

Cieszyn, dnia 12.01.2021r.

ZP.272.34.2020

**Otrzymują:  
Wszyscy Wykonawcy**

***Dotyczy przetargu nieograniczonego poniżej 5.350.000 euro na „Remont drogi powiatowej 2616 S ul. Stalmacha w Skoczowie na odcinku ok. 0,6 km wraz z elementami przebudowy”***

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych, zwanej dalej uPzp, Zamawiający udziela odpowiedzi na następujące wnioski i pytania Wykonawcy wniosków:

**Pytanie nr 1:** Dotyczy wzór umowy § 8 ust.5: Wnosimy o usunięcie zapisu, zapis w obecnym brzmieniu daje Zamawiającemu możliwość wstrzymania płatności nawet przy nieznacznym opóźnieniu w stosunku do harmonogramu.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie wnioskowanej zmiany umowy. Powyższy zapis ma motywować Wykonawcę do terminowej realizacji umowy. Zauważyć należy, że opóźnienia realizacyjne mogą przekładać się na wydłużenie czasookresu utrudnień w ruchu drogowym, co jest nie wskazane ze względów bezpieczeństwa ruchu drogowego.

**Pytanie nr 2:** Dotyczy wzór umowy § 10 ust.5: Prosimy o modyfikację, iż Inspektor będzie uprawniony do żądania usunięcia z terenu budowy w niniejszych przypadkach, jeśli osoba pomimo pisemnego upomnienia nie zaprzestała naruszeń.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany umowy we wnioskowanym zakresie. Inspektor musi mieć możliwość bezpośredniego, należytego reagowania na warunki zastane na placu budowy, w tym reagowania na wszelkie nieprawidłowości. Zauważyć należy, że inwestycja dotyczy drogi publicznej ogólnie dostępnej zarówno dla pieszych jak i zmotoryzowanych użytkowników, a zatem, w sytuacji stwierdzenia przez IN nadzoru nieprawidłowości wskazanych w powyższym punkcie, mając na względzie bezpieczeństwo zarówno wszystkich osób przebywających w terenie budowy (czy to pracowników, czy użytkowników drogi), jak i docelowo wszystkich użytkowników musi mieć możliwość odpowiedniego reagowania na nieprawidłowości.

**Pytanie nr 3:** Dotyczy wzór umowy §10 ust. 9: Wnosimy o usunięcie zdania pierwszego ustępu, który jest nieskonkretyzowany i daje Zamawiającemu dowolność zastosowania, a Wykonawcy niepewność do otrzymania wynagrodzenia. W przypadku braku zgody na wykreślenie, wnosimy o podanie podstawy prawnej niniejszego zapisu.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowane wykreślenie zapisu. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy powyższy zapis ma na celu przyjęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za właściwe wykonanie przedmiotu umowy. Zapis jest konkretny, a roboty powinny być wykonane zgodnie z wymogami technologicznymi opisanymi w umowie i STWiORB. Dopiero brak wykonania robót w sposób opisany (brak spełnienia wymogów technicznych; technologicznych; jakościowych) może doprowadzić do powstania odpowiedzialności po stronie Wykonawcy. Jednocześnie podkreślić należy, że w tym przypadku ewentualna odmowa zapłaty dotycząca nieprawidłowo wykonanego zakresu ma charakter „czasowy”, tj. do momentu poprawnego wykonania zakresu zgodnie ze sztuką budowlaną. Postawa prawna wynika z odpowiedzialności kontraktowej.

**Pytanie nr 4:** Dotyczy wzór umowy § 13 ust.3: Prosimy o potwierdzenie, że okres odpowiedzialności za straty i szkody dotyczy usunięcia wad stwierdzonych podczas odbioru końcowego, a po odbiorze końcowym i usunięciu wad stwierdzonych podczas odbioru końcowego za straty i szkody odpowiada Zamawiający.

**Odpowiedź:** Zamawiający wskazuje, że zapis zawarty §13 ust. 3 projektu umowy dotyczy odpowiedzialności Wykonawcy za wszelkie straty i szkody wyrządzone przez Wykonawcę przy okazji wykonywania umowy zarówno w stosunku do Zamawiającego jak i osób trzecich (użytkowników dróg) pozostających w normalnym związku przyczynowo-skutkowym z wykonywaniem robotami. Odpowiedzialność ta kończy się wraz z podpisaniem protokołu końcowego i usunięciem ewentualnych wad stwierdzonych odbioru końcowego.

**Pytanie nr 5:** Dotyczy wzór umowy § 14 ust.8 pkt.b): Prosimy o doprecyzowanie „(...) o uregulowaniu wymagalnych należności (...)”

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia dokonania doprecyzowania, ponieważ odpowiedzialność Zamawiającego wobec Podwykonawców uregulowana jest bez względu na termin wymagalności ich należności. Biorąc pod uwagę miejsce umowy w którym przedmiotowy zapis się znajduje dookreślenie pojęcia „wymagalnych“ nie jest konieczne, zwłaszcza że pojęcie to ma być rozumiane zgodnie z kodeksem cywilnym. Bez względu na „wymagalność“ poszczególnych należności dla Podwykonawców, brak wykazania rozliczenia się Wykonawcy z Podwykonawcami skutkować będzie działaniami opisanymi w §6 ust.6 pkt. c) umowy.

**Pytanie nr 6:** Dotyczy wzór umowy §16 ust.7 pkt. b): Wnosimy o modyfikację zapisu. Zamawiający nie może odmówić odbioru, chyba że wady są istotne. Ww. stanowisko Sąd Najwyższy podzielił w wyroku z dnia 7 marca 2013 r. (sygn. akt II CSK 476/12). Zaakceptowano tam dominujący pogląd orzecznictwa, iż w sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych wykonanych zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, Zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń, co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem Zamawiającego o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności Wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Jednocześnie zwrócono uwagę, że odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania. Prosimy o modyfikację zapisu: „jeżeli wady przedmiotu umowy dają się usunąć, Zamawiający może żądać ich usunięcia w oznaczonym terminie, a jeżeli wady te są istotne może odmówić odbioru do czasu usunięcia tych wad.”

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia dokonania zmiany. Zamawiający wskazuje, że ostateczna decyzja co do rodzaju wad i możliwości podpisania protokołu odbioru robót należy do Zamawiającego, który podejmując decyzję o odbiorze prac będzie się kierował bezpieczeństwem ruchu drogowego i możliwością dopuszczenia pojazdów ruchu. Zapis brzmi „Zamawiający może“, wobec czego ma to przeciwdziałać fikcji, w której zgłoszenie do odbioru robót następuje wyłącznie celem uniknięcia zapłaty kar umownych za niewykonanie robót w terminie.

**Pytanie nr 7:** Dotyczy wzór umowy §17 ust. 8: Wnosimy o modyfikację, że Zamawiający może zlecić zastępcze usunięcie wad po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy i wyznaczeniu dodatkowego terminu.

**Odpowiedź:** Mając na uwadze fakt, że zakres robót objętych zamówieniem ma istotne

znaczenie dla bezpieczeństwa ruchu drogowego Zamawiający odmawia zmiany zapisu – z umowy wynika, że zapis ten znajdzie zastosowanie dopiero w sytuacji nie usunięcia wad w terminie lub nie stawieniu się Wykonawcy na oględziny, wobec czego będzie miał zastosowanie jedynie w wyniku beczynności Wykonawcy.

**Pytanie nr 8:** Dotyczy wzór umowy §19 ust. 1 pkt a): Prosimy o modyfikację, iż odstąpienie z niniejszego tytułu może nastąpić po uprzednim pisemnym wezwaniu do wypełnienia obowiązku.

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisu. Brzmienie wskazanego punktu wskazuje możliwość odstąpienia m.in. z powodu „nie złożenia wyjaśnień“, co wskazuje, że Zamawiający będzie najpierw wzywał do ich złożenia. Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, że wymagania kontraktowe dotyczące obowiązku zatrudniania na umowę o pracę są jasno sprecyzowane zarówno w SIWZ jak i w projekcie umowy i mają na celu ochronę pracowników zgodnie z obowiązującym brzmieniem uPzp. Dlatego przestrzeganie tych wymagań kontraktowych przez Wykonawcę ma istotne znaczenie dla Zamawiającego, a Zamawiający przewidział karę umowną za beczynność Wykonawcy.

**Pytanie nr 9:** Dotyczy wzór umowy § 20: Wnosimy o określenie limitu kar umownych, które w ramach umowy Zamawiający może nałożyć na Wykonawcę oraz o dodanie kary do zapłaceniu której na rzecz Wykonawcy zobowiązany będzie Zamawiający w przypadku odstąpienia przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.:

**Odpowiedź:** Zamawiający nie może przewidzieć skali szkody spowodowanej przez Wykonawcę niewykonaniem zobowiązania w terminie. Założenie w umowie kar umownych za opóźnienie ma na celu mobilizowanie Wykonawcy do wykonania robót zgodnie z terminem wskazanym w umowie, a ponieważ są to roboty uciążliwe dla uczestników uczestników ruchu drogowego, Zamawiający zakłada, że wprowadzenie limitu kar umownych doprowadzi do sytuacji, w których Wykonawcy będą kalkulować konieczność wykonania robót w terminie wobec innych swoich innych zobowiązań.

**Pytanie nr 10:** Dotyczy wzór umowy § 20 ust.1 pkt. b): Wnosimy o zmianę podstawy naliczenia kary z opóźnienia na zwłokę. Wykonawca nie może odpowiadać za opóźnienia w dotrzymaniu terminów umownych zależne np. od Zamawiającego. Na poparcie niniejszego stanowiska można wskazać wyrok SN z dnia z 17.06.2003 r. III CKN 122/01: “Kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, które następuje przez zapłatę kary umownej, a w art. 484 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody. Ustawowe określenie "bez względu na wysokość poniesionej szkody" nie może być utożsamiane z określeniem "niezależnie od poniesienia szkody".

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia dokonania poprawki wskazując jednocześnie, że przewidział w § 21 umowy katalog okoliczności uprawniających do zmian terminu wykonania umowy m.in. ze względu na warunki atmosferyczne oraz inne okoliczności niezależne od Wykonawcy. Wykonawca może na każdym etapie wykonania umowy wnioskować o zmianę terminu wykonania umowy z powołaniem na podstawy wskazane w § 21.

**Pytanie nr 11:** Dotyczy wzór umowy § 20 ust.1 pkt. d): Wnosimy o zmianę podstawy naliczenia kary z opóźnienia na zwłokę. Wykonawca nie może odpowiadać za opóźnienia w dotrzymaniu terminów umownych zależne np. od Zamawiającego.

**Odpowiedź:** Zamawiający odmawia dokonania zmiany wskazując jednocześnie, że usunięcie

wad może mieć wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego, a kara ma działać mobilizująco na Wykonawcę i przeciwdziałać jego opieszałości lub braku reakcji na wezwanie Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w § 21 umowy przewidział katalog okoliczności uprawniających do zmian terminu wykonania umowy m.in. ze względu na warunki atmosferyczne oraz inne okoliczności niezależne od Wykonawcy. Wykonawca może na każdym etapie wykonania umowy wnioskować o zmianę terminu wykonania umowy z powołaniem na podstawy wskazane w § 21.

**Pytanie nr 12:** Dotyczy SIWZ pkt. 3.2 ppkt 27: „Wszelkie zastrzeżenia Wykonawcy dotyczące prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej (zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego) stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, zgłoszone po terminie przeznaczonym na składanie ofert nie mogą stanowić podstawy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń od Zamawiającego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia”.

Czy dokumentacja projektowa na pewno jest kompletna i zawiera wszelkie niezbędne dane do prawidłowego i całkowitego wykonania przedmiotu zamówienia? Czy Zamawiający dopełnił swoich obowiązków w zakresie kompletności i precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia? Zamawiający w/w zapisem w SIWZ próbuje dokonać nieuprawnionego przeniesienia swoich ryzyk i obowiązków wynikających z ustawy PZP i Kodeksu Cywilnego na Wykonawców w zakresie: weryfikacji dokumentacji i zakresu robót przed przystąpieniem do przetargu.

Zaznaczamy, że:

- Zgodnie z wykładnią art. 647 k.c. za dokumentację projektową i jej jakość odpowiada Inwestor.
- Zgodnie z art. 29 ust. 1. „**Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**”.
- Zgodnie z art. 31 ust. 1. „Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej

Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym potwierdzonym Wyrokiem Sądu Najwyższego nr III CKN 629/98 z dnia 27.03.2000r.: „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad (art. 651 k.c). Wykonawca robót nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania, musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z tym projektem”.

Oświadczamy zatem, że przenoszenie swoich obowiązków na Wykonawcę w świetle w/w przepisów prawa oraz art. 58 k.c. („Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna”) jest prawnie nieskuteczne i nie będzie uwzględniane przez Wykonawców. W związku z powyższym wnosimy o usunięcie nieskutecznego i wprowadzającego w błąd zapisu ze wszystkich części dokumentacji przetargowej.

**Odpowiedź:** Zamawiający informuje, że dobrze znane mu są obowiązki w zakresie odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie zamówienia, opis przedmiotu zamówienia, który w przypadku robót budowlanych dokonywany jest za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej. Dlatego też sporządzenie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej na potrzeby realizacji robót budowlanych dla zadania objętego zamówieniem Zamawiający powierzył wyspecjalizowanej jednostce projektowej, gdzie elementy te zostały opracowane przez Projektanta posiadającego stosowne uprawnienia do projektowania. Zamawiający oświadcza, że dopełnił wszelkich starań, aby prawidłowo przygotować przedmiot zamówienia.

Niemniej jednak należy zauważyć, że nawet w przypadku ewentualnego istnienia wad, które

mogły powstać na etapie projektowania, a zatem leżących po stronie Inwestora, Wykonawca jako podmiot profesjonalnie zajmujący się robotami budowlanymi, powinien poinformować inwestora o niebezpieczeństwie wystąpienia takich wad jeszcze przed realizacją obiektu, co byłoby z korzyścią dla obu stron, jak również miałyby istotne znaczenie do zidentyfikowania jeszcze na etapie procedury przetargowej, przed zawarciem umowy i powierzeniem realizacji zadania wyłonionemu Wykonawcy.

Zamawiający chcąc ograniczyć ewentualne ryzyko wystąpienia wad, mając na uwadze brzmienie Art. 651. KC „*Obowiązek zawiadomienia inwestora o przeszkodach. Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora.*”, zawarł wskazany zapis w SIWZ.

Zamawiający informuje, że wprowadzony powyższy zapis nie miał w żadnym stopniu powodować wprowadzenia kogokolwiek w błąd, ani też zwalniać Zamawiającego z własnej, kodeksowej i ustawowej odpowiedzialności. Powyższy zapis miał swoją genezę w powiązaniu z odpowiedzialnością Wykonawcy zawartej w Art. 651. KC.

**Reasumując, mając na uwadze zgłoszone przez Wykonawcę wątpliwości co do brzmienia przedmiotowego zapisu Zamawiający modyfikuje zapisy SIWZ poprzez usunięcie zapisu zawartego w pkt. 3.2 ppkt 27 SIWZ, pozostając przy kodeksowej odpowiedzialności stron.**

Pozostałe postanowienia SIWZ pozostają bez zmian.

**STAROSTA**  
  
**Mieczysław Szczurek**