

Warszawa, dnia 14.03.2018r.

Pytania i odpowiedzi

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą **wykonanie kompleksowej wielobranżowej dokumentacji architektoniczno-budowlanej, dotyczącej przebudowy budynku Teatru Wielkiego – Opery Narodowej zlokalizowanego przy Pl. Teatralnym 1 w Warszawie, na potrzeby poprawy jego bezpieczeństwa pożarowego wraz z uzyskaniem niezbędnych pozwoleń administracyjnych i uzgodnień oraz ze świadczeniem usługi nadzoru autorskiego.**, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (sprawa nr ZP.260.4.2018).

Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (DzU z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm) zwanej dalej Ustawą, udziela poniżej informacji o pytaniach Wykonawców odnoszących się do treści SIWZ dotyczącej w/w postępowania oraz odpowiedzi na nie.

Pytanie nr 1:

Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób będzie rozstrzygane pierwszeństwo dokumentów w przypadku rozbieżności pomiędzy następującymi dokumentami składającymi się na dokumenty przetargowe tj: wzór Umowy, SIWZ, OPZ, pytania i odpowiedzi oraz modyfikacje SIWZ? Prosimy o precyzyjne określenie hierarchii ważności tych dokumentów. Wskazujemy, że brak jasności i przejrzystości dokumentów przetargowych kształtuje płaszczyznę dla przyszłych sporów w interpretacji hierarchii. Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie przez Zamawiającego, iż znana mu jest utrwalona linia orzecnicza KIO i Prezesa UZP iż wszelkie spory związane z interpretacją zapisów SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający po przeanalizowaniu dokumentów przetargowych (specyfikacja istotnych warunków zamówienia – dalej SIWZ, załącznik nr 1 do SIWZ pn. Opis przedmiotu zamówienia – dalej OPZ, wzór umowy) stwierdza, że nie występują w nich rozbieżności. Ponieważ pytanie nie wskazuje o jakich konkretnie rozbieżnościach mowa Zamawiający nie ma możliwości odniesienia się do nich.

Pytanie nr 2:

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, jakie konsekwencje spowoduje brak jednoznacznego określenia parametrycznej liczby przeglądów gwarancyjnych, w jakich musi wziąć udział Wykonawca w trakcie trwania okresu gwarancji? Brak jednoznacznej informacji w tym zakresie powoduje, że wykonawcy są zmuszeni wkalkulować w cenę ofertową kwotę, która stanowiła będzie zabezpieczenie ryzyka, jakie mogą ponieść. Kwota ta będzie więc nieadekwatna do rzeczywiście poniesionych nakładów pracy. W związku z powyższym, czy Zamawiający wyraża zgodę na wkalkulowanie w ofertę dodatkowej kwoty wynikłej z powyższego ryzyka, jakim jest brak sprecyzowania liczby przeglądów gwarancyjnych przez Zamawiającego? Oczywiście wskazujemy równocześnie, iż takie zapisy SIWZ są niegospodarne i naruszają dyscyplinę finansów publicznych, gdyż wskutek nieprecyzyjnego określenia przedmiotu umowy powodują zwiększenie ofert cenowych Wykonawców. Prosimy serdecznie tak ukształtować zapisy w zakresie przedmiotu umowy, aby nie naruszać przepisów prawa i nie działać na szkodę Wykonawców.

Odpowiedź:

W SIWZ Zamawiający nie nakłada na Wykonawcę obowiązku udziału w przeglądach gwarancyjnych zarówno Projektu będącego przedmiotem zamówienia, jak również robót budowlanych wykonanych w oparciu o ten Projekt. W okresie gwarancji, Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za wady fizyczne i prawne opracowanego przez siebie Projektu, co szczegółowo opisano w § 9 wzoru umowy.

Pytanie nr 3:

Przypominamy, iż dokonany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wykonawcą dokonanie prawidłowych oraz rzetelnych kalkulacji. Obecny zapis przedmiotu zamówienia (OPZ) nie określa jednoznacznie wytycznych dotyczących nadzorów, które należy wkalkulować do ceny oferty, prosimy o dodanie precyzyjnego opisu w tym

zakresie m.in. dot. okresu czasu w jakim należy sprawować nadzór, maksymalnej ilości nadzorów w miesiącu oraz ilości osób uczestniczących w nadzorach, czy poszczególnych projektantów czy całego zespołu, pozwalającego na dokonanie rzetelnej wyceny.

Odpowiedź:

Okres czasu, w jakim należy sprawować nadzór autorski określony jest szczegółowo w pkt. 4 ppkt. 2) lit. e), OPZ oraz w § 5 ust. 2 i 3 wzoru umowy. Zamawiający nie określa maksymalnej ilości nadzorów w miesiącu. Ilość nadzorów w miesiącu uzależniona będzie od aktualnych potrzeb, zgłaszanych na etapie robót budowlanych, realizowanych w oparciu o Projekt. Ilość osób (Projektantów konkretnej branży) uczestniczących w danym nadzorze, będzie zależała od specyfiki problemu zgłaszanego do rozwiązania w ramach nadzoru – vide odpowiedź na pytanie nr 4.

Pytanie nr 4:

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z zapytaniem, czy dobrze rozumie pojęcie „jeden nadzór autorski”, że zdaniem Zamawiającego jest to wizyta na budowie jednego projektanta w danym czasie wskazana w razie wystąpienia konieczności pojawienia się specjalisty danej branży na placu budowy?

Odpowiedź:

Przez jeden pobyt Projektantów w ramach świadczenia usługi nadzoru autorskiego Zamawiający rozumie świadczenie nadzoru autorskiego w trakcie wizyty na terenie budowy Projektantów w branżach wynikających ze specyfiki problemu zgłaszanego do rozwiązania w ramach nadzoru, który powinien zostać rozwiązany poprzez: wpis do dziennika budowy, wpis w notatce z narad koordynacyjnych bądź wydanie rewizji.

Pytanie nr 5:

Prosimy o informacje kto jest odpowiedzialny za uzyskanie prawa do dysponowania terenem na cele budowlane.

Odpowiedź:

Zamawiający posiada prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

Pytanie nr 6:

Jaki termin Zamawiający przewidział na rozpoczęcie robót budowlanych?

Odpowiedź:

Terminy rozpoczęcia robót budowlanych w ramach poszczególnych Części, określonych w pkt. 4 ppkt. 2) lit. d) OPZ, uzależnione są od przeprowadzenia procedury wyłonienia wykonawców robót budowlanych. Zamawiający przewiduje, że będzie to następowało na przełomie stycznia/lutego danego roku, w którym planuje się realizację robót budowlanych w ramach poszczególnych Części.

Pytanie nr 7:

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy w zakresie Wykonawcy znajduje się wykonanie dokumentacji geotechnicznej, ekspertyzy pożarowej oraz analizy wpływu (oddziaływania na budynek/budowle), badań hydrogeologicznych. Prosimy o podanie minimalnych ilości, jakie należy wkalkulować do oferty.

Odpowiedź:

W zakresie ujętym w SIWZ nie znajduje się wykonanie opracowań ujętych w przedmiotowym pytaniu.

Pytanie nr 8:

Wnosimy o określenie minimalnego i maksymalnego terminu w dniach roboczych, jaki Zamawiający będzie stosował do Wykonawcy w celu udzielenia pisemnych wyjaśnień na złożone zapytania przed podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane?

Odpowiedź:

Wykonawca zobowiązany jest do składania wszelkich wyjaśnień dotyczących merytorycznej treści Projektu oraz do formułowania odpowiedzi na pytania składane przez wykonawców robót budowlanych w oparciu o Projekt w terminie do dwóch dni roboczych.

Pytanie nr 9:

Prosimy o potwierdzenie, iż poprawnie interpretujemy zapisy SIWZ. Czy w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego niewłaściwego wykonywania obowiązków przez wykonawcę, Zamawiający poda uzasadnienie faktyczne i prawne, a Wykonawca będzie miał prawo się do tego odnieść i złożyć Plan Naprawczy? Jeśli Zamawiający chce inaczej postępować z Wykonawcą w ww. okoliczności prosimy o potwierdzenie powyższego gdyż Wykonawca pragnie wkalkulować dodatkowe obciążenia finansowe w wypadku gdy Zamawiający nie przewiduje instytucji Planu Naprawczego. Zamawiający z pewnością zdaje sobie sprawę z krzywdzenia wykonawców wskazując brak możliwości przedłożenia planu naprawczego.

Odpowiedź:

Z pytania nie wynika w oparciu o jakie przepisy Zamawiający miałby być zobowiązany do wprowadzenia do SIWZ „Planu naprawczego” oraz jaka obowiązywać by musiała wówczas procedura.

Niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie zobowiązań przez Wykonawcę niesie ze sobą określone konsekwencje, które są precyzyjnie opisane w § 10 wzoru umowy. Paragraf ten dokładnie określa sytuacje, które uprawniają Zamawiającego do wypowiedzenia/odstąpienia od umowy, jak też zastosowania kar umownych.

Pytanie nr 10:

Zamawiający posiada pomiary z inwentaryzacji całego obiektu oraz czy jest to wersja cyfrowa?

Odpowiedź:

Tak. Zamawiający posiada pomiary inwentaryzacji całego budynku Teatru w wersji cyfrowej.

Pytanie nr 11:

Wykonawca zwraca się z prośbą o wprowadzenie przez Zamawiającego do treści umowy, w zakresie, precyzyjnej informacji wskazującej na termin rozpoczęcia się okresu rękojmi, tj. termin realizacji głównego przedmiotu Umowy. Prosimy o potwierdzenie, iż termin okresu rękojmi rozpoczyna się z dniem odbioru przez Zamawiającego ostatniej części przedmiotu umowy. Prosimy o potwierdzenie, iż sprawowanie nadzorów autorskich zawiera się w zakresie okresu rękojmi. Jeśli Zamawiający uważa inaczej prosimy o wyklarowanie stanowiska Zamawiającego stosownymi zapisami SIWZ. Jednocześnie pragniemy zaznaczyć, iż sztuczne wydłużenie okresu rękojmi po wykonaniu opracowań projektowych spowoduje, iż Wykonawca doliczy do oferty dodatkowo 10% jej ceny z uwagi na dodatkowe koszty finansowe. Prosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający wyraża zgodę na takie działanie Wykonawcy

Odpowiedź:

Termin rozpoczęcia okresu rękojmi jest precyzyjnie wskazany we wzorze umowy – § 9 ust. 2, który stanowi, że Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za wady fizyczne i prawne projektu lub jego części od momentu odbioru projektu przez Zamawiającego.

Wykonywanie nadzoru autorskiego to zobowiązanie Wykonawcy stanowiące część przedmiotu umowy, a polegające na nadzorowaniu wykonywania robót zgodnie z Projektem, natomiast rękojmia to odpowiedzialność za wady projektu, często związana z koniecznością jego zmiany ze względu na zaistnienie wad uniemożliwiających wykonanie robót zgodnie ze sztuką budowlaną. Dlatego zupełnie bezpodstawne jest stwierdzenie „*prosimy o potwierdzenie, iż sprawowanie nadzorów autorskich zawiera się w zakresie okresu rękojmi*”. Tak samo bezpodstawny jest zarzut „*sztucznego wydłużenia okresu rękojmi po wykonaniu opracowań projektowych*”. Rękojmia z definicji nie może rozpocząć się wcześniej niż po wykonaniu projektu.

Pytanie nr 12:

§ 12 pkt 5 – DEFINICJA pojęcia „Wada” obejmująca swoim zakresem również wszelkie braki wynikające z niewykonania lub niewłaściwego wykonania przedmiotu umowy lub jego części jest na tyle ogólna, że w zasadzie każda jakkolwiek również najdrobniejsza usterka wchodzi w zakres tego pojęcia. Pojęcie wada powinno być definiowane na podstawie norm kodeksu cywilnego. Jeżeli jest potrzeba uszczegółowienia to nie mogą to być wszelkie usterki, ale np. usterki istotne - chociaż i takie ujęcie jest niedookreślone i może wywoływać zbędne rozbieżności interpretacyjne. Wnosimy o doprecyzowanie zapisu.

Odpowiedź:

W § 12 ust. 5 wzoru umowy nie ma definicji wady. Definicja wady zawarta w § 9 ust. 1 wzoru umowy jest zgodna z kodeksem cywilnym.

Pytanie nr 13:

Czy Zamawiający zdaje sobie sprawę z konsekwencji, jakie niesie za sobą niewskazanie maksymalnego terminu dniowego akceptacji projektu? Informacja bez podania terminowego okresu akceptacji nie pozwala na szacunkowe określenie harmonogramu realizacji prac, a co za tym idzie nie pozwala na skalkulowanie kosztów realizacji prac. Ponadto brak czasowego ograniczenia akceptacji prac może spowodować wydłużenie do bliżej nieokreślonego czasu przeciąganie procedury akceptacji prac przez Zamawiającego. W związku powyższym, czy Zamawiający wyraża zgodę na wkalkulowanie w ofertę dodatkowej kwoty wynikłej z ryzyka opóźnienia przez Zamawiającego w weryfikacji przedmiotu umowy. Oczywiście wskazujemy równocześnie, iż takie zapisy SIWZ są niegospodarne i naruszają dyscyplinę finansów publicznych, gdyż w skutek nienależytego obowiązków w zakresie weryfikacji przedmiotu umowy powodują zwiększenie ofert cenowych wykonawców. Równocześnie zwracamy się z pytaniem, czy Zamawiający ma świadomość, iż niedodefiniowanie obowiązków odbiorowych stanowi i zwłoka w odbiorze stanowi złamanie art. 643 kodeksu cywilnego.

W § 5 pkt 2 ustalono termin 30 dniowy zaopiniowania przez jednostki uzgadniające, Zamawiający nie ustanowił sobie terminu akceptacji dokumentacji złożonej przez Wykonawców. Dla jasności procedury odbiorowej taki termin musi zostać wprowadzony. Ponadto wskazanie terminu jest niezwykle istotne w przypadku tego

postępowania, gdyż termin realizacji jest elementem kryterium oceny ofert.

Abstrahując od powyższego brak wskazania terminów akceptacji przedmiotu umowy otwiera furtkę do takiego współdziałania w realizacji umowy, które powoduje szkodę dla wykonawcy. Prosimy serdecznie tak ukształtować zapisy w zakresie odbioru przedmiotu umowy, aby nie naruszać przepisów prawa i nie działać na szkodę wykonawców.

Odpowiedź:

Terminy akceptacji Projektu przez Zamawiającego, określone są szczegółowo w § 6 wzoru umowy (procedura odbioru. We wskazanym w pytaniu § 5 ust. 2 wzoru umowy, nie ma mowy o tym, że cyt. „ustalono termin 30 dniowy zaopiniowania przez jednostki uzgadniające”. Ponadto, Zamawiający zwraca uwagę na to, że w przedmiotowym postępowaniu termin realizacji nie jest elementem kryterium oceny ofert.

Pytanie nr 14:

W § 9 Umowy Zamawiający wymaga, aby Wykonawca usunął wszelkie wady i braki. Ze względów technologicznych czas realizacji należy wydłużyć. Obecny zapis można uznać za niemożliwy do wykonania. Z uwagi na złożoność zagadnień nie można autorytarnie stwierdzać, że każdą wadę da się usunąć w jednakowym terminie. Wykonawca uprzejmie zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający posiadając wiedzę o terminie niemożliwym do realizacji godzi się z sytuacją, że umowa, której przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, jest nieważna (art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego). Niemożliwość świadczenia może istnieć w chwili zawierania umowy, jest to tzw. niemożliwość pierwotna. Jeśli niemożność świadczenia istniała w chwili zawarcia umowy jest to tzw. niemożliwość obiektywna. Polega ona na tym, że nie tylko konkretny wykonawca, ale również żadna inna osoba nie może spełnić danego świadczenia, co podkreślił np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt II CSK 611/08. Z uwagi na powyższe wnosimy o zmianę i nadanie mu brzmienia w terminie 14 dni, bądź w razie uzasadnienia złożoności problemu, w najkrótszym możliwym do wykonania terminie.

Odpowiedź:

W § 9 wzoru umowy określono, że termin usunięcia stwierdzonych wad zostanie wyznaczony Wykonawcy w wezwaniu do usunięcia wad. Powyższe ma na celu dostosowanie terminu na usunięcie wad, adekwatnie do nakładu pracy potrzebnego na usunięcie stwierdzonych/iej wad/y. Bezzasadne są wobec powyższego stwierdzenia, zawarte w pytaniu, że:

- obecny zapis można uznać za niemożliwy do wykonania, oraz, że
- cyt. „ze względów technologicznych czas realizacji należy wydłużyć”, a także,
- „Z uwagi na złożoność zagadnień nie można autorytarnie stwierdzać, że każdą wadę da się usunąć w jednakowym terminie”.

Pytanie nr 15:

Czy Zamawiający posiada aktualna inwentaryzację obiektu w wersji cyfrowej, jeśli nie czy wie ze inwentaryzacja całego obiektu jest czasochłonna i potrzeba dodatkowego czasu i zespołu do wykonania profesjonalnej inwentaryzacji obiektu, szczególnie zabytkowego ze wszystkimi szczegółami oraz detalami niezbędnymi do prawidłowego wykonania zadania projektowego?

Odpowiedź:

Patrz odpowiedź na pytanie nr 10

Pytanie nr 16:

Jaka jest przewidziana maksymalna ilość nadzorów jaką wykonawca musi w kalkulować w ofercie?

Odpowiedź:

Informacje niezbędne do skalkulowania ceny oferty w części dotyczącej nadzorów autorskich znajdują się w Rozdziale III pkt 2 ppkt 3) SIWZ, w pkt. 4 ppkt. 2) lit. e) OPZ oraz w § 8 ust 4 wzoru umowy. Jednocześnie Zamawiający zwraca uwagę na to, że zdaniem Zamawiającego ustalona minimalna ilość nadzorów autorskich będzie wystarczająca do zapewnienia właściwego nadzoru nad realizacją robót budowlanych w oparciu o Projekt, przy założeniu, że Projekt będzie wykonany z należytą starannością.

Pytanie nr 17:

Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy wskazane w § 10 w Umowie kary umowne naliczane będą za opóźnienie zwykle czy też za jego kwalifikowaną formę tj. za zwłokę?

Nadmienić należy, że w umowie nie uwzględniono kar dla Zamawiającego za nieterminową wypłatę wynagrodzenia.

Zapis taki łamie zasadę równości stron w stosunku cywilno – prawnym, żadna ze stron nie jest nadrzędna w stosunku do drugiej i nie ustala jednostronnie praw i obowiązków (art. 210, art. 1183 kpc). Wobec powyższego zwracamy się o ujednoczenie zapisów umowy poprzez zawarcie jednakowych warunków naliczania kar umownych dla każdej ze stron. Zapis obecnie zawarty w umowie nosi znamiona klauzuli abuzywnej. Niedopuszczalna jest sytuacja, gdy Zamawiający ma możliwość nieterminowego wywiązania się

ze swoich obowiązków bez ponoszenia konsekwencji.

W tym miejscu należy wskazać, że instytucja kary umownej została określona w art. 483 § 1 KC jako suma pieniężna dla naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Co do zasady zatem, kara umowna przewidziana w art. 483 § 1 KC stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy, a zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 KC)¹. Wobec powyższego, zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 KC - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności².

Ponadto należy wskazać, że przedstawiciele doktryny nauk prawnych negują możliwość takiego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego, w którym nastąpi całkowite oderwanie kary umownej od przesłanki winy. Stanowisko to uzasadnione jest tym, że całkowite wyłączenie przesłanki negatywnej dochodzenia kar umownych w postaci winy dłużnika spowodowałoby, iż kara umowna przybrałaby postać zobowiązania o charakterze wyłącznie gwarancyjnym, co pozostawałoby w sprzeczności z jej istotą, jako świadczenia powiązanego z odpowiedzialnością kontraktową dłużnika

Jak trafnie podnosi się w literaturze w myśl art. 476 KC opóźnienie (inaczej „opóźnienie zwykłe” lub opóźnienie sensu stricto) ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności. Opóźnienie zwykłe nie stwarza co do zasady negatywnych następstw prawnych dla dłużnika (z wyjątkiem zobowiązania pieniężnego i obowiązku zapłaty odsetek). Zwłoka (inaczej: opóźnienie kwalifikowane) ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Oceny, czy chodzi o okoliczności, za które dłużnik ewentualnie odpowiada, dokonuje się według ogólnych zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471-474 KC). Podkreślenia wymaga to, że bogata linia orzecznicza Sądu Najwyższego wskazuje, że w przypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania, kara należy się tylko wtedy, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika, a nie do niezawinionego przez niego opóźnienia.

Przykładowo należy w tym zakresie wskazać na następujące orzeczenia:

- razie kary umownej zastrzeżonej na spadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 KC). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 KC domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność³;
- niezbędną przesłanką dochodzenia kary umownej jest tylko takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 KC)
- „Kara umowna (art. 483 § 1 KC) należy się wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność i jeżeli wierzyciel doznał szkody [...]”.
- „niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (określonego obowiązku kontraktowego) z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 KC w związku z art. 471 KC)”⁸;
- „[...] w wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego oznacza to, że kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (476 KC) - nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 KC domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Powyższa przesłanka roszczenia o zapłatę kary umownej jest konsekwencją ujęcia kary umownej w przepisach art. 483 i 484 KC jako surrogatu odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej j...”⁹.

Mając zatem na uwadze przyjęte i niekwestionowane w tym zakresie stanowisko orzecznictwa i doktryny nauk prawnych¹⁰ wypracowane na gruncie przepisów dotyczących kar umownych, należy uznać, że kara umowna wskazana w § 6 ust. 2, 3, 4 i 5 w załączniku nr 6 do SIWZ obejmować może jedynie takie przypadki niedotrzymania terminu realizacji Umowy, które pozostają przez Wykonawcę zawinione, a zatem zwłokę (jako kwalifikowaną formę opóźnienia) a nie opóźnienie zwykłe.

Należy podkreślić, że kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Prócz funkcji represyjnej i kompensacyjnej kary umownej, pełni ona ważną rolę dla zabezpieczenia wykonania zobowiązania, zwiększając tym samym realność wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Jednocześnie istotne znaczenie ma funkcja sygnalizacyjna kary umownej, która stanowi ułatwienie dochodzenia przez wierzyciela kary umownej w procesie. Wierzyciel bowiem nie ma obowiązku wykazania ani faktu powstania szkody, ani jej wysokości. Zobligowany jest jedynie udowodnić, że kara umowna została skutecznie zastrzeżona oraz że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania.

W związku z przeprowadzonym powyżej dowodem prosimy o potwierdzenie, iż w przypadku dalszego utrzymywania przez Zamawiającego naliczania kar za opóźnienia Zamawiający celowo ukształtował tak zapisy SIWZ aby:

- Naruszyć dyscyplinę finansów publicznych w skutek kształtowania zapisów SIWZ w taki sposób, który

skutkuje podwyższeniem poziomu kosztowego ofert wykonawców w skutek niemożliwego do oszacowania ryzyka

- Umożliwić zasadę uczciwej konkurencji poprzez faworyzowanie podmiotów posiadających historie współpracy z Zamawiającym a tym samym monopolizując rynek.

Odpowiedź:

Z § 10 ust. 4 pkt 1) i 2) wzoru umowy wprost wynika, że kary umowne są naliczane za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, a także za opóźnienie w usuwaniu wad.

Wprowadzenie kary umownej dla Zamawiającego za nieterminową wypłatę wynagrodzenia byłoby wprost niezgodne z kodeksem cywilnym (cytowany w pytaniach 483 par. 1 kc), który przewiduje, że kara umowa może przysługiwać tylko w przypadku niewykonania lub nienależytego zobowiązania niepieniężnego. W przypadku opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia Wykonawcy przysługują natomiast odsetki ustawowe, co wynika z obowiązujących przepisów.

Zamawiający nie będzie natomiast polemizował z chaotycznie przekopiowanymi fragmentami komentarzy kodeksu cywilnego, nie mającymi żadnego znaczenia w świetle zapisów wzoru umowy czy SIWZ. Zamawiający zwraca natomiast uwagę, że fragmenty te powinny być opatrzone stosownymi odniesieniami do materiału źródłowego, w celu spełnienia warunków skorzystania z prawa cytatu wynikających z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Pytanie nr 18:

Czy Zamawiający celowo kształtuje zapisy SIWZ i Umowy, aby nałożyć na Wykonawcę kary umowne? 1 miesiąc na wykonanie koncepcji tak obszernego obiektu ze względu na złożoność projektu i uzgodnień jest terminem nierealnym do spełnienia. Prosimy o wydłużenie terminu koncepcji i projektu budowlanego, tak aby Wykonawca miał możliwość wywiązania się z umowy. W razie braku zmiany terminu, prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wyraża zgodę na ofertowanie przez wykonawców terminów, które są niemożliwe do wypełnienia? Jeśli nie, to prosimy o wyrażenie zgody na wkalkulowanie w ofertę dodatkowej kwoty wynikłej z kar za termin niemożliwy do spełnienia. Tym samym wskazujemy, iż z uwagi na finansowanie zamówienia ze środków publicznych powoduje, iż w przypadku pozostania przy zapisach pierwotnych zostanie naruszona dyscyplina finansów publicznych.

Wykonawca uprzejmie zwraca się z zapytaniem czy Zamawiający posiadając wiedzę o terminie nie możliwym do realizacji godzi się z sytuacją, że umowa, której przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, jest nieważna (art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego). Niemożliwość świadczenia może istnieć w chwili zawierania umowy, jest to tzw. niemożliwość pierwotna. Jeśli niemożność świadczenia istniała w chwili zawarcia umowy jest to tzw. niemożliwość obiektywna. Polega ona na tym, że nie tylko konkretny wykonawca, ale również żadna inna osoba nie może spełnić danego świadczenia, co podkreślił np. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt II CSK 611/08.

Ponadto Zamawiający w tym terminie nie powinien liczyć czasu na sprawdzenie inwentaryzacji.

Odpowiedź:

Nie. Zamawiający nie kształtuje celowo umowy tak, aby nałożyć na Wykonawcę kary umowne lub narażać się na naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Przedmiot umowy nie stanowi świadczenia niemożliwego. Ponadto Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że do czasu przedłożenia do zatwierdzenia koncepcji, nie jest konieczne zakończenie przez Wykonawcę weryfikacji inwentaryzacji będącej w posiadaniu Zamawiającego.

Pytanie nr 19:

Jakie dodatkowe ekspertyzy oraz opinie, badania wykonawca musi wkalkulować w ofertę? Prosimy o wyszczególnienie powyższych opracowań.

W §3. Zamawiający umieścił zapis „W celu uniknięcia wątpliwości Strony ustalają, że Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie po wykonaniu Etapu I i II. Wykonawca rezygnuje tym samym z roszczeń z tego tytułu. Zapis ten łamie ogólnie przyjęte normy i narusza swobodę zawierania umów cywilno – prawnych. Można bowiem w umowie dwóch podmiotów zawrzeć różne sformułowania, nie można jednak narażać żadnej ze stron na ryzyko poniesienia niezawinionych strat, a do tego prowadzi powyższy zapis. W razie wystąpienia przyczyn niezależnych od Wykonawcy uniemożliwiających realizację Etapu III i nieuzyskania wymaganych pozwoleń oraz odstępstw w terminie oczekiwanych przez Zamawiającego Wykonawca zostanie pozbawiony należnego wynagrodzenia. Należy ten punkt wykreślić z umowy, gdyż godzi on w zapisy prawa cywilnego oraz nosi znamiona abuzywności, a powszechnie znana jest linia orzecznicza sądów, które jednoznacznie wyrażają swą opinię w kwestii nieważności wszelkich umów zawierających klauzule abuzywne.

Odpowiedź:

Zgodnie z pkt 6 ppkt. 4 OPZ, Wykonawca jest zobowiązany do wykonania w ramach przedmiotu zamówienia ewentualnych dodatkowych ekspertyz, opinii, badań, uzgodnień, dokumentacji warsztatowej i innych dokumentów, które są niezbędne do wykonania Projektu oraz uzyskania na jego podstawie pozwolenia na budowę. Oznacza to, że Zamawiający nie wymaga od Wykonawcy opracowania żadnych dodatkowych opracowań ponad te, których konieczność wynika z procedury uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę w oparciu o przepisy Ustawy Prawo budowlane.

Zapis, którego dotyczy dalsza część pytania odnosi się wyłącznie do terminu zapłaty należności. Termin zapłaty wynagrodzenia przypada po wykonaniu Etapu III, nie wystarczy zatem wykonanie Etapu I i II, aby domagać się zapłaty. Wykonanie Etapu III jest bowiem swego rodzaju testem na prawidłowość wykonania przez Wykonawcę dokumentacji w ramach Etapu I i II. Dlatego właśnie, co do zasady, Wykonawca nie może domagać się zapłaty po wykonaniu Etapu II, a nie wykonując Etapu III. Zamawiający zwraca jednak przy tym uwagę na brzmienie § 10 ust. 3 wzoru umowy, z którego wynika, że w razie odstąpienia przez Zamawiającego od umowy, na skutek okoliczności za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, Zamawiający wypłaci Wykonawcy wynagrodzenie odpowiadające zakresowi należycie wykonanych zobowiązań. Natomiast z brzmienia § 6 ust. 14 wzoru umowy wynika, że Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za opóźnienia powstałe wyłącznie z przyczyn leżących po stronie organów administracji odpowiedzialnych za wydanie pozwoleń administracyjnych i odstępstw. W świetle powyższego, nie jest prawdą stwierdzenie, że w razie wystąpienia przyczyn niezależnych od Wykonawcy uniemożliwiających realizację Etapu III i nieuzyskania z tego powodu wymaganych pozwoleń oraz odstępstw Wykonawca zostanie pozbawiony należnego wynagrodzenia. Wykonawca ponosi natomiast odpowiedzialność za takie przygotowanie dokumentacji w ramach etapu I i II, aby uzyskać niezbędne w ramach Etapu III pozwolenia i odstępstwa, a także dołożenie staranności w zakresie złożenia dokumentacji stosownemu organowi bez zbędnej zwłoki.

Pytanie nr 20:

Prosimy o doprecyzowanie zapisów SIWZ z uwzględnieniem tego, iż czynności podejmowane w zakresie realizacji zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi projektowe, nie polegają, co do zasady, na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy. W związku z tym, zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp zamawiający nie jest zobowiązany do określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę projektantów świadczących usługi w ramach realizacji zamówienia.

Odpowiedź:

W pkt. 6 ppkt. 10) OPZ, Zamawiający dokładnie precyzuje jakie czynności podejmowane w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia podlegają wykonywaniu w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. z 2016 r. poz. 1666 z późn. zm.).

Pytanie nr 21:

Czy Zamawiający jest świadomy ze szczegółowe sprawdzenie inwentaryzacji poprzez sprawdzenie wszystkich pomieszczeń wpływa znacząco na czas wykonania projektu i koncepcji, związku z powyższym prosimy o wydłużenie czasu przeznaczanego na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W obecnej formie zapisy działają na niekorzyść Wykonawców zmuszając ich do wkalkulowania w wycenę wysokich kar umownych lub do nierzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia. Takie zapisy prowadzą do niegospodarności, prosimy zatem o takie doprecyzowanie i zmianę terminów, aby regulacje nie łamały przepisów Pzp.

Odpowiedź:

Zgodnie z pkt. 6 ppkt. 1) OPZ Wykonawca zobowiązany jest przed przystąpieniem do projektowania zweryfikować inwentaryzację, o której mowa w punkcie 1 podpunkt 1) OPZ w zakresie umożliwiającym należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, powyższy zakres nie powoduje znacznego wydłużenia czasu na wykonanie projektu i koncepcji.

Pytanie nr 22:

22. W§ 9 [odpowiedzialność za wady Projektu] Zamawiający umieścił zapis, że Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za wady fizyczne i prawne Projektu lub jego części od momentu odbioru poszczególnych jego opracowań przez Zamawiającego, a uprawnienia Zamawiającego z tytułu rękojmi za wady Projektu lub jego części wygasają w stosunku do Wykonawcy po upływie 5 lat licząc od końca roku kalendarzowego, w którym zakończono roboty budowlane wskazane w § 1 pkt. 1) Umowy, nie później jednak niż przez 10 lat od dnia podpisania Umowy. Zgodnie z informacjami potwierdzonymi przez wielu brokerów na rynku polskim nie ma możliwości uzyskania gwarancji należytego wykonania kontraktu powyżej 72 m-cy (6 lat). Warunki postawione przez Zamawiającego w obecnym kształcie blokują możliwość złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu nie tylko naszej firmie, ale zapewne również wielu innym firmom, które działają w Polsce. W związku z powyższym zwracamy się z zapytaniem w kierunku Zamawiającego, iż czy kształtując zapisy SIWZ rzeczywiście w ten sposób chciał uniemożliwić zasady uczciwej konkurencji. Jeśli Zamawiający w ten sposób chciał faworyzować określonego wykonawcę i monopolizować tym samym rynek prosimy o potwierdzenie powyższego, gdyż sens traci kosztowne przygotowanie oferty, gdyż jest ona z góry skazana na przegraną. Zgodnie z zapisami ustawy Pzp (art. 150 ust. 7) „Jeżeli okres na jaki ma zostać wniesione zabezpieczenie przekracza 5 lat, zabezpieczenie w pieniądzu wnosi się na cały ten okres, a zabezpieczenie w innej formie wnosi się na okres nie krótszy niż 5 lat, z jednoczesnym zobowiązaniem się wykonawcy do przedłużenia zabezpieczenia lub wniesienia nowego zabezpieczenia na kolejne okresy”. Wobec powyższego wnosimy o dostosowanie warunków SIWZ dla przedmiotowego zamówienia do powyższej regulacji np. poprzez umożliwienie wniesienia przed podpisaniem umowy wyłącznie gwarancji należytego wykonania kontraktu, a w późniejszym etapie (przed upływem okresu obowiązywania gwarancji NWK) gwarancji na okres rękojmi.

Odpowiedź:

Wątpliwości zawarte w przedmiotowym pytaniu zostały rozstrzygnięte w jego treści poprzez powołanie się na art. 150 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten ma zastosowanie także w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe pismo stanowi integralną część SIWZ i jest wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie powyższego zamówienia.