowiązku umownego.

Zamawiający nie dostrzega sprzeczności powołanej przez Wykonawcę regulacji Umowy z art. 433 pkt 1 ustawy pzp, dlatego też regulacja to nie zostanie wykreślona.

5. Dotyczy § 5 ust. 7 projektu umowy: Wnosimy o wyłączenie odpowiedzialności Wykonawcy za infrastrukturę niezainwentaryzowaną, która nie została naniesiona na mapy/rysunki/projekty.

W tym zakresie odpowiedzialność Wykonawcy będzie oceniana na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego, zatem Zamawiający nie może automatycznie wyłączyć całkowicie odpowiedzialności Wykonawcy za infrastrukturę niezainwentaryzowaną, która nie została naniesiona na mapy/rysunki/projekty.

6. Dotyczy § 5 ust. 8 projektu umowy: Wnosimy o wykreślenie słowa „w szczególności” i wprowadzenie zamkniętego katalogu czynności, które będą należeć do obowiązków Wykonawcy w ramach realizacji umowy. Zgodnie z treścią art. 99 PZP, to Zamawiający jest zobowiązany do jasnego i klarownego opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca celem poprawnej wyceny niniejszego zadania musi znać ogół obowiązków (w tym formalności) jakie na nim spoczywają. Zwracamy uwagę, że szereg czynności wiąże się z dodatkowymi kosztami i czasem, które powinny zostać uwzględnione w cenie ofertowej. Brak rozeznania w tym zakresie doprowadzi do nieporównywalności ofert i tym samym naruszenia zasad uczciwej konkurencji o której mowa w art. 16 PZP.

Powołana przez Wykonawcę regulacja Umowy nie dotyczy przedmiotu zamówienia, a wymagań i obowiązków Wykonawcy dotyczących jego realizacji. W treści § 5 ust. 8 Umowy Zamawiający wskazał minimalne standardy realizacji zamówienia, stąd zwrot „w szczególności”, bowiem to Wykonawca – jako profesjonalista – powinien te standardy sobie ustalić.

7. Dotyczy § 5 ust. 8 pkt 4 projektu umowy: Wnosimy o wykreślenia zwrotu „o schludny jej wygląd na zewnątrz”. Obowiązek ten jest ściśle związany z poczuciem estetyki, co jest kryterium ocennym, a tym samym nieobiektywnym.

Estetyka wykonanych robót, jest również elementem prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, stąd też Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zwrotu „o schludny jej wygląd na zewnątrz”.

8. Dotyczy § 5 ust. 9 pkt 5 projektu umowy: Wnosimy o doprecyzowanie postanowienia poprzez dodanie „szkody powstałe z winy Wykonawcy w nieruchomościach i sieciach zinventaryzowanych powstałe...”.

Zamawiający nie widzi potrzeby doprecyzowaniu powołanej przez Wykonawcę regulacji, bowiem w zgodzie z § 22 ust. 1 Umowy, w kwestiach nieuregulowanych stosuje się m.in. przepisy kodeksu cywilnego.

9. Dotyczy § 6 ust. 4 oraz § 6 ust. 5 projektu umowy: Wnosimy o: wykreślenie postanowień, jako nieważnych, gdyż Wykonawca jest uprawniony do zgłaszania roszczeń (w tym roszczeń o zmianę terminu wykonania umowy, czy zwiększenie wynagrodzenia) na każdym etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Stanowisko takie przeważa w orzecznictwie. W wyroku z 29.04.2013 r. (VI ACa 1183/12) Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że brak jest podstaw do przyjęcia, że zakres swobody umów sięga tak daleko, aby można było uznać za dopuszczalne swobodne kreowanie terminów powodujących wygaśnięcie roszczeń, w szczególności tam, gdzie roszczenie podlega ustawowej regulacji instytucji przedawnienia, co w konsekwencji powoduje nieważność takiego postanowienia umownego. Poza tym uznaje się, że oświadczenie będące treścią postanowienia z § 6 ust. 5 projektu umowy w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność za błędy dokumentacji projektowej, co jest wprost sprzeczne z art. 651 k.c. Zamawiający nie może oczekiwać sprawdzenia prawidłowości dokumentacji projektowej od wykonawcy, a taki nakaz wynika z literalnego brzmienia wskazanej klauzuli. Wykonawca ma jedynie obowiązek niezwłocznie zgłaszać dostrzeżone wady dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót budowlanych, co nie powoduje jednak odpowiedzialności wykonawcy za wady tego projektu. Za wady dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego lub na jego rzecz odpowiada Zamawiający, tym samym niniejszy zapis jest zakazaną przesłanką umowną w myśl art. 433 ust.3 PZP.

Zamawiający wskazuje, że dokumentacja projektowa udostępniona przez Zamawiającego opisująca przedmiot umowy jest kompletna, nie zawiera błędów i posiada wszelkie niezbędne dane do prawidłowego i całkowitego wykonania przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę oraz oświadczenia Zamawiającego, że opis przedmiotu zamówienia został opracowany zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy pzp, Wykonawcy jako profesjonalści winni dokonać weryfikacji tegoż opisu, w myśl wyroku Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13. Z kolei, postanowienia dotyczące zakresu i podstaw zmiany umowy, w tym terminu realizacji umowy oraz wynagrodzenia, zostały określone w § 21 Projektu Umowy. Jeżeli, w kontekście powołanego wyżej wyroku Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, wniosek Wykonawcy spowodowany byłby naruszeniem przez niego swoich obowiązków,

Zamawiający nie ma podstaw, w świetle zasady równego traktowania Wykonawców, do zmiany umowy.

10. Dotyczy § 12 ust. 5 zd. 1 projektu umowy: Wnosimy o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy dokumentacja udostępniona przez Zamawiającego opisująca przedmiot umowy jest kompletna, nie zawiera błędów i posiada wszelkie niezbędne dane do prawidłowego i całkowitego wykonania przedmiotu zamówienia? Czy opis przedmiotu zamówienia został opracowany zgodnie z art. 99 ust.1 PZP?

Zamawiający potwierdza, że dokumentacja projektowa udostępniona przez Zamawiającego opisująca przedmiot umowy jest kompletna, nie zawiera błędów i posiada wszelkie niezbędne dane do prawidłowego i całkowitego wykonania przedmiotu zamówienia

11. Dotyczy § 12 ust. 5 zd. 2 projektu umowy: Wykonawca podnosi, iż wyceny dokonuje na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego z uwzględnieniem art. 99 PZP, a co za tym idzie Wykonawca jest władny wycenić wyłącznie koszty i ryzyka wprost wynikające z dokumentacji. Wnosimy o:

- usunięcie fragmentu od słowa „Uwzględnia ono również wszystkie warunki miejscowe, pogodowe i inne okoliczności mające wpływ na wysokość wynagrodzenia, w szczególności...” - fragment ten dodatkowo próbuje przerzucić na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności od niego niezależne,
- usunięcie fragmentu od słowa „jak również koszty usług i robót nie ujętych w dokumentacji technicznej, a których wykonanie jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia”.

W § 21 Projektu Umowy Zamawiający zawarł klauzule zmian umowy, które dopuszczają modyfikację zakresu i warunków realizacji zamówienia w przypadku wystąpienia okoliczności, na które Wykonawca się powołuje, a które nie dało się obiektywnie przewidzieć.

12. Dotyczy § 13 ust. 5 projektu umowy: Wnosimy o modyfikację, iż Zamawiający może wstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Zamawiający wskazuje, iż zapisy § 10 ust. 16 i n. Projektu Umowy doprecyzowują kwestię, o których mowa w § 13 ust. 3 Projektu Umowy, dlatego też regulacje te należy czytać łącznie.

13. Dotyczy § 14 ust. 4 lit. „a” projektu umowy: Wnosimy o doprecyzowanie, że uprawnienie do odmowy odbioru nie przysługuje, jeśli wada jest nieistotna. Gdyby inwestor miał prawo odmówić odbioru w przypadku istnienia jakiegokolwiek wady, odbiory przeciągałyby się w czasie, a nierzadko nigdy nie dochodziłyby do skutku (wyr. SA w Gdańsku, V ACa 332/13). Przyjęcie, że odmowę odbioru uzasadnia każde odstępstwo od stanu idealnego byłoby więc sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane i naruszałoby równowagę między stronami pozostawiając wykonawcę w niepewności co do uzyskania wynagrodzenia (wyr. SA w Szczecinie, I ACa 138/16).

Dokonanie odbioru robót „bez uwag”, jest warunkiem koniecznym dla wypłaty Zamawiającego środków tytułem dofinansowania, przez podmiot zewnętrzny. Dlatego też, Zamawiający nie przewiduje usunięcia zwrotu „bez uwag”, bowiem mogłoby to doprowadzić do utraty dofinansowania zamówienia.

14. Dotyczy § 15 ust. 6 projektu umowy: Wnosimy o wykreślenie zwrotu „jak i wszelkie inne wady fizyczne, w nich powstałe z przyczyn, za które producent lub inny gwarant ponosi odpowiedzialność”. W wyroku z dnia 30.11.1999 r. wydanego w sprawie o sygn. akt I CKN 821/99, Sąd Najwyższy stwierdził, że wada rzeczy uzasadniająca gwarancję, o jakiej mowa w art. 577 § 1 k.c., dotyczy tylko cech użytkowych rzeczy, a nie także jej wartości /handlowej/ czy też estetyki, jak to ma miejsce przy rękojmi. Polega ona między innymi na takiej cesze (lub braku cech), która zmniejsza użyteczność rzeczy ze względu na cel wynikający ze zwyczajnego jej przeznaczenia. Podobnie natomiast, jak w wypadku rękojmi, chodzi tu o wadę powstałą z przyczyn tkwiących w rzeczy w momencie jej wydania (art. 578 k.c.).

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie zwrotu „jak i wszelkie inne wady fizyczne, w nich powstałe z przyczyn, za które producent lub inny gwarant ponosi odpowiedzialność”, bowiem w świetle art. 578 kodeksu cywilnego, obowiązki gwarancyjne można swobodnie rozszerzać przez strony.

15. Dotyczy § 15 ust. 9 projektu umowy: Wnosimy o modyfikację postanowienia poprzez:
- dodanie zwrotu, że likwidacja zgłoszonej wady lub usterki nastąpi w terminie określonym z uwzględnieniem zakresu robót do wykonania, technicznych możliwości Wykonawcy oraz technologii usunięcia wad.
 - usunięcie zwrotu „bez dodatkowego uprzedzenia”, a wprowadzenie „po dodatkowym wezwaniu Wykonawcy do usunięcia wady lub usterki”.

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikacje zaproponowane przez Wykonawcę, bowiem jak najszybsze usunięcie usterek w drodze publicznej, jest kluczowe z punktu widzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego.

16. Dotyczy § 18 ust. 1 pkt 1 i 2 projektu umowy: Wnosimy o obniżenie kary do 0,01 % wynagrodzenia umownego. Przewidziana kara jest wygórowana w stosunku do wagi naruszenia. Zastosowanie kar umownych i ustalenie ich wysokości winno mieć charakter prewencyjny, a nie uciążliwy i mogący skutkować ponoszeniem rażących strat. Wskazana przez Zamawiającego wysokość kary jest niewspółmierna do poziomu zawinienia Wykonawcy, czym narusza art. 16 pkt 3 PZP.

Zamawiający nie wyraża zgody na obniżenie kary umownej, bowiem terminowość wykonania zamówienia ma istotne znaczenie, dla uzyskania przez Zamawiającego dofinansowania od podmiotu zewnętrznego.

17. Dotyczy § 18 ust. 1 pkt 3 projektu umowy: Wnosimy o wykreślenie kary. Przerwanie wykonywania robót na okres 10 dni nie musi oznaczać, że Wykonawca nie wykona robót w terminie określonym w harmonogramie. Bardzo wysoka kara za działanie Wykonawcy, które nie musi stanowić naruszenia niniejszej umowy. Ewentualnie wnosimy o wydłużenie terminu do 21 dni.

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie wskazanej przez Wykonawcę kary.

18. Dotyczy § 18 ust. 1 pkt 10 projektu umowy: Wnosimy o obniżenie kary do 0,1 %. Kara w obecnej wysokości jest rażąco zawyżona w stosunku do wagi naruszenia. Na marginesie zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie kara w wysokości 1 % uznawana jest za rażąco wygórowaną.

Zamawiający nie wyraża zgody na obniżenie wskazanej przez Wykonawcę kary umownej, zważywszy, iż dotyczy ona problematyki solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy.

19. Dotyczy § 18 ust. 1 pkt 15 projektu umowy: Wnosimy o wykreślenie postanowienia, z uwagi na jego zbieżność z postanowieniem § 18 ust. 1 pkt 12, co skutkuje w zasadzie możliwością karania Wykonawcy dwa razy za to samo naruszenie postanowień umowy. Jeśli zdaniem Zamawiającego kary nie są tożsame, wnosimy o wyjaśnienie różnicy.

Zamawiający nie dostrzega zbieżności w powołanych przez Wykonawcę regulacjach, bowiem dotyczą one dwóch różnych kwestii.

20. Dotyczy § 18 ust. 2 projektu umowy: Wnosimy o obniżenie limitu kar do 20% wynagrodzenia umownego. Zwracam uwagę, że ustalenie przez Zamawiającego kar na niewygórowanym poziomie leży również w interesie Zamawiającego, aby uniknąć otrzymania od wykonawców zawyżonych ofert uwzględniających ryzyko ewentualnych wysokich kar umownych. Łączny limit kar na poziomie 50 % uznać należy za rażąco wygórowany.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmniejszenie limitu kar umownych.

21. Dotyczy § 19 ust. 1 pkt 1 projektu umowy: Wnosimy o doprecyzowanie, że chodzi o sytuację, kiedy Wykonawca ze swojej winy nie przystąpił do odbioru.

Zamawiający nie widzi potrzeby doprecyzowania przedmiotowego zapisu, zgodnie z wnioskiem Wykonawcy.

22. Dotyczy § 19 ust. 1 pkt 2 projektu umowy: Wnosimy o:
- wykreślenie postanowienia, gdyż przerwanie wykonywania robót na okres 15 dni nie musi oznaczać, że Wykonawca nie wykona robót w terminie określonym w harmonogramie.
 - ewentualnie o wydłużenie wskazanego terminu do 21 dni.

Zamawiający nie wyraża zgody zaproponowane przez Wykonawcę modyfikacje zapisów Umowy.

23. Dotyczy § 19 ust. 1 pkt 5 projektu umowy: Wnosimy o:
- wykreślenie postanowienia z uwagi na jego zbytnią ogólnikowość i wręcz nieograniczoną możliwość odstąpienia od umowy na jego podstawie.



- ewentualnie o doprecyzowanie postanowienia poprzez wprowadzenie konkretnych przesłanek pozwalających na odstąpienie zamawiającego od umowy.
- ewentualnie o wprowadzenie uprzedniego obowiązku wezwania Wykonawcy do realizowania robót zgodnie z umową i wyznaczenie mu w tym celu dodatkowego terminu – zanim Zamawiający od umowy odstąpi.

W ocenie Zamawiającego regulacja § 19 ust. 1 pkt 5 Umowy jest na tyle precyzyjna, że nie wymaga modyfikacji.

W związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający dokonał modyfikacji dotyczącej § 5 ust. 3 wzoru umowy

Powyższe zmiany nie mają wpływu na zmianę terminu składania ofert.

Z poważaniem

WOJT

Krzysztof Okrzesik