

Nasz znak: GKM.271.2.2014

Data: 17.06.2014r.

**Dotyczy: Przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Ułożenie nakładki asfaltowej w ciągu ul. Kościelnej w m. Przęsocin”.**

W dniu 13.06.2014r. od jednego z oferentów wpłynęły zapytania dotyczące przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Ułożenie nakładki asfaltowej w ciągu ul. Kościelnej w m. Przęsocin”

**Zestaw nr 3 :**

**Pytanie nr 1 :**

**Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 2 ust.1**

Zgodnie z jego brzmieniem:

1. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zadania będącego przedmiotem umowy w terminie 40 dni od dnia podpisania umowy.

Prosimy Zamawiającego o zmianę powyższej jednostki redakcyjnej poprzez określenie iż Wykonawca będzie miał zobowiązany wykonać powierzone mu zadanie w terminie 40 dni od daty przekazaniu mu placu budowy przez Zamawiającego. Zasadność przedmiotowej zmiany jest oczywista – wykonawca musi mieć bowiem oczywista możliwość odpowiedniej i organizacji zaplecza budowy i robót celem dotrzymania terminu umownego – odpowiednie działania w tym przedmiocie możliwe są natomiast dopiero po przekazaniu mu placu budowy. Termin ostateczny tego przekazania nie został określony. Niezależnie zatem jakie będzie opóźnienie Zamawiającego w przekazaniu terenu wykonawca w każdym wypadku i pod rygorem naliczenia mu kar umownych zobowiązany będzie do wykonania umowy w terminie liczonym od daty podpisania umowy – co nie może być uznane za zasadne.

**Odpowiedź nr 1:**

Zamawiający informuje, że § 2 ust.1 wzoru umowy o roboty budowlane stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ otrzymuje brzmienie:

*„Wykonawca zobowiązuje się do wykonania zadania będącego przedmiotem umowy w terminie 40 dni od dnia przekazania placu budowy”.*

**Pytanie nr 2 :**

**Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 2 ust.3**

Zgodnie z jego brzmieniem:

1.Za dzień zakończenia wykonania zadania przyjmuje się dzień podpisania przez strony umowy protokołu końcowego wykonanych robót.

Zgodnie z jego brzmieniem:

Prosimy Zamawiającego o usunięcie ust. 3 z treści przedmiotowej jednostki redakcyjnej jako całkowicie nie do pogodzenia z celem i istotą projektowanego stosunku prawnego

a ponadto godzące w zasadę równowagi stron przedmiotowego stosunku. Wykonawca dokłada wszelkich starań aby przedmiotowy obiekt został wykonany w terminie i zgodnie z obowiązującą w tym zakresie dokumentacją projektową. Brzmienie kwestionowanego zapisu wskazuje natomiast, iż pomimo wykonania przedmiotu umowy w terminie, Zamawiający nie ma obowiązku przystąpić do odbioru w dacie zgłoszenia, co oznacza, iż faktycznie data odbioru będzie musiała być późniejsza od rzeczywistej daty wykonania obiektu i jego zgłoszenia. Pomimo zatem wykonania obiektu w terminie Zamawiającemu przysługiwać będzie kara umowna za okres od daty w której przewidziany był termin zakończenia obiektu do daty podpisania protokołu odbioru. Powyższe rozwiązanie nie może być uznane za prawidłowe.

**Odpowiedź nr 2:**

Zamawiający informuje, że § 2 ust.3 wzoru umowy o roboty budowlane stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ otrzymuje brzmienie:

*„Za dzień zakończenia wykonania zadania przyjmuje się dzień wskazany jako data zakończenia robót objętych umową wskazany w protokole odbioru końcowego.”*

**Pytanie nr 3 :**

**Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 5 ust.2**

Zgodnie z jego brzmieniem:

Wyrażenie zgody na zatrudnienie podwykonawcy stanowi dyskrecjonalną decyzję zamawiającego i nie wymaga uzasadnienia.

Prosimy Zamawiającego o usunięcie przedmiotowej jednostki redakcyjnej jako godzącej całkowicie zasadę równowagi stron oraz naruszającej zasadę konkurencyjności. Wprowadzony zapis nie posiada bowiem żadnego uzasadnienia w interesie Zamawiającego oraz celu i istocie norm prawa zamówień publicznych powołanych do ochrony interesu publicznego. Przyznanie Zamawiającemu niczym nieskrępowanego prawa do odmowy zgody na „podwykonawcę mianowanego” odbiega na niekorzyść od obowiązującej praktyki umów na roboty budowlane zawierane w ramach zamówień publicznych. Ustawodawca wprost w ustawie prawo zamówień publicznych określił powody dla których Zamawiający może odmówić zgody na podwykonawcę – są one również wymienione w dalszych ustępach projektowanej umowy. Przewidziane ustawowe ograniczenia mają na celu ochronę interesów Podwykonawców – tak samo jak zapisy art. 647<sup>1</sup> k.c. Kwestionowany zapis nie jest zgodny z ich celem i istotą lecz ogranicza Wykonawcy możliwość wyboru podwykonawcy według własnego uznania i to pomimo, iż to on odpowiada za działania i zaniechania podwykonawcy jak za działania lub zaniechania własne. W toku realizowania umowy i bez odpowiednich ku temu przyczyn może utrudnieniami Wykonawcy w realizowaniu umowy na skutek uznaniowej decyzji Zamawiającego polegającej na uznaniu lub braku uznania określonego podmiotu jako podwykonawcy i to bez konieczności uzasadnienia rozstrzygnięcia w tej kwestii. Naruszenie przedmiotowym zapisem zasady równowagi stron jest w ocenie Zapytującego wręcz rażące.

**Odpowiedź nr 3:**

*Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną przez oferenta zmianę treści umowy.*

**Pytanie nr 4 :**

**Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 6 ust. 2**

Zgodnie z jego brzmieniem:

2. Wysokość wynagrodzenia wykonawcy za ewentualne roboty dodatkowe zostanie ustalona na podstawie szczegółowego kosztorysu zaakceptowanego przez zamawiającego, sporządzonego na podstawie składników cenowych przyjętych w kosztorysie ofertowym, zgodnie z postanowieniem ustawy PZP. Akceptacja zamawiającego wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Prosimy Zamawiającego o stosowną zmianę przedmiotowej jednostki redakcyjnej jako godząca w postanowienia ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalenie wynagrodzenia za ewentualne roboty dodatkowe lub uzupełniające, następuje bowiem zawsze tylko i wyłącznie na podstawie negocjacji stron i ich swobodnego uznania. Powyższe zastrzeżenie dot. ograniczenia wysokości cen do wysokości cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego ww. swobodę dość istotnie godzi, ograniczając prawo Wykonawcy do sformułowania oferty na wykonanie prac dodatkowych lub zamiennych, zgodnie z aktualnym trendem cen na rynku. Wykonawca podkreśla w związku z powyższym, iż brak jest tak w ustawie prawo zamówień publicznych jak i w orzecznictwie stosownych uregulowań wskazujących na ww. możliwość ograniczania zasad przyszłego ustalenia wartości zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego. Wyraźne w tej kwestii jest natomiast stanowisko wskazujące na wadliwość ww. określenia i jego sprzeczność z powszechnie obowiązującym prawem.

#### **Odpowiedź nr 4:**

*Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną przez oferenta zmianę treści umowy.*

#### **Pytanie nr 5 :**

**Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 11 ust. 1 i 4**

Zgodnie z jego brzmieniem:

1. Wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne:

- a) za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia,
- b) za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych i ujawnionych w trakcie odbioru lub w okresie rękojmi i gwarancji w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1 za każdy dzień opóźnienia
- c) z tytułu odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania z przyczyn niezależnych od zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 3 ust 1.

(...)

4. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych w przypadkach, w których strony umowy nie przewidziały odpowiedzialności w formie kar umownych, jak również w przypadku, gdy wysokość poniesionej przez Zamawiającego szkody będzie wyższa niż wysokość zastrzeżonych kar umownych.

Prosimy Zamawiającego o :

- odpowiednią zmianę wyżej wskazanej jednostki redakcyjnej poprzez przyjęcie jako podstawy do naliczenia kary umownej okoliczności, za którą Wykonawca ponosi winę, tj. „zwłoki” Wykonawcy w miejsce „opóźnienia”. Dotychczasowe sformułowanie skutkuje bowiem obciążeniem Wykonawcę, karami umownymi w sytuacji w której nieterminowe zobowiązania umowne jest skutkiem okoliczności za które nie ponosi on winy .

- odpowiednią modyfikację brzmienia ust. 4 ww. jednostki redakcyjnej poprzez przyznanie prawa do odszkodowania również Wykonawcy. Aktualne brzmienie nie można bowiem uznać za w pełni czytelne i mogło by sugerować wyłącznie możliwości domagania się takiego odszkodowania przez Wykonawcę w sytuacji gdy poniesie on szkody z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – co niestety nie może być uznane za zgodne z celem i istotą projektowanego stosunku prawnego oraz zasada równowagi jego stron- z tych samych powodów prostymi o odpowiednią modyfikację ust. 2 § 12 umowy.

#### **Odpowiedź nr 5:**

*Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną przez oferenta zmianę treści umowy.*

#### **Pytanie nr 6 :**

#### **Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 12 ust. 1 i 2**

Zgodnie z jego brzmieniem:

1. Umowa może zostać rozwiązana w trybie natychmiastowym, w przypadku nie wywiązywania się lub nienależytego wywiązywania się przez wykonawcę z jej warunków.
2. Oprócz przypadków określonych w Kodeksie cywilnym zamawiający może odstąpić od umowy, w razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W takim przypadku odstąpienie od umowy powinno nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W przypadku odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania wykonawca może żądać wynagrodzenia jedynie za część umowy wykonaną do dnia ustania obowiązywania umowy. Wszelkie inne roszczenia wykonawcy zostają wyłączone.

Prosimy Zamawiającego o

- usunięcia z ust. 2 powyższej jednostki redakcyjnej sformułowania zgodnie z którym „Wszelkie inne roszczenia Wykonawcy zostają wyłączone” Aktualne brzmienie powyższej jednostki redakcyjnej skutkuje wzruszenie zasady równości stron i przyznaje Zamawiającemu niczym nie uzasadnioną przewagę względem Wykonawcy. Brzmienie ust. 2 i ww. ust. 4 § 11 umowy nie znajduje w związku powyższym żadnego poparcia w interesie publicznym, do którego ochrony Zamawiający jest zobowiązany. Wyklucza ponadto możliwość dochodzenia przez Wykonawcę od Zamawiającego odszkodowania w sytuacji szkody Wykonawcy powstałej z winy Zamawiającego.
- usunięcie punkt 1 powyższej jednostki redakcyjnej jako pozostającej w całkowitej sprzeczności z zasadą równości stron a ponadto z przepisami prawa zamówień publicznych. Zarówno Kodeks Cywilny jak i ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazują okoliczności w których Zamawiający bądź Wykonawca mogą odstąpić od Umowy. Przyznanie Zamawiającemu jednostronnego prawa do rozwiązania umowy zgodnie z brzmieniem pkt. 9.1. nie ma w związku z tym żadnego uzasadnienia prawnego i z uwagi na terminowy charakter przedmiotowej umowy jest wykluczony. Faktycznie z uwagi na sposób sformułowania przedmiotowej jednostki redakcyjnej przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do jednostronnego rozwiązania umowy w każdej sytuacji gdy Zamawiający uzna że wykonawca nie wywiązał się lub wywiązał się nienależycie jest uprawnieniem zbyt daleko idącym i nie znajduje uzasadnienia w interesie publicznym do którego ochrony powołany jest Zamawiający. Wymaga przez to wskazania, iż z uwagi na określenia kar umownych oraz możliwość dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania a także

konieczność doręczenia przez Wykonawcę stosownego zabezpieczenia Zmawiający w sposób odpowiedni zabezpieczył swoje interesy w przypadku nie wywiązywania się lub nienależytego wywiązywania się z Wykonawcy z warunków planowanej umowy.

**Odpowiedź nr 6:**

*Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną przez oferenta zmianę treści umowy.*

**Pytanie nr 7 :**

**Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 12 ust. 4**

Zgodnie z jego brzmieniem:

4. Zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, będzie możliwa tylko na warunkach i w zakresie przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jeżeli zmiany te są dla Zamawiającego korzystne lub wynikły z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy w szczególności w przypadkach wymienionych poniżej:

a) Termin realizacji przedmiotu umowy:

- termin realizacji przedmiotu umowy może ulec przesunięciu o czas występowania przeszkód, które mieszczą się w zakresie pojęciowym „siły wyższej”.

Prosimy Zamawiającego o zmianę ww. jednostki redakcyjnej ( a związku z tym i treści SIWZ) i dostosowanie jej brzmienia do okoliczności często występujących w toku realizacji inwestycji, niezależnych od Wykonawcy a przemawiających za koniecznością wydłużenia terminu końcowego w przypadku:

- wystąpienia niekorzystnych warunków meteorologicznych lub geotechnicznych, których nie można było przewidzieć przy podpisywaniu umowy uniemożliwiających wykonywanie prac zgodnie z umową i sztuką budowlaną,
- wystąpienia nadzwyczajnych zjawisk przyrodniczych lub klęski żywiołowej mających wpływ na terminowe wykonanie umowy przez Wykonawcę,
- wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych bądź uzupełniających,
- innych niezależnych od stron i niedających się przewidzieć okoliczności wpływających na terminowe wykonanie przedmiotu umowy.
- konieczność usunięcia niewybuchów lub niewypałów lub prowadzenia badań archeologicznych.

**Odpowiedź nr 7:**

*Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną przez oferenta zmianę treści umowy.*

Z-ca BURMISTRZA  
mgr Jakub PISAŃSKI

