

Wrocław, dnia 15 maja 2020 r.

Zamawiający:
Fundacja dla Ostrowa Tumskiego we Wrocławiu

Dotyczy ogłoszenia o zamówieniu:
Przebudowa i remont budynków Muzeum Archidiecezjalnego we Wrocławiu

Numer referencyjny:
PZP.01.04.2020

Odpowiedzi na pytania wykonawców – część V

Pytanie nr 176:

Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie, że oświadczenie zawarte w treści § 1 ust. 3 wzoru umowy, dotyczy stanu istniejącego w dacie podpisywania umowy, natomiast nie wyłącza odpowiedzialności Zamawiającego za wady lub niekompletność dokumentacji przetargowej, opisującej przedmiot zamówienia. Wykonawca może złożyć oświadczenie, iż zapoznał się z warunkami zawartymi w SIWZ, ale oświadczenie może dotyczyć tylko tych informacji, które Wykonawca mógł obiektywnie pozyskać w toku wizji lokalnej i na podstawie dokumentacji dostarczonej przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego. Nie wyłącza to jednak prawa Wykonawcy do zgłaszania uwag do przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej, przyjętych w niej rozwiązań technicznych i organizacyjnych, oraz braku możliwości prowadzenia na terenie budowy robót stanowiących przedmiot niniejszej umowy. Objęcie zakresem przedmiotu umowy o zamówienie publiczne robót nieprzewidzianych w dokumentacji, a zatem niemożliwych do wyceny na etapie oferowania, byłoby sprzeczne z art. 140 ust. 3 Pzp w związku z art. 58 § 1 KC, jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Prace nieprzewidziane w dokumentacji przetargowej nie stanowią bowiem przedmiotu zamówienia objętego ceną oferty.

Odpowiedź:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane opisane w dokumentacji przetargowej. Wykonawca zobowiązany jest wykonać wszystkie opisane dokumentacją projektową oraz STWiORB roboty budowlane, niezbędne do realizacji przedmiotu umowy - patrz § 1 punkt 4 i 5 projektu umowy.

Pytanie nr 177:

Zgodnie z treścią ust. 4 - 5 § 1 wzoru umowy, Wykonawca zobowiązuje się wykonać wszystkie opisane dokumentacją projektową oraz STWiORB roboty budowlane, niezbędne do realizacji przedmiotu umowy, a także wykonać roboty budowlane, które nie zostały wyszczególnione w przedmiarze robót, a są konieczne do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z projektem budowlanym. Prosimy zatem Zamawiającego o potwierdzenie, że oświadczenie dotyczy wykonania tylko tych robót które są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają?. Powyższe potwierdza wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 marca 2014 r., o sygnaturze V ACa 846/13 „Ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych wyklucza możliwość domagania się zapłaty za prace dodatkowe jedynie wtedy, gdy te prace są naturalną konsekwencją procesu budowlanego i w naturalny sposób z niego wynikają. Co więcej, dotyczą takich sytuacji, które wykonawca robót dysponujący dokumentacją techniczną powinien przewidzieć jako konieczne do wykonania mimo, że dokumentacja ich nie przewiduje. Wynika to z zawodowego charakteru

wykonywanych przez wykonawcę robót budowlanych czynności i przypisanego do nich określonego poziomu wiedzy i doświadczenia zawodowego. Jednakże nie jest usprawiedliwione oczekiwanie całkowitego wyłączenia możliwości domagania się wynagrodzenia za prace dodatkowe, zwłaszcza gdy dokumentacja techniczna, która jest podstawą kalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę, zawiera błędy uniemożliwiające realizowanie zadania dla osiągnięcia założonego efektu końcowego(....) ”.

Odpowiedź:

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane opisane w dokumentacji przetargowej. Wykonawca zobowiązany jest wykonać wszystkie opisane dokumentacją projektową oraz STWiORB roboty budowlane, niezbędne do realizacji przedmiotu umowy (patrz § 1 punkt 4 i 5 projektu umowy).

Pytanie nr 178:

Prosimy o odpowiedź czy Zamawiający dopuszcza zmianę kolejności wykonywania robót budowlanych oraz kolejność zamawiania przez Wykonawcę urządzeń i dostaw na teren budowy ze względu na wystąpienie okoliczności niezależne od Wykonawcy czy Zamawiającego np. atmosferyczne, technologiczne czy wystąpienie zdarzeń noszących znamiona siły wyższej które uniemożliwią prowadzenie prac lub dostaw w kolejności wynikającej z harmonogramu rzeczowo-finansowego?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawił wykonawcom dużo swobody w zakresie kolejności wykonywania robót budowlanych oraz kolejności zamawiania urządzeń i dostaw na teren budowy – wykonawca ma w tym zakresie wolną rękę pod warunkiem zmieszczenia się w terminach określonych w harmonogramie robót. Czynniki atmosferyczne, technologiczne lub siła wyższa mogą być podstawą do zmiany umowy w przypadkach określonych w §12 projektu umowy oraz art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pytanie nr 179:

Prosimy o potwierdzenie, że odpowiedzialność Wykonawcy za szkody powstałe na przejętym terenie budowy, odpowiada swym zakresem odpowiedzialności, o której mowa w art. 652 k.c. Jeżeli natomiast zamiarem Zamawiającego byłoby umowne rozszerzenie tej odpowiedzialności, to prosimy o wskazanie przesłanek przemawiających za odstępstwem od zasad ogólnych.

Odpowiedź:

Odpowiedzialność Wykonawcy za szkody powstałe na przejętym terenie budowy, odpowiada swym zakresem odpowiedzialności, o której mowa w art. 652 k.c.

Pytanie nr 180:

Prosimy o potwierdzenie, że zobowiązanie Wykonawcy do pokrycia Zamawiającemu wszelkich strat lub szkód, o którym mowa w § 4 ust. 3 pkt. e) wzoru umowy dotyczy wyłącznie kosztów uzasadnionych, udokumentowanych oraz wynikłych tylko z tych roszczeń, które zostały prawomocnie uznane za zasadne. Wykonawca nie może bowiem ponosić finansowej odpowiedzialności za występowanie przez Zamawiającego z roszczeniami wobec Wykonawcy, jeżeli nie były one zasadne. Oszacowanie ryzyka poniesienia takich kosztów jest trudne i może wpłynąć na wzrost oferowanych przez Wykonawców wynagrodzeń za realizację zamówienia publicznego.

Odpowiedź:

Zobowiązanie o którym mowa w § 4 ust. 3 pkt. e) wzoru umowy dotyczy kosztów uzasadnionych, udokumentowanych oraz wynikłych z roszczeń, które zostały uznane za zasadne przez wykonawcę lub prawomocnie przez sąd.

Pytanie nr 181:

Prosimy o potwierdzenie, że wynagrodzenie o którym mowa w § 5 ust. 1 wzoru umowy pozostaje stałe w zakresie robót ujętych w dokumentacji przetargowej, natomiast nie obejmuje robót tam nie przewidzianych, a ponadto, iż obowiązek uwzględnienia w wynagrodzeniu wszelkich kosztów i okoliczności związanych z realizacji przedmiotu umowy dotyczy wyłącznie kosztów możliwych do oszacowania na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji, nie obejmuje zaś kosztów niemożliwych do przewidzenia na etapie oferowania, w szczególności wynikających z błędów/braków w dokumentacji, odmiennych od wskazanych w dokumentacji warunków (np. gruntowych, wodnych, archeologicznych, ujawnienia się niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych instalacji podziemnych itp.), oraz że w przypadku konieczności wykonania robót wynikających z zaistnienia ww. okoliczności do umowy zostanie wprowadzona zmiana zwiększająca przedmiot zamówienia o roboty dodatkowe, za które Wykonawca otrzyma wynagrodzenie dodatkowe. Objęcie zakresem przedmiot umowy o zamówienie publiczne robót nieprzewidzianych w dokumentacji przetargowej, a zatem niemożliwych do wyceny na etapie oferowania, byłoby sprzeczne z art. 140 ust. 3 Pzp w związku z art. 58 § 1 KC, jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Prace nieprzewidziane w dokumentacji przetargowej nie stanowią bowiem przedmiotu zamówienia objętego ceną oferty. Warto podnieść, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej „wynagrodzenie ryczałtowe, w przypadku ustalenia takiej podstawy rozliczeń, ustalane jest w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją przetargową. Ryczałt nie może obejmować tego, czego Zamawiający nie przewidział w dokumentacji przetargowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 p.z.p. na roboty dodatkowej” (wyrok KIO z dnia 2 marca 2010r., sygn. akt KIO/UZP 184/10). W obecnym stanie prawnym niedopuszczalne jest udzielanie zamówień dodatkowych i uzupełniających w trybie zamówienia z wolnej ręki, (zamiast zamówienia z wolnej ręki) możliwe jest dokonanie zmiany w trybie zmiany umowy (aneksu), jednak tylko i wyłącznie na podstawie przesłanek określonych w art. 144 Pzp, co może znacząco ograniczyć wolumen zamówień dodatkowych i nakłada na Zamawiających obowiązek przygotowanie dokumentacji postępowania, w sposób bardziej kompleksowy, dotyczy to w szczególności przewidzenia warunków zmiany umowy, w tym prawa opcji i warunków udzielenia zamówień uzupełniających. Zgodnie z wyrokami KIO z dnia 11 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 139/14; KIO 148/14; KIO 150/14) Jeżeli nastąpi zmiana zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła tzn., że wykonawca wykonał dzieło w innym kształcie niż wcześniej oczekiwał zamawiający, to wówczas odpada podstawa określenia pierwotnego wynagrodzenia (ryczałtowego) i wynagrodzenie z tego tytułu nie może pozostać bez zmian. Należy też zwrócić uwagę na tezy wyroku KIO z dnia 9 maja 2012r. zgodnie z którymi „ryczałtowy system wynagrodzenia nie wyłącza obowiązku Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 p.z.p.). Niedopuszczalne jest również przerzucenie na wykonawcę skutków finansowych nieprecyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia(...) Obciążające Wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac (odmiennych od wskazanych w dokumentacji warunków gruntowych, wodnych, archeologicznych, ujawnienia się niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych instalacji podziemnych itp.), będące w świetle art. 632 § 1 k.c. cechą wynagrodzenia

ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie p.z.p. Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 p.z.p.”(wyrok KIO z dnia 9 maja 2012r., sygn. akt KIO 809/12).

Odpowiedź:

Odpowiedź – patrz § 5 ust. 2 i 3 oraz § 1 ust. 4 i 5 projektu umowy.

Pytanie nr 182:

Zwracamy uwagę, że w § 5 ust. 2 wzoru umowy, Zamawiający bezprawnie obciąża Wykonawcę kosztami serwisu wykonanych robót w okresie gwarancji - wnosimy o jego usunięcie. Powyższe stanowisko podziela Krajowa Izba Odwoławcza bowiem zgodnie z wydanym orzeczeniem z dnia 4 lutego 2013 r. (sygn. akt. KIO 171/13) Izba orzekła, że „, Zobowiązanie Wykonawcy do nieodpłatnego dokonywania wszelkich wymian eksploatacyjnych i czynności serwisowych jak również pielęgnacji terenu wokół obiektu niemieszczących się w ramach przedmiotu zamówienia, sprowadzałyby się do sprawowania funkcji zarządcy obiektu i prowadzenia eksploatacji obiektu, nie mieszczące się w uprawnieniach Zamawiającego zarówno z rękojmi jak i z udzielonej gwarancji. Bez względu na tego typu wymagania wymagają wyeliminowania, gdyż naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1 ustawy Pzp. Nie mieszczą się w pojęciu zamówienia o roboty budowlane ustalonej w oparciu o przepisy ustawy Prawo budowlane i nie są z takimi robotami ściśle związane...(..) Wykonawca robót budowlanych zobowiązany jest tylko do usuwania usterek i wad wykonanych robót, a nie do wykonywania czynności eksploatacyjnych. Wykonawca na urządzenia zamontowane w obiekcie przekazuje karty gwarancyjne producentów ze wskazaniem punktów serwisowych. Zapewnienie bieżącej eksploatacji obiektu, w tym pielęgnacji zieleni należy do jego właściciela. Postanowienie narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 31 ustawy Pzp”. Ponadto zwracamy uwagę, że odpowiedzialność Wykonawcy w okresie udzielonej gwarancji i rękojmi nie obejmuje skutków niewłaściwego eksploataowania urządzeń przez Zamawiającego w tym niewłaściwego serwisowania, konserwacji czy przeglądów okresowych wykonywanych przez podmioty działające na zlecenie Zamawiającego, niezwiązane z Wykonawcą żadnym stosunkiem prawnym. Wykonawca w trakcie odbioru przekazuje Zamawiającemu na urządzenia zamontowane w obiekcie karty gwarancyjne, książki serwisowe producentów ze wskazaniem autoryzowanych punktów serwisowych. Wykonawca nie ma wpływu z kim Zamawiający podpisze umowy serwisowe, w związku z tym nie będzie ponosić odpowiedzialności za skutki działań Zamawiającego i podmioty trzecie nie rekomendowane przez Producenta urządzeń. Mając powyższe na uwadze wnosimy jak w zdaniu pierwszym.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowaną zmianę projektu umowy. Wykonawca musi uwzględnić w swojej ofercie koszt serwisu robót lub urządzeń dostarczonych w ramach realizacji niniejszego zamówienia w zakresie niezbędnym do utrzymania gwarancji. Zamawiający nie obciąża wykonawcy robót odpowiedzialnością w zakresie skutków niewłaściwego eksploataowania urządzeń przez Zamawiającego. Zamawiający nie obciąża wykonawcy kosztami materiałów eksploatacyjnych.

Pytanie nr 183:

Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie, że fakturowanie częściowe będzie realizowane będą do wysokości 90 % wartości wynagrodzenia należnego Wykonawcy o którym mowa w § 5 ust. 1 wzoru umowy zgodnie z dyspozycją art. 143a ust. 3 PZP ?

Odpowiedź:

Potwierdzamy.

Pytanie nr 184:

W § 6 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że rozliczenie robót będących przedmiotem umowy nastąpi na podstawie faktur częściowych wystawianych przez Wykonawcę za zakończone elementy na podstawie Harmonogramu Rzeczowo Finansowego, który stanowić będzie załącznik do umowy, wnosimy o zmianę sposobu fakturowania, na rozliczenia comiesięczne na podstawie procentowego zaawansowania robót. Procentowe rozliczenie Inwestycji wpłynie znacząco na obniżenie kosztów finansowania Inwestycji przez Wykonawcę, co bezpośrednio będzie miało swoje odzwierciedlenie w cenie ofertowej, którą będzie musiał ponieść Zamawiający.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowaną zmianę.

Pytanie nr 185:

Zgodnie z treścią § 6 ust. 4 wzoru umowy „Za dzień zapłaty uznaje się dzień obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego”.

Należy zwrócić uwagę, że postanowienie to w obecnym brzmieniu jest niezgodne z powszechną zasadą oraz linią orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. uchwała SN z dn. 4 stycznia 1995 r. sygn. CZP 164/94) w myśl których za dzień spełnienia świadczenia pieniężnego w postaci bezgotówkowej uważa się dzień uznania rachunku bankowego wierzyciela (tu Wykonawcy), a nie dzień obciążenia rachunku bankowego dłużnika (tu Zamawiającego). Jeżeli uznanie rachunku wierzyciela nastąpi po terminie płatności, może on w każdym razie domagać się ustawowych odsetek za opóźnienie (niezależnie od ewentualnej szkody i winy dłużnika), a jeżeli nadto doznał szkody - może żądać odszkodowania (jeżeli dłużnik ponosi winę za powstałą szkodę). Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast korzystanie z uprzywilejowanej pozycji nie może przejawiać się w kształtowaniu wzoru umowy w sposób, który rażąco będzie naruszał równowagę Stron umowy. Art. 3531 k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współzycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłyby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa.

Czy w związku z powyższym Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu § 6 ust. 4 wzoru umowy i uzna dniem zapłaty dzień wpływu kwoty należnej na rachunek bankowy Wykonawcy?

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę § 6 ust. 4 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

“Faktura Wykonawcy płatna będzie poleceniem przelewu na rachunek bankowy wskazany na fakturze, w terminie 30 dni od daty złożenia faktury do Zamawiającego. Za dzień zapłaty uznaje się dzień wpływu kwoty należnej na rachunek bankowy Wykonawcy.”

Pytanie nr 186:

Prosimy o potwierdzenie, że warunek dotyczący doręczenia Zamawiającemu pisemnych oświadczeń Podwykonawców (w tym również dalszych podwykonawców) lub innych dowodów zapłaty o uiszczeniu, odpowiednio przez Wykonawcę lub jego Podwykonawców lub ich dalszych podwykonawców, wszelkich wymagalnych wierzytelności przysługujących jego Podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, powstałych w związku z realizacją Przedmiotu Umowy dotyczy zapłaty przez Zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane zgodnie z art. 143 a ust 1 pkt. 1 PZP?

Odpowiedź:

Potwierdzamy.

Pytanie nr 187:

Prosimy o odpowiedź czy Zamawiający uzna za spełnienie wymogu dostarczenia dowodu zapłaty o którym mowa w § 6 ust. 5 wzoru umowy, jeśli Wykonawca przedstawi potwierdzenie przelewu środków (przez Wykonawcę lub przez podwykonawcę) na rachunek bankowy danego podwykonawcy (lub dalszego podwykonawcy) z określeniem tytułu przelewu wygenerowanego ze strony banku? W przypadku odpowiedzi odmownej prosimy o informację jak należy postąpić w sytuacji, kiedy Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca pomimo otrzymania zapłaty, bezpodstawnie odmówi Wykonawcy lub Podwykonawcy wystawienia oświadczenia?

Odpowiedź:

Potwierdzamy - Zamawiający uzna za spełnienie wymogu dostarczenia dowodu zapłaty o którym mowa w § 6 ust. 5 wzoru umowy, jeśli Wykonawca przedstawi potwierdzenie przelewu środków (przez Wykonawcę lub przez podwykonawcę) na rachunek bankowy danego podwykonawcy (lub dalszego podwykonawcy) z określeniem tytułu przelewu wygenerowanego ze strony banku, jeśli wysokość przelanych środków będzie odpowiadała wymagalnym należnościom podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.

Pytanie nr 188:

Zwracamy się z zapytaniem czy Zamawiający wyrazi zgodę na cesję wierzytelności z instytucją finansową/bankiem dla zabezpieczenia kredytu? W związku z treścią § 6 ust. 7 wzoru umowy proszę o jednoznaczną odpowiedź czy Zamawiający wyrazi zgodę na taką cesję. Jeśli zgoda taka jest czymś ograniczona, to proszę również o podanie warunków przy których Zamawiający wyrazi zgodę na cesję wierzytelności

Odpowiedź:

Zamawiający deklaruje wyrażenie zgody na cesję wierzytelności przysługującej Wykonawcy na rzecz banku dla zabezpieczenia kredytu udzielonego wykonawcy na realizację przedmiotu umowy.

Pytanie nr 189:

Prosimy o odpowiedź czy Zamawiający przewiduje możliwość przedłużenia terminu usunięcia wad w drodze uzgodnienia Stron, jeżeli z przyczyn technicznych, technologicznych lub innych czynników niezależnych od Wykonawcy, nie będzie możliwe usunięcie danej wady w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, na przykład ze względu na złe warunki meteorologiczne lub niedostępność części zamiennej?

Odpowiedź:

Warunki meteorologiczne uniemożliwiające usunięcie wady lub siła wyższa mogą być podstawą do wydłużenia terminu usunięcia wady i zwolnienia wykonawcy z odpowiedzialności za jego niedochowanie.

Pytanie nr 190:

Wnosimy o obniżenie/ zmniejszenie kary umownej o której mowa w § 8 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy do wysokości 0,25% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy za każdy dzień opóźnienia lub zwłoki. W naszej opinii ustanowienie zapisu uprawniającego Zamawiającego do naliczenia kary umownej za każdy dzień opóźnienia lub zwłoki w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy, z tytułu opóźnienia lub zwłoki w wykonaniu Przedmiotu umowy w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 pkt c)

umowy, jest zdaniem Wykonawcy wygórowana w stosunku do powszechnie stosowanych kar w przetargach publicznych. Uprawnienie do naliczenia wysokiej kary umownej samo w sobie takiego celu nie realizuje - tym bardziej, że wzór umowy przygotowany przez Zamawiającego przewiduje przecież dopuszczalność dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach Kodeksu Cywilnego, odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych (patrz zapis ust. 2 § 8 wzoru umowy). Kary umowne stanowią najistotniejsze ryzyko związane z realizacją kontraktu, często okazują się nadmiernie wygórowane w stosunku do naruszenia stanowiącego podstawę do ich naliczenia, a to powoduje spadek jakości wykonanych robót, bowiem przetrzuca ciężar uwagi Wykonawcy z prawidłowego i terminowego realizowania przedmiotu umowy na dbanie o niedopuszczenie do sytuacji, w której Zamawiający uzyska uprawnienie do naliczenia często bardzo wysokiej kary, co powoduje pośrednio przetrzucanie odpowiedzialności również na Podwykonawców biorący udział w przedmiotowej inwestycji. Z kolei w wyroku z 25.06.2010 r.(sygn. akt: KIO 1123/10) Izba wskazała, „ iż kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny u mowy, a nie do ewentualnych strat Zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń....” Co więcej, ustalenie wysokości kary umownej powyżej pułapu, którego wysokość byłaby uzasadniona wagą naruszenia obowiązków Wykonawcy jest bezprzedmiotowe, gdyż nie spowoduje dodatkowej motywacji u Wykonawcy. Kara umowna ustalona zbyt wysoko przestaje spełniać funkcję stymulacyjną (motywującą dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania), a staje się źródłem nadmiernej represji wobec Wykonawcy. Ponadto, wskazać należy, że wyrażona w art. 3531 kc swoboda umów (z której Zamawiający mógł wyciągnąć błędne wnioski, że wysokość kary umownej można ustalać w dowolnej wysokości), nie ma charakteru absolutnego a doznaje ograniczeń wynikających m.in. z właściwości stosunku prawnego czy zasady współzycia społecznego. Podkreślić należy, że nawet podpisanie umowy, w której zastrzeżono wygórowane kary, nie wyłącza ochrony strony, która w wyniku nałożenia rażąco wysokich kar zostałaby pokrzywdzona. Dlatego nawet zaaprobowanie zapisów umowy w obecnym kształcie nie wyklucza możliwości miarkowania wysokości kary umownej przed sądem na podstawie art. 484 § 2 kc, jeżeli tylko ma ona rażąco wygórowany charakter. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 maja 2015 r. (KIO 897/15) orzekła, iż: „Praktykapokazuje, że Zamawiający, tłumacząc się dbałością o wydatkowanie środków publicznych i przestrzeganiem zasad finansów publicznych, często ustanawiają nadmierne kary umowne wyłącznie po stronie Wykonawcy. Prezentują przy tym awersję do ryzyka i jednocześnie unikają odpowiedzialności, mimo że np. w jednostkach samorządu terytorialnego zarządzanie ryzykiem jest jednym z elementów kontroli zarządczej. Zamawiający jest wprawdzie w pozycji uprzywilejowanej względem Wykonawcy, umożliwiającą mu narzucenie warunków dotyczących realizacji zamówienia, jednak powinien on tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia w ogóle była możliwa. Ustanawianie kar umownych nie powinno być zatem celem samym w sobie, ale metodą dyscyplinowania wykonawców, a więc również w tym aspekcie zamawiający powinien kierować się zasadą proporcjonalności nakładanych obciążeń w stosunku do ustanowionych celów....”

Odpowiedź:

Zamawiający obniżył wysokość kary umownej o której mowa w § 8 ust. 1 pkt. 2) projektu umowy do 0,25% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy za każdy dzień opóźnienia lub zwłoki – patrz odpowiedź na pytanie nr 20.

Pytanie nr 191:

W nawiązaniu do postanowienia § 8 ust. 1 pkt. 4) - 5) wzoru umowy prosimy o wyjaśnienie przyczyny i podstawy prawnej tak dalece idącej, iż Wykonawca który w umowie jest jedną ze Stron, pozbawiany jest możliwości naliczenia Zamawiającemu kary umownej. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do domagania się od Wykonawcy *kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia brutto w sytuacji odstąpienia od umowy* lub *częściowego odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy lub odstąpienia przez Wykonawcę z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego*, zaś Wykonawcy w takim samym przypadku odszkodowanie nie przysługuje. Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, w tym także zakresu kar umownych nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Ograniczenia w kształtowaniu przez niego treści umowy wynikają z art. 353¹ Kc, a także z zasady wyrażonej w art. 5 Kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współzycia społecznego. W przypadku naruszenia przez zamawiającego powyższych zasad w procesie

tworzenia istotnych postanowień umowy, wykonawcy przysługuje prawo do kwestionowania zapisów o karach umownych, w tym za pomocą środków ochrony prawnej przewidzianej w ustawie Pzp. Czy zatem Zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie do § 8 wzoru umowy zapisów o brzmieniu:

„ w razie odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub odstąpienia przez Zamawiającego z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy, w razie odstąpienia przez Wykonawcę od części Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub odstąpienia przez Zamawiającego z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy dla części Umowy od której Zamawiający odstąpił, bądź dla reszty niespełnionego przez Wykonawcę świadczenia w zależności od tego w jakiej części Zamawiający od Umowy odstąpił ”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowaną zmianę projektu umowy.

Pytanie nr 192:

Wnosimy o usunięcie z treści § 8 ust. 1 pkt. 7) - 9) wzoru umowy fragmentu zapisu o brzmieniu: „...+ 10% wynagrodzenia umownego brutto podwykonawcy...”. Zwracamy uwagę, iż w pkt 7) - 9) ust. 1 § 8 umowy Zamawiający jest uprawniony (i w przypadku uwzględnienia wniosku Wykonawcy nadal będzie) do naliczenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 10.000 zł za każdy przypadek naruszenia obowiązków o których mowa w przedmiotowych pkt. 7) - 9) ust. 1 § 8 umowy np. „za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy lub projektu jej zmiany”. Kwestię motywacji jako jednego z czynników branych pod uwagę przy dokonaniu oceny, czy kara umowna ma wygórowaną wysokość poruszyła Krajowa Izba Odwoławcza „o karze rażąco wygórowanej można mówić w sytuacji, gdy jej wysokość przekracza granice motywacji wykonawcy do realizacji zamówienia i stanowi przyczynek dla zamawiającego do wzbogacenia się” (orzeczenie KIO/UZP1839/09 z dnia 19 lutego 2012 roku). Kara umowna ustalona zbyt wysoko przestaje spełniać funkcję stymulacyjną (motywującą dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania), a staje się źródłem nadmiernej represji wobec wykonawcy. Ponadto zbyt represyjne reguły odpowiedzialności w karach umownych mogą zniechęcać do składania ofert i mogą stanowić przyczynę małego zainteresowania Wykonawców ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego, co wpływa na konkurencyjność postępowań oraz niekiedy konieczność ich unieważnienia. W takim przypadku Wykonawcy na etapie sformułowania warunków umownych mają pełne prawo kwestionować czynności podjęte przez zamawiających jako naruszające zasadę proporcjonalności udzielania zamówień publicznych, a przez to niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę w treści § 8 ust. 1 pkt. 7) - 9) projektu umowy fragmentu zapisu o brzmieniu: „+ 10% wynagrodzenia umownego brutto podwykonawcy” na zapis „+ 5% wynagrodzenia umownego brutto podwykonawcy”. Obowiązkiem wykonawcy jest należyte wykonywanie postanowień umownych.

Pytanie nr 193:

Wnosimy o zmianę treści pkt. b) ust. 3 § 9 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia zgodnego z poniższym: „b) zajęcia majątku Wykonawcy o znacznym rozmiarze lub jego sytuacja finansowa ulegnie takiemu pogorszeniu, że nie będzie w stanie wykonywać swoich zobowiązań

umownych”. W oryginalnym brzmieniu tego postanowienia prawo do odstąpienia od umowy powstawało po stronie Zamawiającego w każdej sytuacji zajęcia choćby niewielkiej części majątku Wykonawcy, nawet jeżeli zajęcie opiewa na kwotę nie mającą żadnego znaczenia z punktu widzenia realizacji umowy. Sankcją w postaci odstąpienia od umowy przez Zamawiającego winno być obarczone jedynie rzeczywiste zajęcie całego majątku Wykonawcy w postępowaniu egzekucyjnym.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę brzmienia § 9 ust. 3 pkt b) projektu umowy z zapisu o treści “zajęcia majątku Wykonawcy utrudniającego realizację umowy” na zapis o treści “zajęcia majątku Wykonawcy w celu wyegzekowania należności głównej w wysokości minimum 5% wartości brutto wynagrodzenia umownego Wykonawcy, utrudniającego realizację umowy”.

Pytanie nr 194:

Wnosimy o zmianę treści pkt. c) ust. 3 § 9 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia zgodnego z poniższym:

„c) w przypadku wystąpienia nieuzasadnionej przerwy w realizacji Przedmiotu umowy trwającej dłużej, niż 14 dni i po bezskutecznym wezwaniu Zamawiającego do podjęcia robót”.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę treści pkt. c) ust. 3 § 9 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„c) w przypadku wystąpienia nieuzasadnionej przerwy w realizacji Przedmiotu umowy trwającej dłużej, niż 14 dni i po bezskutecznym wezwaniu Zamawiającego do podjęcia robót”.

Pytanie nr 195:

Prosimy o potwierdzenie, że przez dłuższą 14-dniową przerwę, o której mowa w § 9 ust. 3 pkt c) wzoru umowy należy rozumieć przerwę trwającą jednorazowo dłużej niż 14 dni.

Odpowiedź:

Potwierdzamy.

Pytanie nr 196:

Wskazujemy, na błędne odniesienie do treści § 10 ust. 3 pkt a, o którym mowa w postanowieniach § 9 ust. 4 wzoru umowy gdyż §10 ust. 3 niniejszej umowy nie zawiera żadnych punktów.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na nadanie § 9 ust. 4 projektu umowy brzmienia:

“Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy w przypadkach określonych w niniejszej umowie w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiedzy o okoliczności uzasadniającej odstąpienie od umowy.”

Pytanie nr 197:

W związku z niesymetrycznym rozłożeniem praw stron umowy, wnosimy o zmianę zapisu ust. 5 §10 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia zgodnego z poniższym:

„ 5. Wykonawcy przysługuje prawo do odstąpienia od Umowy w całości lub w części w sytuacji, gdy:...

Zamawiający, jako podmiot uprawniony do właściwie jednostronnego kształtowania treści umowy o zamówienie publiczne, w tym także zakresu kar umownych nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Ograniczenia w kształtowaniu przez niego treści umowy wynikają z art. 353 1 Kc, a także z zasady wyrażonej w art. 5 Kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. W przypadku naruszenia przez zamawiającego powyższych zasad w procesie tworzenia istotnych postanowień umowy, Wykonawcy przysługuje prawo do kwestionowania zapisów o karach umownych, w tym za pomocą środków ochrony prawnej przewidzianej w ustawie Pzp.

Odpowiedź:

Pytający miał zapewne na myśli §9 ust. 3 (dotyczący odstąpienia), a nie §10 ust. 3 projektu umowy (dotyczący podwykonawstwa). Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę projektu umowy.

Pytanie nr 198:

W związku z niesymetrycznym rozłożeniem praw stron umowy, wnosimy o zmianę zapisu pkt. b) - c) ust. 5 §10 wzoru umowy i nadanie mu brzmienia zgodnego z poniższym:
„ b) zwłoka lub opóźnienie Zamawiającego w przekazaniu terenu budowy przekroczy 14 dni w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 1 lit. a) Umowy;
c) zwłoka lub opóźnienie Zamawiającego w przekazaniu Wykonawcy dokumentacji projektowej określonej w §4 ust. 11 lit. a) przekroczy 14 dni.”

Odpowiedź:

Pytający miał zapewne na myśli §9 ust. 5 (dotyczący odstąpienia), a nie §10 ust. 5 projektu umowy (dotyczący podwykonawstwa). Zamawiający wyraża zgodę na proponowaną zmianę projektu umowy w zakresie §9 ust. 5 pkt b) i c).

Pytanie nr 199:

Prosimy o potwierdzenie, iż w trakcie realizacji przedmiotowego zadania Wykonawca będzie mógł powierzać Podwykonawcom także inne zakresy robót, które nie zostały podane w ofercie jako zakresy rzeczowe robót, które Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, przy zachowaniu wymaganej w umowie procedury zgłaszania podwykonawców.

Odpowiedź:

Potwierdzamy.

Pytanie nr 200:

Mając na uwadze treść postanowienia § 10 ust. 7 pkt. 5) wzoru umowy, prosimy Zamawiającego o odpowiedź czy wyrazi zgodę na zatrzymanie kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wystawionych przez Podwykonawcę faktur, przy czym zatrzymanie tej kwoty nastąpi i w drodze potrącenia roszczenia o zapłatę zabezpieczenia należytego wykonania umowy z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia? Zwracamy uwagę , że mali przedsiębiorcy, a tacy również będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia jako Podwykonawcy (wykonując roboty budowlane) nie mają możliwości złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy też bankowej - są dla tych przedsiębiorców zbyt kosztowne, a wielu przypadkach wręcz nieosiągalne. W większości przypadków nie zgadzają się również na wniesienie zabezpieczenia w formie gotówki lub jej nie wnoszą w terminach wynikających z podpisanej przez Strony umowy, wtedy jedyną

możliwością jest potrącenie za zgodą Zamawiającego, kwoty zabezpieczenia z wystawionych przez Podwykonawcę faktur. Przy rozstrzyganiu przedmiotowej kwestii prosimy Zamawiającego o wzięcie pod uwagę również faktu, iż brak jest na rynku budowlanym - firm podwykonawczych mających odpowiednie zaplecze maszynowo -sprzętowe jak również posiadających dostateczną grupę wykwalifikowanych pracowników fizycznych. Mając powyższe na uwadze chcemy zaproponować rozwiązanie problemu proponując poniższy zapis:

„W przypadku, gdy Wykonawca, zgodnie z zawartą z Podwykonawcą umową, dokonuje zatrzymania części wynagrodzenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub dokonuje potrącenia z wynagrodzenia Podwykonawcy naliczonych kar umownych, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia do ostatniej faktury oświadczenia Podwykonawcy, iż w zakresie potrąconej lub zatrzymanej przez Wykonawcę kwoty Podwykonawca zrzeka się roszczenia o zapłatę w stosunku do Zamawiającego”.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez Podwykonawcę odbywało się poprzez zatrzymanie kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wystawionych przez Podwykonawcę faktur, przy czym zatrzymanie tej kwoty nastąpi w drodze potrącenia roszczenia o zapłatę zabezpieczenia należytego wykonania umowy z roszczeniem o zapłatę wynagrodzenia.

Pytanie nr 201:

Prosimy o wykreślenie z treści § 12 ust. 2 lit. g) wzoru umowy zwrotu „.... *lub zawężenia* ” jako naruszających art. 29 ust. 1 Pzp poprzez uczynienie zawartego w dokumentacji postępowania opisu przedmiotu zamówienia niej jednoznacznym.

Zamawiający może w każdej chwili zmienić zakres rzeczowy przedmiotu umowy, a Wykonawca będzie zmuszony do ponoszenia kosztów takich zmian, a także wszelkich innych konsekwencji wynikłych z tego tytułu, które nie powstały z przyczyn leżących po jego stronie. Wprowadzając takie zapisy do wzoru umowy, Zamawiający nie wprowadził żadnych dodatkowych postanowień, które regulowałyby kwestie rekompensowania Wykonawcy kosztów poniesionych w związku ze zmianą zakresu rzeczowego robót. W sytuacji w której Zamawiający może jednostronnie i całkowicie niezależnie od Wykonawcy, podjąć decyzje o zmianie warunków umowy poprzez zmniejszenie czy też zawężenie zakresu prac, nie będąc jednocześnie zobowiązanych do pokrycia ponoszonych z tej przyczyny przez Wykonawcę kosztów, obowiązków i ryzyk stron umowy jest poważnie zachwiany i niezgodny z przepisami prawa. Każdy z Wykonawców ryzyka w tym zakresie oszacować może na zupełnie odmiennym poziomie i oferty bazujące na tak ukształtowanych postanowieniach umownych, stają się całkowicie nieporównywalne. Taka sytuacja nie tylko godzi w interesy Wykonawców, ale także i w Zamawiającego, który dbać powinien o prawidłowe wydawanie środków publicznych. Skoro natomiast Wykonawcy zmuszani są w ramach oferty do oszacowania ryzyk w sposób całkowicie spekulacyjny, kalkulacja ta może przybrać poziom nieadekwatny do późniejszych realiów, co zmusi i Zamawiającego do ponoszenia zbędnych wydatków związanych z przedmiotową realizacją. Powyższe argumenty aprobowane są w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, co potwierdza wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 roku sygn. Akt KIO 2004/16: „*Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprowadzających się do wykonywania jakichkolwiek żądań Zamawiającego lub podmiotów od niego zależnych, wpływających na wykonanie zakontraktowanego przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać za podanie parametrów wyjściowych dla kalkulacji ryzyka kontraktowego, które przynajmniej w jakiś sposób ryzyko to delimitują i ograniczają, i w ten sposób czynią dopuszczalnym i możliwym do zaakceptowania. Określenie ryzyka kontraktowego w zamówieniach publicznych nie może polegać tylko na nałożeniu na wykonawców obowiązku znoszenia uznaniowych i nieokreślonych decyzji zamawiającego, które w niewiadomy sposób wpłynąć mogą na kalkulowany sposób, okres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe nie mieści się w ramach dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 Pzp*” Wyrok KIO z dnia. 22 stycznia 2014 roku sygn.. akt. KIO 24/14: „*Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przeliczone na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę*”. Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 roku sygn.. akt. 1372/15 w którym to, Izba zwróciła uwagę na to, że „*Wykonawca wycenia swoją ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. W sytuacji, w której Zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie prawo*

zmniejszenia zakresu robót lub zaniechania wykonania części zakresu przedmiotu umowy na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości (w toku realizacji zamówienia) art. 140 ust. 1 ustawy P.z.p., który to przepis stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Tymczasem zawarte w ofercie zobowiązanie wynika z treści SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia opisany przez Zamawiającego w SIWZ w sposób jednoznaczny stanowi podstawę złożenia oferty przez Wykonawcę i takiego też zakresu realizacji zamówienia Wykonawca oczekuje w toku realizacji zamówienia, za co przysługuje mu określone w treści umowy wynagrodzenie. Jeśli zatem Zamawiający w niczym nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia (prawo zmniejszenia zakresu robót), powyższe - w ocenie Izby - czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty. Zamawiający zatem powinien tak opisać w SIWZ zasady związane z ewentualną zmianą przedmiotu zamówienia, aby określić granice ryzyka Wykonawcy uzasadnione charakterem przedmiotu zamówienia i wynikające z nakładów, które Wykonawca musi ponieść w związku z określonym pierwotnie w SIWZ zakresem przedmiotu zamówienia”.

Mając powyższe na uwadze wnosimy jak w zdaniu pierwszym.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na postulowaną zmianę projektu umowy. Możliwości i granice zmiany umowy zawartej w trybie udzielenia zamówienia publicznego wynikają z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pytanie nr 202:

Zamawiający w ramach wzoru umowy przerzucił na Wykonawcę ryzyko i odpowiedzialność finansową za zamianę terminów realizacji przedmiotu zamówienia, wynikłe z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego. Zgodnie z treścią § 12 ust. 2 pkt. h) wzoru umowy Zamawiający dopuszcza „skrócenia lub wydłużenia terminu wykonania robót na zadaniach wchodzących w zakres Przedmiotu umowy.

Zamawiający może w każdej chwili zmienić termin realizacji przedmiotu umowy, a Wykonawca będzie zmuszony do ponoszenia kosztów takich zmian, a także wszelkich innych konsekwencji wynikłych z tego tytułu, które nie powstały z przyczyn leżących po jego stronie. Wprowadzając takie zapisy do wzoru umowy, Zamawiający nie wprowadził żadnych dodatkowych postanowień, które regulowałyby kwestie rekompensowania Wykonawcy kosztów poniesionych w związku z zmianą terminu realizacji przedmiotu umowy, zmniejszenia bądź zaniechania wykonywania robót. W sytuacji w której Zamawiający może jednostronnie i całkowicie niezależnie od Wykonawcy, podjąć decyzje o zmianie warunków umowy, nie będąc jednocześnie zobowiązanych do pokrycia ponoszonych z tej przyczyny przez Wykonawcę kosztów, obowiązków i ryzyk stron umowy jest poważnie zachwiany i niezgodny z przepisami prawa. Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 listopada 2018 r., sygn.. akt KIO 2177/18, wydanym w bardzo zbliżonej sprawie: „, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest zawrzeć w treści SIWZ "istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Z treści tego przepisu wynika dla zamawiającego z jednej strony zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji SIWZ, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Tym samym ustawodawca, odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z potrzebami. Nie oznacza to jednak, że prawo zamawiającego do określenia zapisów umowy nie doznaje pewnych ograniczeń - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości - naturze stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony..”. W taki sposób ukształtowane postanowienia umowne nie pozwalają Wykonawcą na jakiegokolwiek ryzyka ofertowego związanego z wdrożeniem omawianych powyżej postanowień umownych. W uwadze na to, że każdy z Wykonawców ryzyka w tym zakresie oszacować może na zupełnie odmiennym poziomie, oferty bazujące na tak ukształtowanych postanowieniach umownych, stają się całkowicie nieporównywalne. Taka sytuacja nie tylko godzi w interesy Wykonawców, ale także i w Zamawiającego, który dbać

powinien o prawidłowe wydawanie środków publicznych. Skoro natomiast Wykonawcy zmuszani są w ramach oferty ryzyk w sposób całkowicie spekulacyjny, kalkulacja ta może przybrać poziom nieadekwatny do późniejszych realiów, co zmusi Zamawiającego do ponoszenia zbędnych wydatków związanych z przedmiotową realizacją. Powyższe argumenty aprobowane są w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, co potwierdza wyrok KIO z dnia 7 listopada 2016 roku sygn. Akt KIO 2004/16: „Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzących się do wykonywania jakichkolwiek żądań Zamawiającego lub podmiotów od niego zależnych, wpływających na wykonanie zakontraktowanego przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać za podanie parametrów wyjściowych dla kalkulacji ryzyka kontraktowego, które przynajmniej w jakiś sposób ryzyko to delimitują i ograniczają, i w ten sposób czynią dopuszczalnym i możliwym do zaakceptowania. Określenie ryzyka kontraktowego w zamówieniach publicznych nie może polegać na li tylko na nałożeniu na wykonawców obowiązku znoszenia uznaniowych i nieokreślonych decyzji zamawiającego, które w niewiadomy sposób wpłynąć mogą na kalkulowany sposób, okres i koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe nie mieści się w ramach dyspozycji art. 29 ust. 1 i 2 Pzp” Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 roku sygn. akt. KIO 24/14: „Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę”. Mając powyższe na uwadze wnosimy jak w zdaniu pierwszym.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie z § 12 ust. 2 projektu umowy punktu oznaczonego „h)” w brzmieniu: „Zamawiający dopuszcza „skrócenia lub wydłużenia terminu wykonania robót na zadaniach wchodzących w zakres Przedmiotu umowy.”.

Pytanie nr 203:

Wnosimy o zmianę treści zapisu ust. 9 § 12 wzoru umowy poprzez podanie katalogu nieprzewidywalnych warunków fizycznych rozumianych jako działanie sił natury racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę zamówienia do dnia złożenia Oferty mimo zastosowania wystarczających środków ostrożności, takich jak: wystąpienie silnych wiatrów, intensywne opadów śniegu, ulewnych deszczy, nawałnic oraz ujemnych temperatur”. W przypadku wystąpienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonywanie robót zgodnie z właściwą technologią, Wykonawca będzie miał do wyboru wstrzymać realizację tych robót na czas występowania tych warunków, co narazi go na odpowiedzialność za zwłokę lub opóźnienie (jak w przypadku przedmiotowej umowy) w wykonaniu przedmiotu umowy, bądź kontynuować realizację tych robót w niekorzystnych warunkach atmosferycznych, co narazi go na odpowiedzialność za wadliwe wykonania robót (niezgodne z właściwą technologią) oraz kary za dopuszczenie do wykonywania przez pracowników pracy w niedozwolonych warunkach (np. przy zbyt niskiej temperaturze atmosferycznej).

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę brzmienia ustępu 9 w § 12 projektu umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

“Przez nieprzewidywalne warunki fizyczne rozumie się jakiegokolwiek działanie sił natury racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę zamówienia do dnia złożenia Oferty mimo zastosowania wystarczających środków ostrożności, takich jak: wystąpienie silnych wiatrów, intensywne opadów śniegu, ulewnych deszczy, nawałnic oraz ujemnych temperatur, uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót, w szczególności z powodu technologii realizacji prac określonej umową, normami lub innymi przepisami, wymagającej konkretnych warunków atmosferycznych.”

Pytanie nr 204:

Wnosimy o uzupełnienie treści zapisu ust. 10 § 12 wzoru umowy poprzez uzupełnienie katalogu nieprzewidywalnych okoliczności faktycznie rozumianych jako zdarzenia niezwiązane z działaniami sił natury racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę zamówienia do dnia złożenia Oferty mimo zastosowania wystarczających środków ostrożności, takich jak: wystąpienie odmiennych od przyjętych w dokumentacji warunków podpowierzchniowych, gruntowych, hydrologicznych, napotkanie na niezinventaryzowane lub błędnie zinwentaryzowane instalacje podziemne, wystąpienie kolizji instalacji podziemnych i naziemnych, podziemnych elementów konstrukcyjnych, likwidacji istniejących przyłączy, napotkania podczas robót ziemnych na niewybuchy lub niewypały, odkrycie na terenie budowy przedmiotów o znaczeniu archeologicznym lub historycznym oraz kopalnych szczątków roślin lub zwierząt, których zabezpieczenie i inwentaryzacja uniemożliwia wykonywanie robót budowlanych, wystąpienie uwarunkowań przyrodniczych/ środowiskowych, które nie były możliwe do przewidzenia w chwili zawarcia umowy”. Powyższe przypadki mogą wystąpić w toku realizacji umowy, zaś brak stosownych przesłanek uniemożliwi jej zmianę (ze względu na brzmienie art 144 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych).

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę brzmienia ustępu 10 w § 12 projektu umowy poprzez nadenie mu brzmienia:

“Przez nieprzewidywalne okoliczności faktyczne rozumie się jakiegokolwiek zdarzenia niezwiązane z działaniami sił natury racjonalnie niemożliwe do przewidzenia przez doświadczonego wykonawcę zamówienia do dnia złożenia Oferty mimo zastosowania wystarczających środków ostrożności, takich jak: wystąpienie odmiennych od przyjętych w dokumentacji warunków podpowierzchniowych, gruntowych, hydrologicznych, napotkanie na niezinventaryzowane lub błędnie zinwentaryzowane instalacje podziemne, wystąpienie kolizji instalacji podziemnych i naziemnych, nieprzewidzianych dokumentacją podziemnych elementów konstrukcyjnych, napotkania podczas robót ziemnych na niewybuchy lub niewypały.”.

Pytanie nr 205:

Wnosimy o uzupełnienie treści zapisu ust. 11 § 12 wzoru umowy poprzez uzupełnienie katalogu zmiany umowy w przypadku zaistnienia przeszkód spowodowanych siłą wyższą rozumianą jako nadzwyczajne, nie dające się w żaden sposób przewidzieć zdarzenia pochodzące z zewnątrz, całkowicie niezależne od którejkolwiek ze stron lub innych osób biorących w jakikolwiek sposób udział w wykonaniu Umowy i których następstwom nie można było zapobiec mimo dołożenia najwyższej staranności takich jak: ***trzęsienie ziemi, podtopienia, powodzie, pożary, huragany, trąby powietrzne, upadek statku powietrznego***”.

Powyższe przypadki mogą wystąpić w toku realizacji umowy, zaś brak stosownych przesłanek uniemożliwi jej zmianę (ze względu na brzmienie art 144 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych).

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę brzmienia ustępu 11 w § 12 projektu umowy poprzez nadenie mu brzmienia:

“Przez siłę wyższą rozumie się nadzwyczajne, nie dające się w żaden sposób przewidzieć zdarzenia pochodzące z zewnątrz, całkowicie niezależne od którejkolwiek ze stron lub innych osób biorących w jakikolwiek sposób udział w wykonaniu Umowy i których następstwom nie można było zapobiec mimo dołożenia najwyższej staranności, takich jak: ***trzęsienie ziemi, podtopienia, powodzie, pożary, huragany, trąby powietrzne, upadek statku powietrznego***.”.

Pytanie nr 206:

Wnosimy o uzupełnienie postanowień ust. 13 § 12 wzoru umowy o treść art. 142 w ust. 5 pkt. 4) ustawy Pzp poprzez dodanie nowego „pkt. 4)” o brzmieniu zgodnym z poniższym:

„zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych ” W związku, iż od 1 stycznia 2019 r. weszły w życie zmiany w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzone ustawą z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (DzU z 2018 r., poz. 2215) oraz zamieszczoną informacją na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, w art. 120 ustawy o pracowniczych planach kapitałowych, zwanej dalej „ustawą o PPK”, dokonano zmiany w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” W artykule 142 w ust. 5 ustawy Pzp został natomiast dodany pkt 4 .Według UZP dodanie tego przepisu spowoduje konieczność uwzględnienia w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Również w przypadku zmiany w przepisach zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze wnosimy jak w zdaniu pierwszym

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na dodanie w projekcie umowy w § 12 ust. 13 punktu oznaczonego 4) o treści:

“zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych”.

Pytanie nr 207:

Proszę o załączeni dokumentu JEDZ w formacie xml. Ułatwi to Wykonawcy wypełnienie formularza przy użyciu narzędzia strony: <https://espd.uzp.gov.pl/>

Odpowiedź:

Dokument JEDZ w formacie xml zatytułowany “espd-request” opublikowany został na stronie internetowej zamówienia wraz z niniejszymi odpowiedziami na pytania (jako komunikat publiczny, dostępny również w sekcji załączniki).

Pytanie nr 208:

Proszę o potwierdzenie, że Wykonawca do oferty załącza JEDZ również dla Podmiotu Trzeciego zgodnie z regulacjami art. 59 dyrektywy 2014/24/UE1 oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE2 , dalej: „dyrektywa” lub „dyrektywy”, jak też ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020).

Odpowiedź:

Potwierdzamy.

Pytanie nr 209:

Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający nie wymaga załączenia do oferty JEDZ dla podwykonawcy niebędącego podmiotem trzecim

Odpowiedź:

Potwierdzamy.

Pytanie nr 210:

Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację SIWZ dotyczącą przedstawienia już na etapie składania ofert wykazu usług budowlanych i osób celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia.

Prośba uzasadniona jest faktem, iż sam Zamawiający w SIWZ rozdział II wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu przewiduje możliwość dokonania najpierw oceny ofert, a następnie zbadania czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu - zgodnie z art. 24aa ustawy. Zaproponowana zmiana byłaby także zastosowaniem wprost art.26 ust. 1 Ustawy PZP, w którym to Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie **art. 11** ogłoszenia dotyczące zamówień ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w **art. 25** ust.1.

W związku z tym wnosimy o zmianę zapisów SIWZ w zakresie rozdziału VI i X oraz JEDZ 0 zobowiązanie Wykonawców do wypełnienia jednolitego dokumentu w zakresie koniecznym do wstępnego potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału (z uwzględnieniem treści SIWZ) - CZĘŚCI I, II, III i VI formularza jednolitego dokumentu. Prosimy też, żeby w CZĘŚCI IV formularza Zamawiający żądał wypełnienia jedynie sekcji a (Wykonawca nie wypełnia pozostałych sekcji CZĘŚCI IV) i nie wypełnia CZĘŚCI V formularza.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowaną zmianę SIWZ.

Pytanie nr 210:

Zgodnie z decyzją Konserwatora Zabytków nr 926/2016 z dnia 23.08.2016 zgodnie z którą do dnia 01.06.2019r. należało usunąć oraz nasadzić 10 szt drzew ozdobnych. Prosimy o informacje iż zakres sten został wykonany ewentualnie prosimy o udostępnienie aktualnej decyzji.

Odpowiedź:

Termin usunięcia/posadzenia został zmieniony na 31.12.2020 r. decyzją nr 248/2020 z dnia 3 marca 2020 r. Zamawiający wystąpi o dalsze przesunięcie terminu do dnia 31.12.2022 r. Decyzją nr 248/2020 z dnia 3 marca 2020 r. została opublikowana na stronie internetowej zamówienia wraz z niniejszymi odpowiedziami na pytania (jako komunikat publiczny, dostępny również w sekcji załączniki).

Pytanie nr 211:

Czy dostawa i montaż wyposażenia łazienek (umywalek, misek ustępowych, baterii, pisuarów, dozowniki mydła, pojemniki na papier, kosz łazienkowy, szczotka WC, poręcze) jest po stronie Wykonawcy? Jeżeli jest to po stronie Wykonawcy to proszę o uzupełnienie zestawienia wraz z podaniem parametrów.

Odpowiedź:

Tak, dostawa i montaż wyposażenia łazienek (umywalek, misek ustępowych, baterii, pisuarów, dozowniki mydła, pojemniki, szczotka WC, poręcze) jest po stronie Wykonawcy – zestawienie armatury w łazienkach (produkty referencyjne) zostało opublikowane na stronie internetowej

zamówienia wraz z niniejszymi odpowiedziami na pytania (jako komunikat publiczny, dostępny również w sekcji załączniki).

Pytanie nr 212:

Czy ewentualne wstrzymanie prac przez archeologa wydłuży termin realizacji i będzie podstawą do podpisania aneksu do umowy wydłużającego termin końcowy i zmieniający wartość inwestycji?

Odpowiedź:

Badania archeologiczne pozostają bez wpływu na termin umowny realizacji przedmiotu umowy. Zmiana umowy możliwa jest jedynie w przypadkach opisanych w SIWZ. Wstrzymanie robót przez Konserwatora Zabytków może być podstawą do zmiany umowy wydłużającej termin końcowy jeżeli będzie miało faktyczny wpływ na możliwość wykonywania robót przez wykonawcę.

Pytanie nr 213:

Kosztorys instalacji elektrycznych. Dział - instalacja telewizji przemysłowej. Z kosztorysów wynika, że łączna ilość kamer wewnętrznych równa się 45 szt. Natomiast w opisie technicznym instalacji teletechnicznym, gdzie znajduje się zestawienie materiałów systemu CCTV jest 101 szt. kamer wewnętrznych. Prosimy o podanie, która ilość jest prawidłowa.

Odpowiedź:

W ofercie należy przyjąć 113 kamer.