

Dotyczy postępowania przetargowego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-tłocznej Kosy-Kinkajmy, etap II Kosy – Maszewy.

Dnia 24.03.2017 wpłynęły zapytania o treści:

Pytanie 1.

Umowa § 1 ust. 2 – proszę o podanie podstawy prawnej zrzeczenia się prawa do wnoszenia zastrzeżeń do dokumentacji projektowej w przyszłości. Pytający zauważa, że zapis ten jest w świetle obowiązujących przepisów prawa nieskuteczny. Rolą wykonawcy nie jest dogłębna analiza i ocena prawidłowości wykonania dokumentacji projektowej, lecz wykonanie robót na jej podstawie. Wobec tego wykonawca może co najwyżej ogólnie stwierdzić prawidłowość dokumentacji projektowej, co wcale nie wyklucza, że ostatecznie dokumentacja może okazać się wadliwa. Doświadczenie pokazuje, że sytuacje takie występują często, a samo zamawiający oczekują od projektantów udzielenia gwarancji jakości oraz korzystają z roszczeń z rękojmi. W tym stanie rzeczy oświadczenie wykonawcy o tym, że nie będzie wnosił w przyszłości zastrzeżeń do dokumentacji będzie nieskuteczne. Czy w takiej sytuacji Zamawiający usunie ten zapis z wzorca umowy?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający wskazuje, iż podstawą prawną zapisu § 1 ust. 2 umowy jest przepis art. 651 k.c. Treścią obowiązku określonego w art. 651 k.c. jest poinformowanie inwestora przez wykonawcę o niezdatności dostarczonej przez inwestora m. in. dokumentacji do prawidłowego wykonania robót budowlanych. Wykonawca powinien wykonać obowiązek informacyjny określony w art. 651 k.c. niezwłocznie. Należy zatem mieć na uwadze, iż treść art. 651 k.c., nie zwalnia wykonawcy z obowiązku zwrócenia inwestorowi uwagi na wadliwość projektu, którą wykonawca dostrzegł lub powinien był dostrzec. Jeżeli wykonawca, zachowując szczególną staranność wymaganą od przedsiębiorcy zajmującego się wykonawstwem budowlanym, miał możliwość dostrzeżenia wadliwości projektu, lecz tego zaniechał, to odpowiada za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem zobowiązania. Należyte sprawdzenie przez wykonawcę dokumentacji daje swoiste zapewnienie dla inwestora, iż wykonawca będzie wykonywał przedmiot zamówienia zgodnie z celem, do którego ma służyć obiekt. Wobec powyższego Zamawiający modyfikuje treść § 1 ust. 2 umowy w następujący sposób *„Roboty zostaną wykonane zgodnie z postanowieniami Umowy, pozwoleniem na budowę, sztuką budowlaną i przeznaczeniem Przedsięwzięcia Inwestycyjnego, w zakresie i zgodnie z przekazaną Dokumentacją projektową wyszczególnioną w ust. 3 niniejszego paragrafu zwaną w dalszej części umowy „dokumentacją projektową”. Wykonawca oświadcza, iż przed podpisaniem Umowy zweryfikował i sprawdził Dokumentację projektową i stwierdza, iż jest ona wystarczająca do wykonania robót oraz, iż nie wnosi z tego powodu żadnych zastrzeżeń.”*

Pytanie 2.

Umowa § 3 ust. 2 - Proszę o wskazanie podstawy prawnej niemożności podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego o wynagrodzenie odpowiadające pracom nieujętych w dokumentacji projektowej z uwagi na jej braki lub wady? Pytający zauważa, że powyższe braki lub wady dokumentacji są podstawą domagania się wynagrodzenia dodatkowego.

Odpowiedź Zamawiającego

Odnosząc się do zapisu § 3 ust. 2 umowy zamawiający wskazuje na treść art. 632 § 1 k.c. zgodnie, z którym, jeżeli strony umowy się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Warunkiem niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego jest to, aby przyjmujący zamówienie oszacowując zakres koniecznych czynności, konieczne koszty ich wykonania i w konsekwencji wartość robót, którą strony umowy w ramach ryczałtowego wynagrodzenia, dysponował rzetelną informacją na temat zakresu i charakteru robót.

Pytanie 3.

Umowa § 3 ust. 2 – Proszę o uzupełnienie treści tego postanowienia, bowiem znajduje się w nim sformułowanie, które nie jest pełnym zdaniem i wobec tego Pytający nie jest w stanie poznać w całości treści wzorca umowy. Chodzi o sformułowanie „...ryzyko z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy.”

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający podaje prawidłową treść § 3 ust. 2 o następującym brzmieniu: *„Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również w niej nie ujęte z powodu wad dokumentacji spowodowanych jej niezgodnością z zasadami wiedzy technicznej lub stanem faktycznym występującym na placu budowy, a bez których nie można wykonać przedmiotu umowy. Wykonawca ponosi ryzyko z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Niedooszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu. Wynagrodzenie w tym zakresie jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu art. 632 kc. Strony niniejszej umowy nie mogą zmienić kwoty, o której mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu.*

Pytanie 4.

Umowa § 3 ust. 4 – Proszę o wskazanie podstawy prawnej zwrotu faktury VAT z powodów wskazanych w tym postanowieniu. Pytający zauważa, że stosowanie przepisów ustawy Pzp w takim przypadku Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie czy wykonawca uregulował na rzecz podwykonawców wynagrodzenie za zrealizowaną część zamówienia, za którą wykonawca oczekuje wynagrodzenia od Zamawiającego.

Odpowiedź Zamawiającego

Protokół odbioru częściowego/końcowego wykonania robót jest formą oświadczenia przez wykonawcę o wykonaniu realizacji zamówienia. Zamawiający zauważa, iż nie ma podstawy prawnej zakazującej odesłania faktury VAT. Jednak należy wskazać, iż zapis § 3 ust. 4 zd. 3 jest ochroną zamawiającego przed konsekwencjami wynikającymi z art. 647[1] § 5 k.c.

Pytanie 5.

Umowa § 4 ust. 2 pkt 3 – Proszę o uzasadnienie powodów, dla których Inwestor może naliczyć wykonawcy karę umowną liczoną od całości wynagrodzenia w przypadku odstąpienia tylko od części umowy. Pytający zauważa, że w takim przypadku kara umowna będzie zbyt wygórowana i sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Czy w takiej sytuacji Zamawiający zmieni to postanowienie w ten sposób, że w przypadku odstąpienia od części umowy kara umowna będzie mogła być naliczona od części wynagrodzenia brutto odpowiadającej części zamówienia, od którego Inwestor odstąpił?

Odpowiedź Zamawiającego

Wartość umowy o roboty budowlane oraz wymagany wysoki profesjonalizm wykonawcy skłaniają inwestora do obwarowania kontraktu postanowieniami mającymi z jednej strony zabezpieczać terminowe wykonanie umowy, a z drugiej chronić go przed skutkami zwłoki wykonawcy. Wobec powyższego Zamawiający nie zmieni treści zapisu § 4 ust. 2 pkt 3 umowy.

Pytanie 6.

Umowa § 4 ust. 2 pkt 9 – Zastrzeżona w tym postanowieniu kara umowna jest rażąco wysoka. Czy w takim razie Zamawiający obniży ją do poziomu 0,1 % wynagrodzenia brutto wykonawcy?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający obniży wartość kary umownej określonej w § 4 ust. 2 pkt 9 umowy do 0,1% wynagrodzenia brutto wykonawcy.

Pytanie 7.

Umowa § 4 ust. 2 pkt 10 – Zastrzeżenie należności kar umownych bez względu na odstąpienie od umowy i ich kumulacja jest nieskuteczna w świetle obowiązujących przepisów prawa. Odstąpienie od umowy ma ten skutek, że prowadzi do powstania fikcji prawnej zakładającej, że do zawarcia umowy nie doszło. W związku z tym naliczone do chwili odstąpienia od umowy kary umowne nie mogą być dochodzone. Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy. Tak zastrzeżona kara umowna może być naliczona i dochodzona skutecznie w przeciwieństwie do innych kar umownych naliczonych na podstawie umowy, od której odstąpiono. Problem ten był wielokrotnie przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w wyniku czego wykształciło się już jednolite stanowisko w tej sprawie wg którego wykluczona jest możliwość dochodzenia kar umownych na naliczonych na podstawie umowy, od której następnie odstąpiono. Czy w takiej sytuacji Zamawiający usunie ostatnie zdanie przedmiotowego postanowienia?

Odpowiedź Zamawiającego

Utrzymywanie w mocy postanowień umownych zabezpieczających lub upraszczających wyrównanie szkody w znaczeniu bardziej potocznym niż w art. 361 § 2 k.c. lub skłaniających dłużnika do wypełnienia zobowiązania jest zgodne z zasadami współczesnych regulacji prawa kontraktowego lub traktatowego. Principles of European Contract Law w art. 9:3052 wyrażają zasadę utrzymania w mocy postanowień umowy, które zgodnie z wolą stron mają działać nawet

po rozwiązaniu. Utrzymywanie się roszczeń o zapłatę kary umownej nie zostało zakwestionowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Zamawiający zauważa jednak, iż w przypadku odstąpienia od umowy z tytułu niewykonania lub nieterminowego wykonania umowy, przewidziane za te przypadki kary umowne przekształcają się w karę umowną za odstąpienie od umowy, co zresztą wyrażone jest przez orzecznictwo Sądu Najwyższego. Nadto, Sąd Najwyższy uznał, że wykonanie prawa odstąpienia od umowy wzajemnej znosi prawa i obowiązki stron należące do jej istoty, natomiast wywołuje nowe roszczenia określone w ustawie oraz nie znosi odpowiedzialności z tytułu zastrzeżenia kary umownej. Kary umowne zastrzeżone na rzecz Zamawiającego mogą być dochodzone z każdego tytułu odrębnie i podlegają łączeniu, z tym zastrzeżeniem, że kara umowna zastrzeżona w § 4 ust. 2 pkt 1 nie podlega łączeniu z karą umowną zastrzeżoną w § 4 ust. 2 pkt 3. Wobec powyższego Zamawiający modyfikuje treść zapisu § 4 ust. 2 pkt 10 umowy w następujący sposób: *„W każdym przypadku, gdy wartość szkody przekracza wysokość zastrzeżonej kary umownej, Inwestor może dochodzić odszkodowania za poniesioną szkodę, przenoszącą wysokość kary umownej, w pełnej wysokości, w szczególności, Wykonawca pokryje różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi na zastępcze wykonanie robót, a ceną przyjętą w niniejszej Umowie. Kary umowne należą się niezależnie od odstąpienia od Umowy i podlegają kumulacji z zastrzeżeniem, że kara umowna zastrzeżona w § 4 ust. 2 pkt 1 nie podlega łączeniu z karą umowną zastrzeżoną w § 4 ust. 2 pkt 3.”*

Pytanie 8.

Umowa § 13 ust. 2 – Czy Zamawiający wydłuży termin na udzielenie pisemnej odpowiedzi o terminie usunięcia wady. Zawarty we wzorcu umowy termin jednego dnia roboczego jest zbyt krótki i nie przystaje do obecnych realiów wykonywania robót budowlanych.

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający wydłuży termin na udzielenie pisemnej odpowiedzi o terminie usunięcia wady do trzech dni.

Pytanie 9.

Umowa § 13 ust. 6 – proszę o wskazanie podstawy prawnej nieuznania wady za usuniętą w sytuacji, gdy ujawni się ona znowu w terminie 6 miesięcy od ostatniego jej usunięcia. Pytający wskazuje, że ta sama wada może się ujawnić kilkakrotnie, jednakże nie oznacza to, że wcześniej nie została usunięta, tym bardziej gdy po poprzednim jej usunięciu przedmiot umowy mógł być użytkowany w sposób prawidłowy i zgodny z jego przeznaczeniem. W tej sytuacji kwestionowany zapis jest sprzeczny z przepisami prawa, w szczególności z art. 581 par. 2 KC, który zakłada, że termin gwarancji ulega przedłużeniu o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy objętej gwarancją uprawniony z gwarancji nie mógł z niej skorzystać. Przyjęcie zapisu znajdującego się we wzorcu umowy mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której okres gwarancji nadmiernie by się wydłużał. Czy w takiej sytuacji Zamawiający usunie z wzorca umowy ostatnie zdanie tego postanowienia?

Odpowiedź Zamawiającego

Zamawiający informuje, że usunie ostatnie zdanie § 13 ust. 6 umowy. Niniejszy zapis otrzyma następujące brzmienie: *„Okres gwarancji i rękojmi robót ulega przedłużeniu o okres od dnia*

ujawnienia się wady do czasu jej skutecznego usunięcia, a w przypadku wymiany części lub całości robót biegnie od początku.”

Pytanie 10.

Prosimy o udostępnienie rysunków studni odpowietrzającej potrzebnych do prawidłowej wyceny.

Odpowiedź Zamawiającego

W ramach uzupełnienia projektu Zamawiający udostępnia rysunek studni odpowietrzającej. Zamawiający udostępnia również rysunki: studni rewizyjnej, przekroju poprzecznego wykopu mechanicznego, schematu umocnienia wykopu, bloków oporowych i schematu przejścia pod drogą.

Pytanie 11.

Prosimy o udostępnienie rysunków komory zasuw potrzebnych do prawidłowej wyceny.

Odpowiedź Zamawiającego

W ramach uzupełnienia projektu Zamawiający udostępnia rysunek komory zasuw.

Pytanie 12.

Prosimy o udostępnienie rysunków studni rozprężnej potrzebnych do prawidłowej wyceny.

Odpowiedź Zamawiającego

W ramach uzupełnienia projektu Zamawiający udostępnia rysunek studni rozprężnej.

Z up. Wójta Gminy Bartoszyce

/-/ Bogusław Miluski

ZASTĘPCA WÓJTA GMINY BARTOSZYCE