

RI. 7013.15.2023

GMINA KAMIENNA GÓRA
Aleja Wojska Polskiego 10
58-400 Kamienna Góra
tel. 75 610 62 92
fax 75 744 28 57

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu

dotyczy: postępowania przetargowego na zadanie: „**Przebudowa drogi gminnej nr 114906D w Rędzinach wraz z budową infrastruktury technicznej w formule „zaprojektuj i buduj”**”.

Zamawiający - Gmina Kamienna Góra, działając na podstawie art. 284 ust. 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zmianami) zwanej dalej „Ustawą” informuje, że w dniu 13 listopada 2023 r. o godzinie 15:42 do Zamawiającego wpłynęła korespondencja, przekazana drogą elektroniczną przez stronę prowadzonego postępowania, w zakresie pytań do treści SWZ

Treść skierowanej korespondencji:

Pytania do treści SWZ

Wykonawca zwraca uwagę na błąd w terminie wykonania zamówienia do 31.10.2023 r.

Wykonawca wnosi o oznaczenie terminu w miesiącach - zgodnie z treścią art. 436 pkt 1 PZP.

Dotyczy § 2 ust. 26 projektu umowy. Wykonawca wnosi o dodanie zdania kolejnego w niniejszym ustępie o treści: „Zamawiający nie odmówi dokonania i podpisania protokołu końcowego w przypadku stwierdzenia nieistotnych wad lub usterek, z zastrzeżeniem, że Wykonawca zobowiązany będzie do ich usunięcia w odpowiednim i technicznie możliwym terminie.”. Przedmiot umowy powinien podlegać odbiorowi w przypadku pojawienia się jedynie nieistotnych wad lub usterek. Odmowa podpisania protokołu odbioru powinna nastąpić jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie nosić wady na tyle istotne, że nie będzie zdatny do użytkowania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 października 2017 r., sygn. akt I ACa 321/17, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12).

Dotyczy § 2 ust. 33 projektu umowy. Wykonawca wnosi o zmianę stwierdzenia "bez jakichkolwiek wad fizycznych lub prawnych" na "bez jakichkolwiek istotnych wad fizycznych lub wad prawnych".

Uzasadnienie zostało przedstawione w pytaniu do § 2 ust. 26 powyżej.

Dotyczy § 2 ust. 35 projektu umowy. Wykonawca wnosi o rozróżnienie definicji wady istotnej od nieistotnej w kontekście możliwości odbioru przedmiotu umowy (pytania do § 2 ust. 26 i 33).

Dotyczy § 3 ust. 2 pkt 6 projektu umowy. Wykonawca wnosi o usunięcie niniejszego postanowienia. Wykonawca nie jest stroną umowy o dofinansowanie.

Dotyczy § 7 ust. 2 projektu umowy. Wykonawca wnosi o usunięcie postanowień niniejszego ustępu w całości. Wykonawca nie odpowiada za opis przedmiotu zamówienia, co jest rolą Zamawiającego (w szczególności art. 99 ust. 1 PZP). Zamawiający nie jest upoważniony do przeniesienia odpowiedzialności za prawidłowe i kompletne przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia na wykonawcę.

Dotyczy § 8 ust. 1 projektu umowy. Wykonawca wnosi o określenie terminu wykonania przedmiotu umowy w miesiącach - zgodnie z treścią art. 436 pkt 1 PZP.

Dotyczy § 8 ust. 2 projektu umowy. Wykonawca wnosi o zmianę treści niniejszego postanowienia na następującą: "Za termin wykonania przedmiotu umowy uważa się zgłoszenie gotowości do odbioru robót objętych przedmiotem umowy, o ile w podczas procesu odbioru nie zostaną stwierdzone wady istotne.". Przedmiot umowy powinien podlegać odbiorowi w przypadku pojawienia się jedynie nieistotnych wad lub usterek. Odmowa podpisania protokołu odbioru powinna nastąpić jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie nosić wady na tyle istotne, że nie będzie zdatny do użytkowania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 października 2017 r., sygn. akt I ACa 321/17, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CSK 476/12).

Dotyczy § 9 ust. 1 pkt 3 projektu umowy. Wykonawca wnosi o wyraźne wskazanie w jakim terminie Zamawiający przekaże teren budowy.

Dotyczy § 12 ust. 3 pkt 7 i 8 projektu umowy. Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, że niniejszej zobowiązania dotyczą jedynie umów podwykonawczych, których przedmiotem są roboty budowlane.

Dotyczy § 14 ust. 11 pkt 2 projektu umowy. Wykonawca wnosi o usunięcie niniejszego ustępu. Wykonawca nie może odpowiadać na zasadzie gwarancji lub rękojmi za oddany przedmiot umowy, po terminie jego protokolarnego odbioru przez Zamawiającego.

Dotyczy § 17 ust. 4 projektu umowy. Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, że - zgodnie z treścią art. 464 ust. 3 PZP - niniejsza akceptacja (brak sprzeciwu do projektu umowy lub jej zmiany) dotyczy wyłącznie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane.

Dotyczy § 17 ust. 6 - 12, ust. 15 i ust. 18 projektu umowy. Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, że - zgodnie z treścią art. 464 ust. 1 - 7 PZP - niniejsza warunki dotyczą wyłącznie umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane.

Dotyczy § 17 ust. 14 projektu umowy. Wykonawca wnosi o usunięcie niniejszego ustępu w całości, który jest nieprecyzyjny. Należy w szczególności zwrócić uwagę, że niniejszy wymóg nie może odnosić się do umów podwykonawczych, których przedmiotem są dostawy lub usługi, bowiem byłby niezgodny z przepisami PZP, a w szczególności art. 464 ust. 8-10 PZP.

Dotyczy § 22 ust. 5 projektu umowy. Wykonawca wnosi o dodanie zdania kolejnego w niniejszym ustępie o treści: "Skorzystanie z uprawnienia, o którym mowa w zdaniu poprzednim, winno zostać poprzedzone bezskutecznym upływem odpowiedniego terminu, wyznaczonego przez Zamawiającego, w pisemnym wezwaniu do usunięcia przedmiotowych naruszeń.". Wykonawca wskazuje, że powinien zostać uprzedzony przez Zamawiającego o skorzystaniu z przedmiotowego uprawnienia i mieć możliwość usunięcia ewentualnych naruszeń.

Dotyczy § 22 ust. 6 projektu umowy. Wykonawca wnosi o usunięcie niniejszego postanowienia. Wykonawca jest zobowiązany do utrzymania ubezpieczenia wymaganego przez Zamawiającego przez okres trwania obowiązywania umowy. Zamawiający nie powinien być uprawniony do ingerencji w treść ubezpieczenia, nawet w przypadku jej zmiany, jeśli ubezpieczenie nadal będzie spełniać wymogi określone w niniejszej umowie.

Dotyczy § 28 ust. 6 projektu umowy. Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, że przejęcie wskazanej w niniejszym ustępie odpowiedzialności musi być związane z nienależytym wykonaniem przedmiotu niniejszej umowy przez Wykonawcę.

Dotyczy § 29 ust. 3 projektu umowy. Wykonawca wnosi o usunięcie stwierdzenia o treści "jak też w okresie odpowiedzialności Wykonawcy za wady, powstałe wskutek okoliczności, za które Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca.". Wykonawca nie może przejąć odpowiedzialności za działania osób trzecich, w tym podwykonawcy, w okresie po przekazaniu placu budowy (odbiorze robót).

Odpowiedź:

W zakresie terminu realizacji przedmiotu umowy, Zamawiający udzielił już Wykonawcy odpowiedzi i opublikował ją na stronie postępowania w dniu 02.11.2023 roku

W zakresie pozostałych pytań Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę zapisów postanowień umowy i podkreśla, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być uznane za sui generis umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego" (np. wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Mając na powyższe na uwadze, Zamawiający konstruuje zapisy umowy o roboty budowlane w sposób obligujący Wykonawcę do wykonania przedmiotu umowy bez wad i usterek, co jednak nie uniemożliwia dokonania odbioru zamówienia przy jednoczesnym skorzystaniu przez Zamawiającego z przepisów art. 560 i następane ustawy Kodeks cywilny (np. w przypadku wad nieistotnych) w związku z § 4 ust. 9 wzorca umowy. Przytoczone orzeczenia sądowe i linia orzecznicza jest znana Zamawiającemu, jednak należy wskazać, że orzecznictwo sądowe nie jest źródłem powszechnie obowiązującego prawa (zgodnie z treścią art. 87 Konstytucji są nimi ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe i rozporządzenia). W ślad za tym, Zamawiający nie widzi też podstaw do definiowania pojęć wady istotnej i nieistotnej, skoro w obowiązującym systemie prawnym nie funkcjonują definicje legalne tych pojęć i są one kształtowane w procesie orzeczniczym, w odniesieniu do konkretnej sytuacji faktycznej i prawnej.

W odniesieniu do stwierdzenia, że Wykonawca nie jest stroną umowy o dofinansowanie, Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z warunkami otrzymanego dofinansowania zadania inwestycyjnego, jest zobowiązany wskazać Wykonawcom, że zapłata wynagrodzenia następuje na zasadach programu w ramach którego udzielono dofinansowania.

Zamawiający zwraca uwagę Wykonawcy, że przedmiotem postępowania są roboty budowlane, w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co odpowiada definicji robót budowlanych zawartej w art. 7 pkt 21 ustawy Pzp. W konsekwencji, postanowienia wzorca umowy w zakresie podwykonawstwa należy odczytywać przez pryzmat postanowień ustawy Pzp, w szczególności art. 464 ust. 1 tej ustawy, który mówi o Wykonawcy, podwykonawcy i dalszym podwykonawcy zamówienia na roboty budowlane.

Zamawiający podkreśla na koniec i wskazuje jednocześnie Wykonawcy, że przepisy art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i 284 ust. 1 i 2, odnoszą się wyłącznie do sytuacji, w której Wykonawca nie rozumie treści SWZ a w konsekwencji zwraca się do Zamawiającego o jej wyjaśnienie. Takie rozumienie przytoczonych przepisów ustawy Pzp jest istotne, ponieważ w istocie rzeczy nie obligują one Zamawiającego do udzielania Wykonawcy wyjaśnień w sytuacji, gdy Wykonawca zwraca się do Zamawiającego w innym celu niż wyjaśnienie treści SWZ lub z żądaniem zmiany jej treści. Na bazie ugruntowanej linii orzeczniczej KIO (np. wyroku z dnia 6.05.2011 r., KIO 836/11), Zamawiający podkreśla, że *„wyjaśnienia treści siwz, stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w siwz w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniami. Zatem, wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w siwz”* KIO stoi też na stanowisku, że *„wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień”* (zob. wyrok z 28 marca 2011 r., KIO 545/11).

Z upoważnienia Wójta
Z-ca Wójta
/ - / Małgorzata Buszkiewicz