



Dobrzeń Wielki dnia: 2022-10-11

Gmina Dobrzeń Wielki

Namysłowska 44
46-081 Dobrzeń Wielki

.....
[nazwa zamawiającego, adres]

WYKONAWCY

ubiegający się o zamówienie publiczne

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie Tryb podstawowy bez negocjacji - art. 275 pkt. 1 ustawy Pzp na **"Budowa gminnej stołówki szkolnej i jadalni w Dobrzeń Wielkim"** – znak sprawy **ZP.271.330.2022**.

Zamawiający, **Gmina Dobrzeń Wielki**, działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022r. poz. 1710), udostępnia poniżej treść zapytań do Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej "SWZ") wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1

Proszę o wyjaśnienie rozbieżności umowy z obecnym stanem prawnym i SWZ. Zgodnie z § 8 ust. 1 i 11a Zamawiający przyznał sobie jednostronne prawo odmowy odbioru z uwagi na wystąpienie usterek i wad nadających się do usunięcia. Takie zapisy stoją w sprzeczności zarówno z SWZ który wprost wskazuje czas trwania Zamówienia, zawiera postanowienia co do gwarancji i rękojmi które to postanowienia mają wpływ na ocenę oferty Wykonawcy. Jednocześnie prawo Zamówień publicznych z założenia ustawowego nakazuje w taki sposób sformułować treść zamówienia, by Wykonawca miał pewność zapłaty za wykonane roboty budowlane.

Tej pewności nie dają zapisy § 8 ust. 1 i 11 a albowiem zgodnie z § 5 ust. 7 umowy uzależnia zapłatę wynagrodzenia Wykonawcy od uzyskania od Zamawiającego podpisanego protokołu końcowego lub częściowego. Zatem zapisy umowy zawierają zapisy o bezusterkowym protokole odbioru. Wykonawca podnosi, że nie każde odstępstwo od stanu idealnego daje prawo Zamawiającemu do odmowy odbioru obiektu. Takie postanowienia byłyby sprzeczne z naturą zobowiązania dot. robót budowlanych (art. 353¹ k.c.) i wskutek tego nieważne. Projekt i zasady wiedzy technicznej stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika. Budynek wzniesiony zgodnie z tymi wymaganiami, jeżeli projekt nie miał istotnych wad, nadaje się do użytkowania, winien skutkować sporządzeniem i podpisaniem przez strony protokołu odbioru. Ogólnikowe wykluczenie istnienia jakiegokolwiek wady w chwili oddania budynku zwykłego użytku naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków (za wyrokiem Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r., sygn. akt V CSK 99/2007).

Obecne brzmienie zapisów umowy prowadzi do wniosku, że w obecnym stanie Zamawiający nie ma obowiązku ani sporządzenia ani wydania protokołu końcowego i uzależnia zarówno wypłatę wynagrodzenia jak i uznanie robót za wykonane w terminie, od bezusterkowego odbioru końcowego i częściowego. Ponadto, zapisy umowy nie precyzują w jakich okolicznościach (dotyczących jakich usterek), Zamawiający może nie podpisać protokołu końcowego albowiem określenie usterki i wady nadające się do usunięcia jest określeniem szerokim. Sytuacja odmowy odbioru robót budowlanych powinna dotyczyć tylko wad istotnych.

Prosimy zatem o zmianę w zapisie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym w tym z wyrokiem Sądu Najwyższego z 22.06.2007 r., sygn. akt V CSK 99/2007, stanowiącym jednoznacznie, że postanowienia umowy o tzw. bezusterkowym odbiorze robót są nieważne.

W tej sytuacji wnoszę o zmianę wzoru w § 8 ust. 1 i 11a umowy, poprzez doprecyzowanie, że odmowa podpisania protokołu częściowego lub końcowego może dotyczyć jedynie wad istotnych.

Odp. SWZ pozostaje be zmian. Zamawiający będzie indywidualnie oceniał każde zdarzenie pod kątem stanu faktycznego i prawnego (w zgodzie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, postanowieniami umownymi, zasadami współżycia społecznego i utrwalonymi zwyczajami).



Pytanie 2.

W § 9 ust. 2 umowy Zamawiający określił obowiązek zwrotu zabezpieczenia w ten sposób, że:

- 70% wysokości zabezpieczenia – w terminie 30 dni od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru dnia należytego wykonana całości zamówienia,
- zamawiający nie określił terminu zwrotu 30% wysokości zabezpieczenia,

Zamawiający podnosi, że z Zamawiający nie może uzależniać odebrania [przedmiotu umowy od wystąpienia jakichkolwiek usterek albowiem w trakcie realizacji Zamówienia mogą pojawić się usterki w jego wykonaniu. Zatem zapis § 9 ust. 2 co do zwrotu 70% zabezpieczenia jest niejasny albowiem Wykonawca nie ma pewności odbioru końcowego robót a przez to nie jest w stanie przewidzieć w jak długim terminie jest zobowiązany utrzymywać zabezpieczenie. Taka sytuacja prowadzi do niemożliwego do wyceny ryzyka kontraktowego przez co SWZ nie zawiera precyzyjnych zapisów pozwalających na wycenę wartości zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający wnosi o wykreślenie słowa „bezusterkowy” z treści § 9 ust. 2.

Ponadto, zapis § 9 ust. 2 wprowadza niepewność co do obowiązku zwrotu przez Zamawiającego zabezpieczenia co do 30%.

Wykonawca wnosi o potwierdzenie okoliczności, że Zamawiający zamierza zwrócić zabezpieczenie w wysokości 30% i prosi o dostosowanie zapisu umownego poprzez wprowadzenie obowiązkowego zwrotu zabezpieczenia co do 30%.

Ponadto w SWZ zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił proporcji co do potrzeby utrzymania zabezpieczenia po czasie zakończenia robót budowlanych nie wskazując jakimi potrzebami się kieruje.

W tym stanie rzeczy Wykonawca wnosi o zmianę proporcji wskazana w § 9 ust. 2 umowy w z 70 % na 90 % i z 30 % na 10%.

Odp. SWZ pozostaje bez zmian. W ocenie Zamawiającego postanowienie jest jasne i precyzyjne, w tym również odnośnie terminów zwrotu zabezpieczenia.

Pytanie 3

W § 14 umowy Zamawiający uzależnił możliwość ważności cesji wierzytelności z umowy od pisemnej zgody Zamawiającego pod rygorem nieważności.

W świetle reżimu prawnego zamówień publicznych, procedur oraz zasad udzielenia zamówień publicznych, w szczególności art.17 ust.2 ustawy pzp należy przyjąć, iż zapłata dokonana na rzecz cesjonariusza za wykonane przez wykonawcę zamówienie nie stanowi naruszenia ram wyznaczonych ustawą pzp./ art.509- 517 kc/. Prawo zamówień publicznych nakierowane jest na badanie przyszłego kontrahenta , ale działania te podejmowane w celu wyłonienia optymalnego wykonawcy, zdolnego do realizacji zamówienia. Ustawodawca nie odniósł się w żadnym przepisie do przyjęcia przez wykonawcę świadczenia wzajemnego zamawiającego milcząco zakładając, iż będzie ona zawsze zainteresowany przyjęciem wynagrodzenia. Cała procedura zmierza do wyboru optymalnego dłużnika a nie optymalnego wierzyciela.

W wyniku cesji wynagrodzenia do wykonania zamówienia zobowiązany jest nadal podmiot wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego- Wykonawca wciąż jest dłużnikiem zamawiającego, jednakże zapłata wynagrodzenia powinna nastąpić do rąk nabywcy wierzytelności, który stał się wierzycielem zamawiającego. Wierzyciel ma prawo rozporządzić swoją wierzytelnością w całości lub w części. Wierzytelność, aby stać się przedmiotem rozporządzenia, musi być w dostateczny sposób oznaczona, zindywidualizowana. Należy dokładnie oznaczyć stosunek zobowiązaniowy, którego elementem jest zbywana wierzytelność /strony, świadczenie, przedmiot świadczenia/. Wskazane elementy muszą być oznaczone już w momencie zawierania umowy cesji zaś sprecyzowanie i dookreślenie pozostałych elementów stosunku zobowiązaniowego winno nastąpić najpóźniej do chwili przejścia wierzytelności z majątku zbywcy do majątku nabywcy.

Zamawiający nie przewidział w umowie zaliczki na wykonanie robót budowlanych.

Zamawiający w związku z treścią § 14 zapytuje czy Zamawiający przewiduje zaliczki na zakup materiałów budowlanych i będzie na bieżąco finansował koszty inwestycji?

Gdyby odpowiedź była negatywna a Zamawiający oczekiwał finansowania bieżącego budowy ze ...środków własnych Wykonawcy to podnosi, że Wykonawca może posiadać potrzebę zapewnienia finansowania inwestycji przez instytucje finansowe. Dodatkowo zamawiający w § 4 ust. 2 pkt 3 przewiduje wstrzymanie zapłaty do czasu odbioru końcowego zamówienia co powoduje, że przez okres od drugiej do zapłaty trzeciej transzy Zamawiający będzie zmuszony sam finansować Zamawiającego i oczekiwać na płatność za wykonanie robót budowlanych.

W tym stanie rzeczy wobec innych zapisów umownych Wykonawca prosi o wprowadzenie zd. 2 do § 14 o treści: „Nie wymaga zgody Zamawiającego cesja wierzytelności z niniejszej umowy na rzecz instytucji finansowych.”



Odp. SWZ pozostaje bez zmian. Zasady finansowania przedsięwzięcia są jasno sprecyzowane i w dużej mierze wynikają z charakteru finansowania zewnętrznego przedmiotowego zadania.

Pytanie 4

Z uwagi na fakt, że uzależniania wypłaty wynagrodzenia Wykonawcy od bezusterkowego odbioru końcowego jest sprzeczne z prawem zamówień publicznych, właściwościami zobowiązania i nieważne z mocy prawa **Wykonawca wnosi o wykreślenie z § 4 ust.2 pkt 2 słowa „bezusterkowego protokołu odbioru”**.

Obecny zapis wprowadza wątpliwość, kiedy Wykonawca ma prawo do uzyskania wynagrodzenia za wykonane roboty, w związku z powyższym Wykonawca oświadcza, że uznaje iż prawo do wynagrodzenia powstaje w dniu odbioru końcowego przez Zamawiającego przedmiotu umowy nie zawierającego wady istotnych uniemożliwiających korzystanie z przedmiotu umowy.

Odp. SWZ pozostaje bez zmian. Zamawiający będzie indywidualnie oceniał każde zdarzenie pod kątem stanu faktycznego i prawnego (w zgodzie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, postanowieniami umownymi, zasadami współżycia społecznego i utwalonymi zwyczajami).

Pytanie 5

„ W nawiązaniu do treści § 15 umowy Wykonawca podnosi, że wprowadzone zapisy w całości uniemożliwiają waloryzację umowną wynagrodzenia z uwagi na zapis § 15 ust. 6 pkt 1 (waloryzacja po upływie 12 miesięcy, umowa termin wykonania 13 miesięcy) oraz zapis „**Waloryzacja będzie dotyczyła wyłącznie robót w części nieodebranych i nierozliczonych odbiorami częściowymi**”.

Jednak, przewidziane w umowach postanowienia dotyczące waloryzacji wynagrodzenia są wprowadzane w celu urealnienia wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy. Instrument ten ma wprowadzać w umowie równowagę ekonomiczną stron umowy.

Zapisy umowne mające na celu obejść obowiązek wprowadzenia klauzuli umowy przez czynienie zapisów umownych waloryzacyjnych już niewystarczającymi w dniu zawierania umowy waloryzacyjnej, przez co utrudnianie wyrównania wynagrodzenia o rzeczywiście poniesione koszty w trybie umownym, stanowi obejście art. 439 pzp.

Zgodnie z rekomendacjami Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej z lipca 2022 r. dot. zmian umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen, z uwagi na obecnie występujące podwyższone ryzyko występowania zjawisk trudnych lub nawet niemożliwych do przewidzenia na etapie zawierania umowy, prawnie pożądanym jest na etapie zawierania umowy zawarcie klauzul waloryzacyjnych zabezpieczających Wykonawcę przed niekorzystnymi skutkami związanymi z długim etapem realizacji umowy.

Realne postanowienia waloryzacyjne pozwalają na uniknięcie w przyszłości potrzeby zmiany umowy poprzez aneksowanie czy to w zakresie wynagrodzenia czy też w zakresie zmiany samej klauzuli waloryzacyjnej.

Wobec rekomendacji Prokuratorii Skarbu Państwa z lipca 2022 r., biorąc pod uwagę obecne otoczenie gospodarcze takiej jak wzrost inflacji, przerwanie łańcuchów dostaw, planowana na 2023 r. płacę minimalną (zwiększenie o 19,6%) Wykonawca wnosi o dostosowanie § 15 umowy do realnej sytuacji rynkowej.

Jednocześnie Wykonawca prosi o potwierdzenie, że Zamawiający będzie stosował wytyczne Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej z lipca 2022 r. dot. zmian umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen.

Odp. SWZ pozostaje bez zmian. Zamawiający może potwierdzić jedynie, że każdą sprawę będzie analizował indywidualnie i będzie stosował się do przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Zamawiający:
Wójt Gminy
/-/ Piotr Szłapa

Rozdzielnik:

1. Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne.
2. Strona internetowa: <https://platformazakupowa.pl/pn/dobrzyenwielki>
3. aa.