

2023/ 0040 /NZ/WK

Tychy, 20 stycznia 2023 r.

Sprawa nadrzędna:

ZAINTERESOWANI UDZIAŁEM W PRZETARGU

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego na zadanie p.n.:

Przebudowa osiedlowej sieci ciepłowniczej wraz z przyłączami do budynków przy ul. Jaracza w Tychach oraz budowa 7 szt. indywidualnych węzłów ciepłych. Likwidacja grupowego węzła SWC „O1” w Tychach.

Przedmiot zamówienia realizowany w ramach zadania inwestycyjnego pn.:
Modernizacja systemu ciepłowniczego miasta Tychy w latach 2018-2023

Działając na podstawie art. 135 ust. 2 i ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) informujemy o wpływie zapytań dotyczących ww. przetargu, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi jak niżej:

Treść zapytania 1:

(...) zwracamy się z uprzejmą prośbą o uwzględnienie poniższych propozycji zmian do umowy:

1. Wykonawca zwraca się wnioskiem o dodanie pkt. 4 w § 3 o treści:

„Uzyskanie zgody właścicieli nieruchomości na przebieg modernizowanej bądź nowo wykonywanej sieci ciepłowniczej oraz posadowienie indywidualnych węzłów ciepłych obciąża Zamawiającego.”

1. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 2.) 11) w § 4 w następujący sposób: „ponoszenia kosztów związanych z zajęciem nieruchomości oraz pasa drogowego oraz kosztów związanych z obsługą geodezyjną, z wyjątkiem wynagrodzeń dla właścicieli nieruchomości za wyrażenie zgody lub ustanowienie służebności przebiegu modernizowanej lub wykonywanej na podstawie nin. umowy sieci ciepłowniczej.

3. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 2.) 15) w § 4 w następujący sposób: „poniesienia kosztów związanych z wypłatą odszkodowań za szkody, które powstaną w związku z nieprawidłowym wykonywaniem Przedmiotu umowy,”

4. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 6 w § 4 w następujący sposób: „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wypadki i szkody powstałe w związku z nieprawidłowym oznakowaniem terenu budowy oraz spowodowane nieprawidłowym wykonaniem i wykonywaniem Przedmiotu umowy.”

5. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 11 w § 4 w następujący sposób: „Jeżeli w czasie realizacji Przedmiotu umowy zostaną ujawnione kolizje budowanej sieci ciepłowniczej z instalacjami: wodociągowymi, kanalizacyjnymi, gazowymi, elektroenergetycznymi, telekomunikacyjnymi podziemnymi, nadziemnymi, lub innymi obiektami budowlanymi umieszczonymi pod ziemią, wówczas Wykonawca zobowiązuje się przy współpracy z Zamawiającym do ustalenia sposobu i czasu ich likwidacji. Ujawnione kolizje zobowiązany jest usunąć Wykonawca w ramach wykonywania Robót. W przypadku gdy ww. instalacje nie były ujawnione na aktualnych mapach terenu, usunięcie kolizji będzie traktowane jako wykonanie robót dodatkowych.

6. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 13. 2) w § 4 w następujący sposób: „Wykonawca oświadcza, że sprawdził oraz zweryfikował przekazaną lub udostępnioną mu dokumentację projektową. Wykonawca stwierdza, że dokumenty te są kompletne, poprawne i wystarczające do wykonania Przedmiotu umowy, a także, że nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń. W przypadku wykrycia wad lub braków dokumentacji projektowej po zawarciu Umowy, Wykonawca zobowiązuje się do poinformowania Zamawiającego o tym fakcie, nie później niż w terminie 5 dni od ich wykrycia. Usunięcie takich wad będzie obciążało Zamawiającego.”

7. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 6.1) w § 10 w następujący sposób: „termin zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy nie może być dłuższy

niż 25 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy faktury lub rachunku, wystawionych na podstawie podpisanego przez obie strony protokołu odbioru, potwierdzającego prawidłowe wykonanie Umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane lub Umowy o podwykonawstwo,”

8. Wykonawca zwraca się modyfikację zapisu w pkt. 16 w § 13 w następujący sposób: „Jeżeli w przypadku podejrzenia zaistnienia wad niezbędne jest dokonanie standardowych prób, badań, odkryć lub ekspertyz, Zamawiający ma prawo polecić Wykonawcy dokonanie tych czynności na jego koszt. W przypadku, jeżeli te czynności przesądzą, że wady w robotach nie wystąpiły lub nie wystąpiły z winy Wykonawcy, Zamawiający zwróci Wykonawcy poniesione z tego tytułu koszty.”

9. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 4 w § 15 w następujący sposób: „W wynagrodzeniu ustalonym w oparciu o cenę ofertową określoną w ust. 1 mieszczą się wszystkie koszty jakie musi ponieść Wykonawca w celu wykonania Przedmiotu umowy, w tym w szczególności (wyliczenie przykładowe): koszty opinii, zatwierdzeń, nadzorów branżowych, ewentualnych decyzji i postanowień administracyjnych, koszty robót przygotowawczych, porządkowych, oznakowania, organizacji ruchu, zajęcia pasa drogowego, przygotowania ewentualnych tras dojazdów do miejsca robót, zagospodarowania placu robót, utrzymania i likwidacji zaplecza robót, opłaty za transport odpadów i ich składowanie, koszty związane z użyciem materiałów pochodzących z robót ziemnych, itp. Wynagrodzenie Wykonawcy nie obejmuje wynagrodzeń dla właścicieli nieruchomości za wyrażenie zgody lub ustanowienie służebności przebiegu modernizowanej lub wykonywanej na podstawie nin. umowy sieci ciepłowniczej.”

10. Wykonawca zwraca się modyfikację zapisu w pkt. 7 w § 15 w następujący sposób: „Jeżeli jednak na skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, a wykonanie zamówienia groziłoby Wykonawcy rażąca strata, w odniesieniu do realizowanej umowy, strony Umowy mogą podwyższyć ryczałt lub rozwiązać Umowę.”

11. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 8 § 16 w następujący sposób: „Jeżeli część Robót, zgodnie z protokołem odbioru końcowego została wykonana przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę na podstawie zaakceptowanej przez Zamawiającego Umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane lub Wykonawca zawarł Umowę o podwykonawstwo, Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty należności Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcę z zachowaniem terminów płatności określonych w tych umowach, przed złożeniem faktury Zamawiającemu, z zastrzeżeniem, iż termin płatności nie może być dłuższy niż 25 dni. Wynagrodzenie Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, należne od Wykonawcy, będzie wymagalne tylko w przypadku, gdy ich faktura VAT, zostanie wystawiona po wykonaniu czynności sprawdzenia i odbioru Robót na podstawie protokołu odbioru podpisanego przez strony.”

12. Wykonawca zwraca się wnioskiem o usunięcie zapisu pkt. 10 w § 16 w całości.

13. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 2. 2) w § 18 w następujący sposób: „na węzły ciepłownicze wraz ze wszystkimi zabudowanymi urządzeniami, w wymiarze udzielonym przez ich producenta”

14. Wykonawca zwraca się wnioskiem o usunięcie następującego zapisu w pkt. 3. w § 18: „Strony rozszerzają okres rękojmi na czas udzielonej gwarancji.”

15. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 2.2)-2.4) w § 19 w następujący sposób: „za niewykonanie Przedmiotu umowy w terminie określonym zgodnie § 2 ust. 1 pkt 2 – w wysokości 0,01% wartości brutto Przedmiotu umowy, za każdy dzień zwłoki liczony od dnia następnego po dniu, w którym termin powinien być dotrzymany; za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w czasie odbioru końcowego, lub ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,01% wartości brutto Przedmiotu umowy, za każdy dzień zwłoki liczony od dnia następnego po dniu wyznaczonym na usunięcie wad; za zwłokę w usunięciu wad w terminie dodatkowym - wysokość kary umownej zostanie podwyższona do 0,02% wartości brutto Przedmiotu umowy, za każdy dzień zwłoki liczony od dnia następnego po dniu wyznaczonym na usunięcie wad;”

16. Wykonawca zwraca się wnioskiem o usunięcie zapisu pkt. 2.9) w § 19 w całości.

17. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 3. w § 19 w następujący sposób: „Maksymalny limit kar umownych, jakie mogą być nałożone na Wykonawcę, a odnoszące się do wykonania Przedmiotu umowy od momentu zawarcia niniejszej Umowy do chwili odebrania protokołem odbioru końcowego Robót, wynosi 15% wynagrodzenia brutto określonego w § 15 ust. 1 Umowy. W przypadku gdy suma wszystkich kar umownych naliczonych Wykonawcy przekroczy ww. wartość, kary umowne nie będą naliczane.”

18. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 4. w § 19 w następujący sposób:
„Kary dotyczące zwłoki w usunięciu wad w okresie rękojmi i gwarancji będą naliczane do wysokości 10% wartości zausterkowanych Robót objętych reklamacją, ale nie więcej niż do wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 15 ust. 1. Za wartość Robót objętych reklamacją uznaje się kwotę brutto niezbędną do ich wykonania, ustaloną w oparciu o szczegółowy kosztorys ofertowy Wykonawcy.”

19. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 13 w § 19 w następujący sposób:
„Wykonawca nie może dokonać cesji wierzytelności należnych mu z tytułu Umowy na rzecz osób trzecich bez pisemnej zgody Zamawiającego. Zamawiający wyraża zgodę na dokonanie przez Wykonawcę takiej cesji na rzecz finansującego go Banku.”
(...)

Treść odpowiedzi na zapytanie 1:

Ad. 1)

Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie w § 3 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) ust. 4 w zaproponowanym przez Wykonawcę brzmieniu.

Ad. 2)

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia zawartego w § 4 ust. 2 pkt 11 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę, gdyż instytucję służebności przesyłu regulują przepisy art. 305¹–305⁴ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.; dalej: „k.c.”) i poprzez odpowiednie stosowanie przepisy dotyczące służebności gruntowych. Służebność przesyłu określa zasady i zakres, w jakim przedsiębiorca przesyłowy może korzystać z cudzej nieruchomości, na której znajdują się (lub mają się znajdować) jego urządzenia przesyłowe. Dotyczy to wszystkich elementów urządzeń przesyłowych, w tym w szczególności: konstrukcji i instalacji tworzących linie do doprowadzania i odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz innych urządzeń o podobnym przeznaczeniu. Uprawnionym do służebności przesyłu może być zatem wyłącznie przedsiębiorca, którego przedmiotem działalności jest aktywność związana z wykorzystaniem urządzeń przesyłowych, tym samym nie jest konieczna modyfikacja przywołanego postanowienia umownego.

Ad. 3)

Zamawiający nie widzi potrzeby doprecyzowania postanowienia § 4 ust. 2 pkt 15 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) poprzez dodanie wyrazu „nieprawidłowym”, bowiem przesłankami odpowiedzialności kontraktowej z art. 471 k.c. są: poniesienie szkody, niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz adekwatny związek przyczynowy między nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zobowiązania a szkodą. Mając powyższe na względzie, nie jest możliwe obciążenie Wykonawcy za wyrządzenie szkody w związku z prawidłowym wykonywaniem umowy.

Ad. 4)

Zamawiający nie widzi potrzeby doprecyzowania postanowienia § 4 ust. 6 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy).

Ad. 5)

Zamawiający nie wyraża zgody na rozszerzenie postanowienia w § 4 ust. 11 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę, bowiem zgodnie z § 9 ust. 4 umowy istotą robót dodatkowych jest konieczność łącznego spełnienia nw. przesłanek:

- 1) roboty dodatkowe winny być bezpośrednio związane z przedmiotem Umowy, wykraczających poza zakres nią określony,
- 2) Zamawiający przy dołożeniu należytej staranności nie mógł ich przewidzieć.
- 3) zostały spełnione wymogi wynikające z art. 455 ust. 1 pkt 4 lub ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.; dalej: „P.z.p.”).

Tym samym Zamawiający nie może *a priori* przewidywać, którego rodzaju roboty zostaną uznane za dodatkowe. Nadto podkreślić należy, iż w odniesieniu do każdego stanu faktycznego mogą zaistnieć inne okoliczności, w tym także możliwość wystąpienia jednocześnie robót zamiennych i zaniechanych. Stosownie do § 9 ust. 6 umowy o zatwierdzeniu robót dodatkowych każdorazowo będzie decydował Inspektor Nadzoru na podstawie uprzednio sporządzonego i podpisanego przez Wykonawcę protokołu konieczności.

Ad. 6)

Zamawiający nie widzi potrzeby doprecyzowania postanowienia § 4 ust. 13 pkt 2 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) poprzez dodanie zdania, zgodnie z którym usunięcie wad w dokumentacji projektowej będzie obciążało Zamawiającego. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót budowlanych, a nie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.), czyli formułę, w ramach której, jeden podmiot (Wykonawca) wykonuje zarówno prace projektowe, jak i budowlane w jednym zadaniu na podstawie jednego zamówienia. Stronami zawartej umowy na wykonanie dokumentacji projektowej są: projektant i Zamawiający, tym samym ewentualne usuwanie wad przedmiotowej dokumentacji projektowej będzie odbywać się na zasadach określonych w umowie zawartej pomiędzy ww. stronami. Nie jest zatem możliwe obciążanie Wykonawcy kosztami usuwania wad dokumentacji projektowej w sytuacji, gdy to na Zamawiającym spoczywał obowiązek prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i sporządzenia właściwej dokumentacji projektowej.

Ad. 7)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia § 10 ust. 6 pkt 1 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy), ponieważ brzmienie ów postanowienia umownego wynika z dyspozycji art. 464 ust. 2 P.z.p., która normuje jedynie długość terminu zapłaty, ale już nie określa zdarzenia rodzącego podstawę wystawienia faktury i ma na celu niemożność zawierania w umowach o podwykonawstwo zamówienia na roboty budowlane postanowień kształtujących prawa i obowiązki podwykonawcy w zakresie postanowień dotyczących warunków wypłaty wynagrodzenia w sposób dla Podwykonawcy mniej korzystny niż prawa i obowiązki Wykonawcy, ukształtowane postanowieniami umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą. Nieuregulowanie przez ustawodawcę podstawy wystawienia faktury w umowie o podwykonawstwo uznać należy za zasadne, gdyż ilość możliwych do zaistnienia stanów faktycznych spowodowałaby konieczność wprowadzania bardzo rozbudowanej i kazuistycznej regulacji.

Jednocześnie Zamawiający pragnie podkreślić, iż nie widzi przeszkód prawnych, aby zagadnienia dotyczące podstawy wystawienia faktury przez Podwykonawcę (dalszego Podwykonawcę) zostały określone, w zależności od danego stanu faktycznego, przez strony umowy o podwykonawstwo, czyli odpowiednio przez Wykonawcę z Podwykonawcą lub Podwykonawcę z dalszym Podwykonawcą.

Ad. 8)

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia zawartego w § 13 ust. 16 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę, bowiem trudne i wręcz niemożliwe (z uwagi na ilość możliwych do zaistnienia stanów faktycznych) byłoby sprecyzowanie definicji „standardowych” prób, badań, odkryć lub ekspertyz. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż Wykonawca będzie obciążony kosztami z tytułu dokonania prób, badań, ekspertyz lub odkryć tylko w sytuacji, gdy te potwierdzą wadliwość robót z winy Wykonawcy.

Ad. 9)

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia zawartego w § 15 ust. 4 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę.

Ad. 10)

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia § 15 ust. 7 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę, gdyż tego rodzaju zmiana byłaby niezgodna z istotą przyjętego przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, ale przede wszystkim sprzeczna z przepisami P.z.p.

W pierwszej kolejności należy podnieść, iż cechą odróżniającą wynagrodzenie ryczałtowe od wynagrodzenia kosztorysowego jest to, iż co do zasady jego wysokość nie podlega zmianie. Tym

samym, w przypadku, gdy strony umowy o roboty budowlane umówiły się na wynagrodzenie ryczałtowe, Wykonawca nie może żądać od Zamawiającego jego podwyższenia, nawet jeśli w dniu zawarcia umowy niemożliwe było precyzyjne ustalenie rozmiaru prac czy kosztów prac. Przepisy k.c. (art. 632) przewidują jeden wyjątek od niezmienności wysokości wynagrodzenia ryczałtowego w sytuacji, gdy wykonanie umowy groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą. Zastosowanie wówczas znajdzie klauzula *rebus sic stantibus*. Oznacza to, że jeżeli pojawią się okoliczności powodujące istotną zmianę stosunków i nie było realnej możliwości przewidzenia tej zmiany, w konsekwencji czego wykonanie umowy w zmienionych warunkach przy utrzymaniu ustalonego uprzednio ryczałtu groziłoby Wykonawcy rażącą stratą, w takim przypadku może on żądać na drodze sądowej podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy, a nie jak proponuje w zapytaniu do SWZ Wykonawca w drodze ustaleń pomiędzy stronami.

Tego rodzaju negocjacje pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą byłyby niezgodne z zasadą niezmienności umowy wynikającą z dyspozycji art. 455 P.z.p., zgodnie z którą zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego musi zostać przewidziana w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, tj. w sposób zapewniający, że wszyscy potencjalni oferenci rozumieją te postanowienia i będą interpretowali oczekiwania Zamawiającego w taki sam sposób. W praktyce nazywa się je klauzulami przeglądowymi (adaptacyjnymi) z uwagi na to, że są to klauzule stwarzające możliwość przystosowania (adaptacji) treści stosunku prawnego do warunków zmieniających się w trakcie trwania umowy.

W odniesieniu do podwyższenia wynagrodzenia umownego Wykonawcy, dopuszczalne jest dokonywanie zmian, ale wyłącznie na podstawie i w zgodzie z treścią art. 455 ust. 1 pkt 1 lub 4 lub ust. 2 P.z.p. (w tym na podstawie § 20 ust. 1 pkt 2 umowy), a także w oparciu o klauzulę waloryzacyjną zawartą w § 21 umowy, a wprowadzoną na mocy art. 439 P.z.p.

Zaproponowana przez Wykonawcę zmiana nie wypełnia powyższych dyspozycji ustawowych, a w szczególności w kontekście jednakowych dla wszystkich potencjalnie ubiegających się o zamówienie podmiotów, jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych.

Ad. 11)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia § 16 ust. 8 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy).

Ad. 12)

Zamawiający nie zgadza się na usunięcie postanowienia zawartego w § 16 ust. 10 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy), bowiem nie może wyrazić aprobaty na ponoszenie odpowiedzialności za opóźnienie lub zwłokę w spełnieniu świadczenia polegającego na terminowej płatności wynagrodzenia w sytuacji, gdy Wykonawca nie wywiązuje się z umowy i nie przedstawia oznaczonych w umowie dowodów zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom. Powyższe jest zgodne z dyspozycją art. 437 ust. 1 pkt 4 P.z.p., zgodnie z którym umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, zawiera postanowienia dotyczące zasad zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom.

Ad. 13)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia § 18 ust. 2 pkt 2 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w zakresie minimalnego okresu gwarancji na węzły cieplne wraz ze wszystkimi zabudowanymi urządzeniami.

Ad. 14)

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie postanowienia zawartego w § 18 ust. 3 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy). Ustawa P.z.p. nie określa zasad szczególnych dotyczących gwarancji lub rękojmi i nie precyzuje okresu, na jaki można ich żądać. W takim przypadku na mocy 8 ust. 1 P.z.p. należy stosować przepisy k.c., a zgodnie z art. 558 k.c. przedłużenie terminów ustawowych rękojmi jest uprawnieniem stron umowy, wynikającym z zasady swobody umów. Zatem Zamawiający może dowolnie określić okres rękojmi, byleby treść modyfikacji lub jej cel nie sprzeciwiały się właściwości stosunku ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.). Terminy obowiązywania rękojmi określone w k.c. mogą zostać zatem wydłużone za zgodną wolą stron. W takim przypadku wiążący będzie termin określony w umowie. Powyższe stanowisko potwierdza

Aręciel

orzecznictwo, m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 5 sierpnia 2005 r., II CK 28/2005, w którym sąd uznał, że strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć, co oznacza również, że przewidziany w art. 568 k.c. termin wygaśnięcia uprawnień z tytułu rękojmi może zostać przedłużony umową stron. Powyższe oznacza więc, iż strony mogą się umówić co do innego, dłuższego okresu, po którym wygasną uprawnienia z tytułu rękojmi.

Ad. 15)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmniejszenie wysokości kar umownych określonych w § 19 ust. 2 pkt 2-4 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż ustalone w przywołanych postanowieniach umownych kary umowne nie są rażąco wygórowane, a ich rolą jest nie tylko funkcja odszkodowawcza, ale także funkcja prewencyjno-represyjna, mająca na celu motywację Wykonawcy do wykonania świadczenia zgodnie z ustalonymi w umowie warunkami jakościowymi i w oznaczonym w umowie terminie.

Jednocześnie należy podkreślić, iż na mocy art. 484 § 2 k.c. Wykonawca zawsze może skorzystać z tzw. instytucji miarkowania kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara jest rażąco wygórowana, przy czym obie te przesłanki są równorzędne. Nadto przywołany przepis jest bezwzględnie wiążący, co oznacza, iż strony nie mogą wyłączyć w umowie możliwości sądowego zmniejszenia kary umownej.

Ad. 16)

Zamawiający nie zgadza się na usunięcie postanowienia zawartego w § 19 ust. 2 pkt 9 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy), gdyż tego rodzaju zmiana byłaby niezgodna z przepisem art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a P.z.p., który w umowie o roboty budowlane nakazuje Zamawiającemu zawarcie postanowienia dotyczącego wysokości kar umownych z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom.

Ad. 17)

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia § 19 ust. 3 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) poprzez zmniejszenie do 15% maksymalnego limitu kar umownych, jakie mogą być nałożone na Wykonawcę, co uzasadnia funkcja prewencyjna kar umownych.

Ad. 18)

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia § 19 ust. 4 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy).

Ad. 19)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia zawartego w § 19 ust. 13 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę, niemniej jednak nie wyklucza z góry możliwości wyrażenia zgody na dokonanie cesji na rzecz finansującego Wykonawcę banku – każdy przypadek będzie jednak rozpatrywany indywidualnie.

Treść zapytania nr 2:

(...) zwracamy się z uprzejmą prośbą o uwzględnienie poniższych propozycji zmian do umowy:

1. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 3 § 21 w następujący sposób: „Strony ustalają okres waloryzacyjny związany z możliwością zmiany wynagrodzenia wynoszący 3 (trzy) kolejne miesiące, przy czym za dzień rozpoczęcia pierwszego okresu waloryzacyjnego przyjmuje się: (...)”

2. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 6 § 21 w następujący sposób: „Jako podstawę do określenia wysokości zmiany wynagrodzenia Strony przyjmują w szczególności: - zmianę cen materiałów preizolowanych oraz węzłów ciepłowniczych i innych urządzeń użytych do wykonania nin. Umowy, - wartości wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do kwartału poprzedniego, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w formie komunikatów na podstawie przepisów ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy

o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw (dalej jako: „Wskaźnik”) prezentującego poziom zmiany cen w kwartale, którego dotyczy Wskaźnik w stosunku do kwartału poprzedniego, - zmiany stawek podatku od towarów i usług, - zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - w przypadku zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych. Strony są zgodne co do tego, że ww. wskaźniki i inne okoliczności określają w sposób adekwatny zmiany rynkowej wysokości kosztów materiałów i kosztów realizacji Robót, które są objęte Umową. Tym samym, sposób określania wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia będzie dokonywany wyłącznie poprzez ich zastosowanie na zasadach określonych poniżej.”

3. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 7 § 21 w następujący sposób: „Przy ustalaniu zmiany wysokości wynagrodzenia należy brać pod uwagę sumę zmian cen, podatków, ubezpieczeń oraz wskaźników opublikowanych w okresie waloryzacyjnym do dnia złożenia Wniosku.

„4. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 10 § 21 w następujący sposób: „Zmiana wynagrodzenia jest możliwa tylko wówczas, gdy zmiany cen, podatków, ubezpieczeń oraz i wskaźników wyniosą odpowiednio $ZW > 1,02$ (wzrost cen o więcej niż 2% (dwa procent) w danym okresie waloryzacyjnym) lub $ZW < 0,98$ (spadek cen o więcej niż 2% (dwa procent) w danym okresie waloryzacyjnym). Wskazane w zdaniu poprzednim wartości procentowe odpowiednio wzrostu lub spadku cen.

5. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 13 § 21 w następujący sposób: „Kolejna zmiana wysokości wynagrodzenia będzie dopuszczalna, jeżeli w następnym okresie waloryzacyjnym nastąpiła zmiana cen, podatków, ubezpieczeń oraz wskaźników zgodnie z metodologią wskazaną w ust. 10.”

6. Wykonawca zwraca się wnioskiem o usunięcie zapisu w pkt. 3. 6) w § 22 w całości.

7. Wykonawca zwraca się wnioskiem o usunięcie zapisu w pkt. 3. 7) w § 22 w całości.

8. Wykonawca zwraca się wnioskiem o modyfikację zapisu w pkt. 4. w § 22 w następujący sposób: „Jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem realizacji Przedmiotu umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał go ukończyć w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, Zamawiający może po wyznaczeniu terminu dodatkowego odstąpić od Umowy w trybie natychmiastowym jeszcze przed upływem terminu jej wykonania.”

(...)

Treść odpowiedzi na zapytanie 2:

Ad. 1)

Zamawiający nie wyraża zgody na skrócenie okresu waloryzacyjnego przewidzianego w § 21 ust. 3 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, iż okres waloryzacyjny obejmujący 6 kolejnych miesięcy jest zgodny z intencją ustawodawcy zawartą w 439 ust. 1 P.z.p.

Ad. 2)

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowienia zawartego w § 21 ust. 6 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy) w brzmieniu zaproponowanym przez Wykonawcę:

- w części dotyczącej kwartalnego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej w stosunku do kwartału poprzedniego, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego – zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1

- w części dotyczącej zmiany stawek podatku VAT oraz zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2207), zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie

z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 z późn. zm.) – Zamawiający przewidział możliwość dokonywania odpowiednich zmian w umowie w § 20 ust. 1 pkt 2 lit. b-c.

Ad. 3)

Zamawiający, zgodnie z udzielonymi powyżej odpowiedziami (w szczególności odpowiedzią na pytanie 2) nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia zawartego w § 21 ust. 7 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy).

Ad. 4)

Zamawiający, zgodnie z udzielonymi powyżej odpowiedziami (w szczególności odpowiedzią na pytanie 2) nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia zawartego w § 21 ust. 10 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy).

Ad. 5)

Zamawiający, zgodnie z udzielonymi powyżej odpowiedziami (w szczególności odpowiedzią na pytanie 2) nie wyraża zgody na modyfikację postanowienia zawartego w § 21 ust. 13 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy).

Ad. 6)

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie postanowienia zawartego w § 22 ust. 3 pkt 6 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy), którego celem jest ochrona interesów ewentualnych Podwykonawców i realizacji obowiązków wynikających w szczególności z przepisów art. 437 ust. 1 pkt 1-3, art. 463, art. 464-465 P.z.p.

Ad. 7)

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie postanowienia zawartego w § 22 ust. 3 pkt 7 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy), co jest zgodne z dyspozycją art. 465 ust. 7 P.z.p., który stanowi samodzielną podstawą odstąpienia od umowy bez konieczności powoływania takiej podstawy w umowie.

Ad. 8)

Zamawiający nie zgadza się na modyfikację postanowienia § 22 ust. 4 załącznika nr 4 do SWZ (Istotne postanowienia umowy), które odzwierciedla kodeksowe uprawnienie do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym zawarte w art. 635 w związku z art. 656 § 1 k.c. i umożliwia Zamawiającemu reakcję na wcześniejszym etapie – w sytuacji gdy Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem umowy na tyle, że nie jest prawdopodobne, że zdoła je ukończyć w terminie umówionym. Jednocześnie Zamawiający pragnie podkreślić, iż na mocy § 22 ust. 8 wprowadził postanowienie umowne, uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od umowy jedynie w zakresie niewykonanej części umowy, ze skutkiem *ex nunc*, co oznacza, że Zamawiający może zatrzymać wykonaną część umowy, ale za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia, tj. Wykonawcy będzie przysługiwało uprawnienie do żądania zapłaty części wynagrodzenia odpowiadającej zakresowi należycie zrealizowanej części przedmiotu umowy do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu.

Wszystkie zapisy SWZ oraz załączniki do SWZ pozostają bez zmian.

Z poważaniem,

Wiceprezes Zarządu
Dyrektor Techniczny

Jan Suchy

Prezes Zarządu
Dyrektor Naczelny

Andrzej Stawroński

Kopia: NZ, a/a