

Nowa Sól, dnia 15.10.2024 r.

Odpowiedź na zapytanie

dotyczy: wykonania zadania pn.: „Remont drogi powiatowej nr 1041F na odcinku Czciradz – Solniki”. Zadanie dofinansowane z Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych

Zamawiający, Powiat Nowosolski w odpowiedzi na wniesione zapytania informuje co następuje:

1. § 1 ust. 4 Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: Wnosimy o wykreślenie wskazanego zapisu jako naruszającego art. 99 pzp w zw. z art. 433 pkt 3 pzp w zw. z 58 § 1 KC . Wskazujemy, że klarowny opis przedmiotu zamówienia jest wyłącznym obowiązkiem zamawiającego, a przerzucanie na wykonawcę nieprzewidzianych ryzyk, w tym wykonania robót nie wynikających z dokumentacji postępowania, stoi w sprzeczności ze wskazanymi przepisami prawa. Zgodnie z orzecnictwem KIO (wyr. KIO z 15.02.2018 r., KIO 173/18) nie można akceptować przerzucanie nadmiernego ryzyka na wykonawcę zamówień publicznych, a zwłaszcza Wykonawcy nie może obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 99 ustawy Pzp.

Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

2. § 9 ust. 2 Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: Wykonawca wskazuje, iż nie ma sposobności skalkulowania kosztów uszkodzeń uzbrojenia, o istnieniu którego nie ma pojęcia, albowiem nie zna rodzaju sieci (czy będzie to sieć elektroenergetyczna, gaz niskiego, średniego, wysokiego ciśnienia, woda, teletechnika) ani ich ilości pozostających w kolizji z prowadzonymi robotami zasadniczymi. Nałożenie odpowiedzialności za wszelkie instalacje na Wykonawcę jest niezgodnie z przepisem art. 99 PZP i uniemożliwia prawidłową wycenę oferty i może skutkować nieporównywalnością propozycji poszczególnych wykonawców. Wnosimy o ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy jedynie do sieci zinwentaryzowanych.

Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

3. § 9 ust. 6 Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: W jakim terminie Zamawiający zakończy czynności odbioru końcowego licząc od dnia przystąpienia do odbioru? Odbiór końcowy robót należy - obok zapłaty wynagrodzenia - do podstawowych obowiązków umownych Zamawiającego. Ponadto, termin ma dla wykonawcy znaczenie kluczowe, ponieważ zależy od niego możliwość wystawienia faktury końcowej; od tego terminu rozpoczynają bieg terminy gwarancji i rękojmi; termin ten ma też znaczenie w kontekście treści gwarancji (bankowej lub ubezpieczeniowej) na zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Stąd też termin, w którym powinno dojść do zakończenia procedury odbiorowej, powinien zostać uregulowany w umowie.

Odp. Zamawiający zakończy czynności odbioru końcowego w ciągu 14 dni kalendarzowych od dnia przystąpienia do odbioru, poprzez sporządzenie z czynności odbioru

końcowego – protokołu odbioru końcowego albo protokołu z czynności odbioru końcowego z zastrzeżeniami, zawierającego wszystkie ustalenia dokonane w toku odbioru, o których mowa w par. 12 ust. 10 „Projektu Umowy”. Protokół, o którym mowa w zdaniu poprzednim, zostanie podpisany przez Strony oraz inspektora nadzoru inwestorskiego.

4. § 10 ust. 10 pkt 2) Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: Wnosimy o zmianę wskazanego zapisu i nadanie mu brzmienia: „10. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady to zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia to:

- jeżeli umożliwiają one użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, zamawiający może odebrać przedmiot odbioru i obniżyć odpowiednio wynagrodzenie Wykonawcy o wartość wadliwie wykonanej części umowy, na co wykonawca wyraża zgodę,

- jeżeli uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu umowy zgodnie z przeznaczeniem, zamawiający może odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi na koszt wykonawcy,

2) jeżeli wady nadają się do usunięcia to zamawiający:

- w przypadku stwierdzenia wad istotnych, może odmówić odbioru do czasu ich usunięcia; w przypadku odmowy odbioru, zamawiający określa w protokole powód nie odebrania robót i termin usunięcia wad lub

- w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych, Zamawiający dokona odbioru i wyznaczy termin usunięcia wad;” Zwracamy uwagę, że nie istnienie ustawowa podstawa uprawnienia zamawiającego do odmowy dokonania odbioru i zatrzymania części wynagrodzenia wykonawcy w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia. Wykonawca przypomina w tym kontekście, że – w myśl ustawy oraz orzecznictwa – dokonanie odbioru i zapłata wynagrodzenia są podstawowymi obowiązkami zamawiającego, od których nie można się uchylać nawet w przypadku stwierdzenia wad przedmiotu umowy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 października 2017 roku ws. I ACa 321/17, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 06 września 2016 roku ws. V ACa 935/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 31 sierpnia 2016 roku ws. I ACa 282/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 maja 2016 roku ws. I ACa 1094/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 stycznia 2016 roku ws. I ACa 253/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 stycznia 2014 roku ws. I ACa 1447/13, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18 października 2012 roku ws. I ACa 1046/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 24 lutego 2012 roku ws. V ACa 198/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 kwietnia 2011 roku ws. VI ACa 1200/10, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 17 grudnia 2009 roku ws. I ACa 874/09, a także wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 roku ws. V CSK 99/07). Zgodnie z również z orzeczeniem SN II CSK 476/12 z 07.03.2013 r. oraz orzeczeniem SA w Katowicach z dnia 29.04.2009 r. sygn. akt V ACa 88/09 gdzie wskazano: Ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c., a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c. Mając to na względzie zapis umowny pozostają w sprzeczności z przepisami powszechnie obowiązującymi i stanowiskiem sądów powszechnych. Wykonawca wskazuje, że odmowa dokonania odbioru przedmiotu umowy przez zamawiającego z powodu wad nieistotnych jak również uchylanie się od dokonania zapłaty i odbioru z ww. przyczyn jest postępowaniem nieuprawnionym, nie podlegającym usankcjonowaniu za pomocą umowy oraz narażającym zamawiającego m.in. na ryzyko jednostronnego odbioru przez wykonawcę.

Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

5. § 10 ust. 10 pkt 2) Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: Wnosimy o potwierdzenie, że w przypadku zaistnienia wad nieistotnych, umożliwiających użytkowanie Przedmiotu Umowy, Zamawiający odbierze Przedmiot Umowy i podpisze protokół odbioru końcowego/częściowego, wyznaczając odpowiedni termin na usunięcie wad.

Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

6. § 10 ust. 10 pkt 2) Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że określony przez Zamawiającego termin na usunięcie wad będzie terminem technicznie / technologicznie uzasadnionym, uwzględniającym również panujące warunki atmosferyczne.

Odp. Zamawiający informuje, iż w § 10 ust. 10 brak jest pkt 2)

7. § 15 ust. 1 lit. a-j) Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: Prosimy o obniżenie wysokości kar umownych co najmniej o połowę. Wskazane wartości kar nadmiernie sankcjonuje Wykonawcę wykraczając poza funkcję odszkodowawczo-prewencyjną. Tak wysokie ryzyko jak również wielość podstaw do naliczenia kar umownych będzie musiało zostać skalkulowane w oferowanej cenie, co spowoduje, iż Zamawiający nie będzie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty. Wskazujemy, że zgodnie z orzecznictwem i stanowiskiem Sądu Najwyższego kara umowna wprowadzona do umowy w ramach swobody kontraktowania ma na celu zapewnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w ramach zawartej umowy, a także służy realnemu wykonaniu zobowiązań (por. Wyrok SN z 08.08.2008 r., V CSK 85/08, LEX nr 457785). Sąd Najwyższy zaznacza, że „w sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną (Wyrok SN z 20.05.1980 r., I CR 229/80, LEX nr 2534), także wtedy kara umowna może zostać uznana za rażąco wygórowaną, gdy „w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna” (Wyrok SA w Katowicach z 17.12.2008 r., V ACa 483/08, LEX nr 491137). Kara umowna ma na celu zdyscyplinowanie wykonawcy, jednakże określenie jej przez Zamawiającego na rażąco wysokim poziomie prowadzi do naruszenia zasady współżycia społecznego i powoduje nadmierną nierówność stron. Kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13). Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15 oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).

Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

8. § 15 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: Wnosimy o wykreślenie zapisu: „W przypadku uchybienia przez wykonawcę temu terminowi, zamawiający ma prawo potrącić kwotę wynikającą z noty obciążeniowej z wynagrodzenia wykonawcy, na co wykonawca wyraża zgodę.” Zamawiający nie domagać się dowolnego zaspokajania swoich roszczeń w tym również z wynagrodzenia wykonawcy. Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z prawem w myśl art. 449 ust. 2 ustawy Pzp to zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ustawodawca nie określił, jakich konkretnie roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy może dochodzić uprawniony z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie określił także ich zakresu. Oznacza to, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy zabezpiecza wszelkiego rodzaju roszczenia służące uprawnionemu w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania przez zobowiązanego, w tym także roszczenia z tytułu kar umownych. Ustawodawca nie bez przyczyny określił też wprost w art. 449 limity zabezpieczenia, z którego ma prawo zaspokoić swoje roszczenia zamawiający. W treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2012 roku, sygn. akt 1529/12; 1535/12; 1546/12, Izba stwierdziła, że: „Skoro ustawodawca z jednej strony przewidział pokrywanie roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z drugiej wprowadził ustawowe ograniczenie takiego zabezpieczenia, to w ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że ustawodawca zezwolił na podwyższanie zabezpieczenia ponad limit ustawowy w każdym przypadku, gdy zamawiający pokrył część zabezpieczenia swoją szkodę. Sprzeciwia się takiemu rozumieniu jednoznaczna treść art. 150 ust. 2 ustawy, a także cel ustanowienia zabezpieczenia. Należy bowiem zauważyć, że zabezpieczenie ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, ustawodawca nie wskazał, że roszczenia te mają być niesporne, wymagalne czy stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym. Tym samym zamawiający ma prawo potrącenia roszczeń z zabezpieczenia nawet, gdy jest ono sporne. Skoro tak, to zakładając racjonalność ustawodawcy, w ustawie w art. 150 ust. 2 ustawy został określony limit pokrywania z zabezpieczenia roszczeń zamawiającego”. Zamawiający zatem wprowadzając kwestionowany zapis z § 15 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy w rzeczywistości dąży w sposób pośredni do podwyższenia limitów ustawowych i pokrycia swoich roszczeń również z wynagrodzenia wykonawcy, co jest wbrew celowi określonymu w art. 449 ustawy Pzp.

Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

9. § 17 ust. 3 Załącznika nr 3 do SWZ – Wzoru Umowy: W związku z realizacją zadania przez okres 6 miesięcy, wnosimy o ustalenie systemu waloryzacji zgodnie z art. 439 pzp. Brak waloryzacji, będzie stanowił naruszenie Ustawy prawo zamówień publicznych, a tym samym zapisów § 7 ust. 4 Załącznika nr 1 do uchwały Rady Ministrów z dnia 01.07.2021 r., w oparciu o którą został udzielone dofinansowanie dla niniejszej inwestycji, a który to nakazuje organizować postępowanie w przedmiocie wyłonienia wykonawcy, w zgodzie z ww. Ustawą. Jednocześnie podnosimy, że waloryzowanie kontraktu, pozostaje w zgodzie ze wskazaną już Uchwałą, albowiem, mając na względzie par. 1 ust. 3 Uchwały, Zamawiający jest obowiązany zabezpieczyć środki w zakresie kwoty przekraczającej kwotę określoną we wniosku o dofinansowanie. Jednocześnie wskazujemy, że w dniu 26 października 2022 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej ogłoszona została ustawa z dnia 7 października 2022 r. o zmianie niektórych ustaw w celu uproszczenia procedur administracyjnych dla obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. z 2022 r., poz. 2185) na mocy której objęto obowiązkiem wprowadzania klauzul waloryzacyjnych (art. 439 ustawy Pzp) umowy zawierane na okres dłuższy niż 6 miesięcy. Ciężarem wzrostu cen materiałów i kosztów a w konsekwencji kosztów wykonania zamówienia, strony umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny się podzielić. Wnosimy o zamieszczenie w wzorze umowy klauzuli waloryzacyjnej zgodnie ze znowelizowanymi przepisami.

Odp. Planowany termin wykonania zamówienia określony przez Zamawiającego wynosi do 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Termin realizacji zamówienia został określony jako jedno z kryteriów oceny ofert i Wykonawca sam decyduje w jakim terminie będzie w stanie zrealizować zadanie. Terminy te zostały określone w SWZ – rozdział 15 i nie przekraczają okresu 6 miesięcy. W związku z powyższym zapisy dotyczące waloryzacji nie obowiązują.

Z up. STAROSTY
Tomasz Lipiński
WICESTAROSTA