

Ldz. 1695/DZP/2019

Olsztyn, dnia 09.08.2019 r.

**Do wiadomości  
wszystkich uczestników postępowania**

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 308/2018/PN/DZP realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Nauk Społecznych Uniwersytetu Warmińskiego – Mazurskiego przy ul. Warszawskiej w Olsztynie”*

**ODPOWIEDZI NA PYTANIA NR 16**

Zamawiający Uniwersytet Warmińsko – Mazurski w Olsztynie działając na podstawie art. 38 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawia uprzejmie odpowiedzi na otrzymane zapytania.

**Pytanie nr 1:** W związku z treścią § 12 ust. 1 lit. b) Istotnych postanowień umowy wnosimy o zmianę słowa „opóźnienia” na słowo „zwłoka”. Prawo do umownego odstąpienia od umowy powinno przysługiwać Zamawiającemu wyłącznie w przypadku, gdy Wykonawca dopuszcza się zwłoki w wykonaniu Przedmiotu umowy, a zatem ponosi odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy. Z kolei obecny zapis pozwala Zamawiającemu na odstąpienie od umowy również w sytuacji, gdy powstałe opóźnienia nastąpi z przyczyn od wykonawcy niezależnych i niezawinionych, w tym w sytuacji gdy np. Zamawiający nie wywiąże się ze swoich ustawowych lub umownych obowiązków.

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia zmiany powyższego zapisu.

**Pytanie nr 2:** W związku z treścią § 12 ust. 5 Istotnych postanowień umowy wnosimy o jego wykreślenie w całości. Zapis ten przypisuje wykonawcy odpowiedzialność za wszystkie zdarzenia wymienione w § 12 ust. 1, niezależnie od wystąpienia zaistnienia przesłanek jego odpowiedzialności. W konsekwencji – na podstawie tego zapisu – wykonawcy będzie można przypisać odpowiedzialność nawet za zdarzenia całkowicie od niego niezależne i niezawinione, w tym w sytuacji gdy np. Zamawiający nie wywiąże się ze swoich ustawowych lub umownych obowiązków.

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia usunięcia powyższego zapisu.

**Pytanie nr 3:** W związku z treścią § 11 ust. 11, w tym lit. a) Istotnych postanowień umowy wnosimy o wykreślenie słów „bez zastrzeżeń”, które wskazują na odbiór bezusterkowy i uzależniają wypłatę wynagrodzenia wykonawcy od odbioru bezusterkowego. Wykonawca przypomina, że art. 647 Kodeksu cywilnego stanowi o zobowiązaniu wykonawcy do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wystąpienie usterek, bądź wad w robotach w żadnym wypadku nie wpływa na niemożność zapłaty wynagrodzenia lub niemożność przeprowadzenia czynności odbiorowych z uwzględnieniem ewentualnych, zgłoszonych przez Zamawiającego nieprawidłowości. Ponadto powyższą kwestię rozstrzygnął Sąd Najwyższy (wyrok z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. akt: V CSK 99/2007) który stwierdził, iż:

- *Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej.*
- *Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek.*

W powyższym orzeczeniu stwierdzono, iż *ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c., a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnień z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c.* W związku z powyższym wnioskujemy o odstąpienie od uzależnienia zapłaty wynagrodzenia (płatności końcowej) od podpisania przez Strony końcowego protokołu odbioru „bez zastrzeżeń”. W przypadku gdyby Zamawiający stał na stanowisku, iż konieczne – pomimo sprzeczności z orzecznictwem Sądu Najwyższego – jest uzależnienie płatności końcowej od usunięcia wszelkich usterek, wskazujemy, iż na potrzeby zapewnienia należytego wykonania Wykonawca, zarówno na okres realizacji przedmiotu umowy, jak i na okres udzielanej rękojmi, zobowiązany jest do wniesienia stosownego zabezpieczenia (którego pierwszą część Zamawiający zwraca w terminie 30 dni od uznania za należyte wykonane przez Wykonawcę). W związku z powyższym, celem ewentualnego zdyscyplinowania wykonawcy do zapewnienia usunięcia ewentualnych nieprawidłowości, jest złożone Zamawiającemu zabezpieczenie, którego zwrot wykonawca otrzyma po usunięciu tychże ewentualnych nieprawidłowości.

**Odpowiedź: Zamawiający informuje, że przeszkodą do dokonania odbioru będą jedynie wady istotne, uniemożliwiające normalne korzystanie z przedmiotu umowy.**

**Pytanie nr 4:** W związku z treścią § 3 ust. 4 oraz § 11 ust. 11 Istotnych postanowień umowy Wykonawca wnosi o wykreślenie z ww. postanowień umownych zapisów - odpowiednio: „*lub do czasu dostarczenia ostatecznego pozwolenia na użytkowanie*” oraz „*po uzyskaniu ostatecznego pozwolenia na użytkowanie*”. Uzależnianie odbioru robót, a tym samym dokonanie płatności za wykonane roboty budowlane, od uzyskania prawomocnego pozwolenia na użytkowanie jest sprzeczne z ustawą o VAT. Wykonawca przypomina, że z dniem 1 stycznia 2014 r. zmiana uległa ustawa o VAT w zakresie określenia momentu powstania obowiązku podatkowego przy dostawie towarów lub wykonaniu usługi. Zgodnie z art. 106 i ust. 3 pkt 1 znowelizowanej ustawy o VAT, fakturę należy wystawić nie później niż do 30 dnia od dnia **faktycznego** wykonania usługi lub dostawy towarów. Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, iż wykonawcy mają **bezwzględny obowiązek** wystawienia faktury z chwilą upływu 30 - go dnia od dnia faktycznego wykonania robót budowlanych, tj. złożenia przez kierownika budowy oświadczenia o zakończeniu realizacji robót poprzez wpis do dziennika budowy. Należy podkreślić, że przepisy te są przepisami bezwzględnie obowiązującymi, a zatem obowiązują niezależnie od tego co strony postanowiły w umowie. Powyższe powoduje, że w sytuacji gdy Przedmiot umowy obejmuje prócz wykonania robót budowlanych, uzyskanie przez wykonawcę decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, wykonawca jest zobligowany do wystawienia faktury za wykonane roboty budowlane w terminie 30 dni od dnia faktycznego wykonania robót budowlanych, a nie dopiero po uzyskaniu ww. pozwolenia. Obowiązek ten spoczywa na wykonawcy niezależnie od zapisów umownych w tym zakresie. Wobec powyższego - w świetle zmiany ustawy o VAT - koniecznym staje się rozdzielenie płatności za wykonanie całości robót budowlanych oraz za wykonanie usługi w postaci uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Przedmiotu zamówienia. Zmiana w projekcie umowy zasad rozliczeń powodowałaby, że wykonawca wystawiłby fakturę po wykonaniu całości robót budowlanych (za wykonane roboty budowlane), a następnie fakturę po uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (za wykonanie tych czynności). Wobec powyższego Wykonawca wnosi o dostosowanie wzajemnych rozliczeń przewidzianych w Umowie do bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.

**Odpowiedź: Zamawiający odmawia usunięcia powyższych zapisów. Zamawiający informuje, że powstanie obowiązku podatkowego na podstawie przepisów o podatku VAT nie stanowi przeszkody w ustaleniu dodatkowych kryteriów uzależniających dokonanie płatności.**

**Pytanie nr 5:** W związku z faktem, iż Zamawiający w § 8 Istotnych Postanowień Umowy przewidział bardzo szeroki katalog sankcji w postaci kar umownych, do naliczenia których uprawniony będzie Zamawiający, prosimy o ustanowienie górnego limitu kar umownych, np. nieprzekraczającego łącznie 10% wartości wynagrodzenia umownego. Pragniemy wskazać, iż w przypadku braku ustanowienia takiego limitu, a wystąpienia zdarzeń dających podstawę do naliczenia kar umownych, która to będzie rażąco wygórowana lub nieproporcjonalna do stopnia zawinienia wykonawcy, wykonawcy przysługiwać będzie prawo żądania miarkowania kary / kar umownych. Miarkowanie kary umownej jest bowiem dopuszczalne, gdy jest ona rażąco wygórowana w stosunku do stopnia naruszenia interesu wierzyciela. Przyjęta formuła pozwala na obniżenie kary umownej wówczas, gdy jest to uzasadnione okolicznościami leżącymi m.in. po stronie wierzyciela. Co więcej w sytuacji, gdy Zamawiający i tak ma prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przewyższającego naliczone kary umowne, ustanowienie limitu dla kar umownych jest zasadne.

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia dodania limitu kar umownych.

**Pytanie nr 6:** W związku z treścią § 8 ust. 1 lit. c, d, e, f Istotnych Postanowień Umowy Wykonawca wnioskuje o zmianę ww. zapisów poprzez zmianę sposobu naliczania kar umownych z „opóźnienia” na „zwłokę”. Pragniemy wskazać, iż zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (art. 471 k.c.), tj. gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z niezachowania przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.). Kara za niedotrzymanie terminu należy się w przypadku zwłoki dłużnika, a „dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie... nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi...” (art. 476 k.c.). W związku z powyższym Wykonawca wnioskuje o zmianę sposobu naliczania kar umownych, jak na wstępie pytania.

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia zmiany powyższego zapisu.

**Pytanie nr 7:** W związku z treścią § 8 ust. 1 Istotnych Postanowień Umowy Wykonawca wnosi o obniżenie o połowę kar umownych przewidzianych na rzecz Zamawiającego. Wykonawca wskazuje, że kary umowne przewidziane przez Zamawiającego są rażąco wygórowane w stosunku do uchybienia Wykonawcy. Zwracamy też uwagę, że celem kary umownej powinno być dyscyplinowanie Wykonawcy, ale nie może być nadmierne obciążanie i prowadzenie do bogacenia się jednej strony kosztem drugiej. Co więcej wskazujemy, że Zamawiający ma możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego w przypadku wystąpienia szkody przewyższającej wysokość naliczonej kary umownej. Z kolei praktyka pokazuje, iż narzucenie przez Zamawiającego nadmiernego poziomu kar prowadzi do niepotrzebnego wzrostu cen składanych ofert, z uwagi na oczywiste ryzyko jakie musi przyjąć na siebie Wykonawca, co nie leży w interesie Zamawiającego.

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia zmiany powyższego zapisu.

**Pytanie nr 8:** W związku z treścią § 6 ust. 1 lit. f) Istotnych postanowień umowy Wykonawca wnosi o wskazanie godzin pracy zakładu oraz potwierdzenie, że prace szczególnie uciążliwe mogą być wykonywane również w sobotę.

**Odpowiedź:** Zamawiający pracuje w godz. 7-15. Potwierdzamy iż prace mogą być wykonywane w sobotę

**Pytanie nr 9:** W związku z treścią § 3 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jaki sposób Zamawiający wykaże, że zniszczenie dróg, chodników i roślinności itp. nastąpiło przez Wykonawcę .

**Odpowiedź:** Zamawiający wykaże na podstawie dokumentacji fotograficznej lub innej, że zniszczenie dróg, chodników i roślinności itp. Nastąpiło przez Wykonawcę.

**Pytanie nr 10:** W związku z treścią § 4 ust. 3 lit. b) Istotnych postanowień umowy Wykonawca wnosi o potwierdzenie, że chodzi wyłącznie o wady istotne. Wykonawca przypomina, że zgodnie z przyjętą przez doktrynę oraz sądy wykładnią jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót. Powyższe potwierdził Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. akt: V CSK 99/2007 orzekł: „Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek”.

**Odpowiedź:** Zamawiający potwierdza, że przeszkodą do dokonania odbioru będą jedynie wady istotne, uniemożliwiające normalne korzystanie z przedmiotu umowy.

**Pytanie nr 11:** W związku z treścią § 4 ust. 3 lit. c) i d) Istotnych postanowień umowy Wykonawca wnosi o ich wykreślenie w całości. Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego obowiązkiem inwestora jest odebranie obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. A zatem w sytuacji wykonania przez wykonawcę obiektu zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, po stronie inwestora powstaje obowiązek jego odbioru. Nie można tego obowiązku uzależnić od uporządkowania terenu lub usunięcia odpadów, czy też innych obowiązków. W związku z tym wnosimy o wykreślenie ww. zapisów w całości.

**Odpowiedź:** Zamawiający informuje, że obowiązek uprzątnięcia placu budowy spoczywa na wytwórcy odpadów (czyli Wykonawcy) w myśl przepisu art. 3 ust. 2 pkt. 32) w zw. z art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. nr 701 z 2019 r.). W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, zaniechanie uprzątnięcia placu budowy uniemożliwia normalne korzystanie z przedmiotu umowy.

**Pytanie nr 12:** Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dysponuje wszelkimi wymaganymi prawem aktualnymi ostatecznymi decyzjami administracyjnymi oraz uzgodnieniami niezbędnymi do wykonania zamówienia, które zachowują ważność na okres wykonania inwestycji, a skutki ewentualnych braków w tym zakresie nie obciążają Wykonawcy.

**Odpowiedź:** Zamawiający potwierdza, że dysponuje wszelkimi wymaganymi prawem aktualnymi ostatecznymi decyzjami administracyjnymi oraz uzgodnieniami niezbędnymi do wykonania zamówienia.

**Pytanie nr 13:** Wnosimy o wprowadzenie do wzoru umowy postanowień dających Wykonawcy prawo do przerwania robót i odstąpienia od umowy w terminie 30 dni o dnia stwierdzenia przez Wykonawcę chociażby jednej z niżej wskazanych okoliczności:

- 1) braku płatności przez okres 30 dni po upływie terminu do zapłaty zgodnie z umową,
- 2) nie przekazania placu budowy w terminie określonym w § 4 ust. 1 lit. a) projektu umowy,
- 3) nie przekazania dokumentacji projektowej w terminie określonym w § 4 ust. 1 lit. b) projektu umowy,
- 4) nie przekazanie stosownych zezwoleń leżących po stronie Zamawiającego, a uniemożliwiających prowadzenie robót przez Wykonawcę.

W związku z powyższym wnosimy również o przyznanie Wykonawcy prawa o zwrotu uzasadnionych kosztów związanych z przestojem Wykonawcy w sytuacjach zależnych od Zamawiającego.

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia dodania powyższych zapisów.


**Pytanie nr 14:** W związku z treścią § 1 ust. 2 Istotnych postanowień umowy prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający załączył do SIWZ całą dokumentację projektową i techniczną potrzebną do wykonania przedmiotu zamówienia oraz że dokumentacja ta jest kompletna i odzwierciedla stan faktyczny w zakresie warunków realizacji zamówienia, zaś brak jakichkolwiek dokumentów istotnych dla oceny warunków realizacji inwestycji nie obciąża Wykonawcy.

**Odpowiedź: Potwierdzamy, iż Zamawiający udostępnił całą posiadaną dokumentację. W przypadku stwierdzenia braków prosimy o zadanie pytania.**

**Pytanie nr 15:** Prosimy o potwierdzenie, że na terenie inwestycji nie stwierdzono gatunków oraz siedlisk roślin i zwierząt gatunków chronionych. W przypadku stwierdzenia osobników i siedlisk gatunków chronionych w czasie wykonywania robót, prosimy o potwierdzenie, że zapewnienie nadzoru przyrodniczego oraz uzyskanie decyzji w trybie art. 56 Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U.2013.627 tj.) na odstępstwa od zakazów w stosunku do gatunków objętych ochroną określonych w art. 51 i 52, leży po stronie Zamawiającego, a koszty z tym związane nie obciążają Wykonawcy.

**Odpowiedź: Potwierdzamy, że na terenie inwestycji nie stwierdzono gatunków oraz siedlisk roślin i zwierząt gatunków chronionych.**

KANCLERZ

  
.....*dr. inż. Aleksander Socha*.....  
(podpis osoby upoważnionej)

*Sporządzili: mgr Zygmunt Bartnikowski  
mgr inż. Tomasz Szczygłowski  
mgr inż. Zbigniew Stachurski  
mgr inż. Grzegorz Zamyślewski*

