



Lublin dn. 23.03.2011

WSZYSCY ZAINTERESOWANI

Dotyczy postępowania nr : **ADI-210/CTW/rb-ZP/01/2011 - PRZETARG NIEOGRANICZONY NA „BUDOWA BUDYNKU CENTRUM TRANSFERU WIEDZY KUL”**

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II informuje, że w dniu 17.03.2011 r. wpłynęły zapytania od Wykonawców dotyczące zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Poniżej podajemy treść zapytań i odpowiedzi do wiadomości Wykonawców, bez ujawniania źródła pytania.

Treść zapytań:

- 1) Czy Zamawiający zgadza się na zastąpienie w §1 ust. 3 umowy słowa: „najwyższej” słowem: „należytej”?
- 2) Czy Zamawiający zgadza się na zastąpienie w § 1 ust. 4 lit. c) słowa: „o wysokiej jakości” słowami: „o jakości wymaganej umową”? Zgodnie bowiem z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „pzp”) 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. Zapis o wysokiej jakości urzędzeń jest zbyt ogólny, aby mógł być uznany za spełniający wymogi art. 29 ust. 1 pzp.
- 3) Proponuje się zmianę § 1 ust. 7 Umowy i ukształtowanie go w następujący sposób: *„Wykonawca oświadcza, że w granicach należytej staranności właściwej dla wykonawcy robót budowlanych zapoznał się z dokumentacją projektową Budynku dostarczoną przez Zamawiającego i w tym zakresie nie wnosi do niej zastrzeżeń, a ponadto zobowiązuje się do protokolarnego przejęcia terenu budowy od Zamawiającego”.*
Zasadą wynikającą z art. 651 kc jest, iż wykonawca robót budowlanych nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r., III CKN 629/98). Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawcę odpowiedzialności za dokumentację projektową. W przypadku zamówień publicznych taka sytuacja jest niedopuszczalna, gdyż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 821/08, Lex nr 448567) zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „pzp”). Zgodnie z art. 31 ust. 1 pzp przedmiot zamówienia jest opisywany w szczególności w dokumentacji projektowej. Z powyższego wynika zatem, iż to Zamawiający powinien ponosić odpowiedzialność za sporządzoną przez siebie dokumentację projektową, a nie obciążać tą odpowiedzialnością Wykonawcę.



- 4) Czy Zamawiający zgadza się na dopisanie w §2 ust. 1 Umowy słów: „Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności w przypadku, gdy nieuzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie było wynikiem okoliczności, za które nie ponosi winy. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy jest to następstwem opieszałości właściwych organów i instytucji”? Dodatkowo postuluje się nieokreślanie terminu wykonania robót budowlanych oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie konkretną datą lecz liczenie w miesiącach od podpisania Umowy. Podpisanie Umowy może się bowiem opóźnić (np. wskutek wniesienia odwołań przez pozostałych wykonawców – art. 183 ust. 1 pzp), co skróci realny czas na wykonanie Umowy.
- 5) Proponuje się usunięcie § 2 ust. 3 lit. c) Umowy. Odbiór bezusterkowy jest niekorzystny dla Wykonawcy, gdyż w praktyce dokonanie takiego odbioru może okazać się niemożliwe. Zawsze może bowiem ujawnić się chociażby najdrobniejsza wada, która uniemożliwi dokonanie odbioru. Również Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, iż odbiory bezusterkowe są niedopuszczalne. W szczególności w wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/2007, Sąd Najwyższy orzekł, iż strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (por. również orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawach II CKN 28/97, I CK 24/2003). Podstawą takiego orzeczenia był art. 647 kc, zgodnie z którym inwestor obowiązany jest do odbioru obiektu. Reasumując, jeżeli obiekt został wykonany inwestor powinien dokonać odbioru robót, zaś w protokole odbioru, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, powinien zawrzeć ustalenia dotyczące jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Wady ujawnione przy odbiorze powinny być usuwane przez Wykonawcę w ramach jego obowiązków z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady.
- 6) Proponuje się dopisanie zdania drugiego w § 3 ust. 1 Umowy o treści: „Jednakże w przypadku ustawowego podwyższenia stawki podatku VAT kwota brutto wynagrodzenia Wykonawcy ulegnie podwyższeniu stosownie do zmiany podatku VAT”. Czy Zamawiający potwierdza, że wynagrodzenie określone w § 3 ust 1 Umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym? Czy Zamawiający może wyjaśnić dlaczego w punkcie X SIWZ zawarł zdanie: „*Tak więc obowiązującym wynagrodzeniem będzie wynagrodzenie kosztorysowe opisane w art. 630 § 1 zd. 2 oraz art. 630 § 2 i art. 631 kodeksu cywilnego?*”
- 7) Postuluje się usunięcie § 3 ust. 4 Umowy.
- 8) §4 ust. 5 Umowy – czy Zamawiający mógłby nie uzależniać wypłaty wynagrodzenia od uzyskania pozwolenia na budowę. Termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie nie jest w istocie niezależny od wykonawcy, albowiem możliwe jest wystąpienie opieszałości po stronie organu wydającego decyzję. Ponadto proponuje się wykreślenie słów: „przy czym warunkiem jej wystawienia i rozliczenia końcowego jest wywiązanie się przez Wykonawcę z umowy zgodnie z postanowieniami § 2 pkt 3”.
- 9) § 4 ust. 9 Umowy – proponuje się wykreślić słowa „lub Podwykonawcom”. Podwykonawcy nie są stronami Umowy. Nie mogą zatem przyjąć na siebie zobowiązania, o którym mowa w postanowieniu.
- 10) Proponuje się aby w § 5 ust. 4 Umowy słowa: „pełną odpowiedzialność” zastąpić słowami: „odpowiedzialność na zasadach ogólnych”. Kodeks cywilny nie zna bowiem pojęcia pełnej odpowiedzialności. Nie wiadomo zatem, co ono oznacza, w szczególności, czy stanowi modyfikację ogólnych zasad odpowiedzialności, a jeśli tak, to na czym owa modyfikacja polega? Taka sama propozycja odnosi się do § 6 ust. 6 oraz § 8 ust. 8 Umowy.
- 11) Proponuje się w § 5 ust. 5 Umowy wykreślić obowiązek przekazywania Zamawiającemu odpisów umów zawartych z podwykonawcami. Treść umów podwykonawczych stanowi wewnętrzną sprawę Wykonawcy i podwykonawców. Zamawiający nie powinien być zatem informowany o treści umów podwykonawczych.



12) Postuluje się wykreślenie § 5 ust. 6 Umowy. Rozliczenia Wykonawcy z podwykonawcami to ich wewnętrzna sprawa. Umowa z Zamawiającym w ogóle nie powinna ich dotyczyć.

13) Postuluje się usunięcie § 5 ust. 7 Umowy. W przypadku bowiem zapłaty wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy na podstawie art. 647 (1) § 5 kc, Zamawiającemu będzie przysługiwał w stosunku do Wykonawcy regres o zwrot zapłaconej kwoty na podstawie art. 376 § 1 kc. Wykonawca będzie zatem zobowiązany do zwrotu na rzecz Zamawiającego wynagrodzenia zapłaconego na rzecz Podwykonawcy na podstawie art. 376 § 1 kc. Wykreślić natomiast należy znajdujące się w postanowieniu zapisy dotyczące dalszych Podwykonawców. Obowiązek zapłaty wynagrodzenia na ich rzecz powstaje po stronie Zamawiającego tylko w przypadku, gdyby wyraził on zgodę na zawartą z nimi umowę (art. 647 (1) § 3 i 5 kc). Wykonawca w takiej sytuacji może nie mieć wiedzy o zatrudnieniu dalszego podwykonawcy i treści zawartej z nim umowy. Nie ma zatem uzasadnienia do zwrotu na rzecz Zamawiającego wynagrodzenia zapłaconego przez niego na rzecz dalszych podwykonawców. Skoro bowiem to Zamawiający, a nie Wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy z dalszym podwykonawcą, Wykonawca nie powinien ponosić konsekwencji wyrażenia zgody przez Zamawiającego na zawarcie umowy z dalszym podwykonawcą. Ponadto, to nie Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia na rzecz dalszego podwykonawcy, lecz podwykonawca. Nie ma zatem uzasadnienia to tego, aby Wykonawca ponosił konsekwencje braku zapłaty wynagrodzenia przez podwykonawcę na rzecz dalszego podwykonawcy. W przypadku, gdyby Zamawiający zapłacił wynagrodzenie na rzecz dalszego podwykonawcy, powinien on żądać zwrotu od podwykonawcy, a nie Wykonawcy. Ponadto, postuluje się wykreślenie słów „wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia dokonania zapłaty przez Zamawiającego”. Przede wszystkim wyjaśnić należy, czy przedmiotowe odsetki mają być odsetkami za opóźnienie w zapłacie. Jeżeli tak Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do zwrotu wynagrodzenia zapłaconego na rzecz podwykonawcy, wyznaczyć termin na zapłatę, a odsetki za opóźnienie naliczać od upływu tego terminu. Odsetki za opóźnienie w zapłacie nie powinny być liczone od dnia dokonania zapłaty przez Zamawiającego bowiem Wykonawca nie będzie wiedział, kiedy Zamawiający dokona zapłaty. Wykreślić również należy zdanie ostatnie. Zamawiający jest na mocy art. 647 (1) § 5 kc dłużnikiem podwykonawcy co do należnego mu wynagrodzenia. Z tej racji powinien samodzielnie ponosić koszty obrony przed roszczeniami podwykonawcy. Dodać należy, iż odpowiedzialność Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców jest wynikiem wyrażenia przez Zamawiającego zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą. Nie ma zatem uzasadnienia do tego, aby Wykonawca ponosił koszty poniesione przez Zamawiającego, za które to koszty w istocie ponosi odpowiedzialność sam Zamawiający.

14) § 6 ust. 3 Umowy – czy Zamawiający może wyjaśnić, jakie kompetencje ma koordynator Budowy, w szczególności czym kompetencje Koordynatora Budowy różnią się od kompetencji kierownika budowy. Powoływanie Koordynatora Budowy wydaje się być zbędne, co przemawia za usunięciem z Umowy zapisów o Koordynatorze Budowy.

15) Sugeruje się usunięcie słów: „przy czym Wykonawca zapewni, aby osoby te pozostawały do stałej dyspozycji Zamawiającego” w § 6 ust. 4 Umowy. Nie jest jasne na czym miałyby polegać pozostawanie Kierownika Budowy i Koordynatora Budowy do dyspozycji Zamawiającego?

16) Proponuje się wydłużenie dwudniowego terminu, o którym mowa w postanowieniu § 6 ust. 5.3 Umowy do 5 dni roboczych, a przynajmniej uszczegółowienie, że chodzi o 2 dni robocze (tj. od poniedziałku do piątku).

17) Proponuje się usunięcie §6 ust. 5.4. umowy.

18) Proponuje się ograniczenie możliwości naliczania kar umownych do 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto.

19) §7 ust. 1 a) umowy – czy Zamawiający może wyjaśnić, w jakim terminie zamawiający zobowiązany jest do przekazania placu budowy? Proponuje się wprowadzenie terminu 1 miesiąca od dnia podpisania umowy.

20) §7 ust. 2 umowy – proponuje się określenie, że chodzi o rażące naruszenia istotnych postanowień umowy. Ponadto, czy Zamawiający może określić maksymalny okres zawieszenia, po upływie którego strony byłyby uprawnione do odstąpienia od umowy, co pozwoli ocenić ryzyka z tym związane na etapie ofertowania? Proponuje się również usunąć słowa „w jego ocenie”.



Prawo do zawieszenia wykonywania robót powinno bowiem przysługiwać Zamawiającemu tylko w przypadku, gdy są one faktycznie (a nie w ocenie Zamawiającego) wykonywane nieprawidłowo. Ponadto proponuje się słowa „wadliwie z naruszeniem umowy” zastąpić „w sposób mogący spowodować niedopuszczalną niezgodność z dokumentacją projektową lub pozwoleniem na budowę”. Zgodnie z art. 26 pkt 2 ustawy Prawo budowlane inspektor nadzoru budowlanego ma prawo wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenie bądź spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę. Również zatem uprawnienie Zamawiającego do wstrzymania wykonywania robót powinno zostać ograniczone do ww. przypadków. Z powyższych powodów proponuje się wykreślić również zdanie drugie postanowienia. Ponadto, w przypadku użycia przez Wykonawcę niewłaściwych materiałów celowe jest skorzystanie przez Zamawiającego z innych uprawnień niż wstrzymanie wykonywania robót, np. żądanie usunięcia wad, odpowiednie obniżenie wynagrodzenia.

21) Proponuje się wykreślenie § 8 ust. 1.2 zdanie drugie Umowy. W przypadku braku dokumentów, o których mowa w § 8 ust. 1.2 zd. pierwsze Umowy, Zamawiający powinien skorzystać z uprawnień przysługujących mu z tytułu gwarancji jakości i rękojmi za wady. Wada w przedmiocie Umowy w postaci braku dokumentów nie powinna stanowić podstawy do wstrzymania odbioru robót – por. uwagi do § 2 ust. 3 lit. c) Umowy.

22) §8 ust. 2 c) umowy – proponuje się aby na końcu wprowadzić nast. postanowienie: „wykonawca nie ponosi odpowiedzialności w przypadku, gdy niezyskanie decyzji, pozwoleń, warunków i uzgodnień było wynikiem okoliczności, za które nie ponosi winy. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy jest to następstwem opieszałości właściwych organów i instytucji”.

23)

24) Proponuje się aby w § 8 ust. 3 lit. f) Umowy słowa „za które ponosi odpowiedzialność” zastąpić słowami „jeżeli Wykonawca ponosi za nią odpowiedzialność”.

25) §8 ust. 4 umowy proponuje się ukształtowanie tego postanowienia w następujący sposób: „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zarządzanie placem budowy, jego zabezpieczenie oraz bezpieczeństwo osób i mienia znajdującego się na jego terenie na zasadach ogólnych”.

26) Proponuje się w § 8 ust. 6 Umowy dodanie kolejnych zdań o treści: „Zamawiający zobowiązany jest do zwrotu kosztów poniesionych przez Wykonawcę w wyniku wykonania powyższych obowiązków. Ponadto, w przypadku gdy Wykonawca zobowiązany będzie do czasowego wstrzymania wykonywania prac ma on prawo do odpowiedniego przedłużenia terminów wykonania przedmiotu Umowy”.

27) Proponuje się aby w §9 ust. 1-3 umowy uwzględnić, że zmiana wymaga zawarcia aneksu do umowy a nadto, iż wykonawcy przysługuje prawo odmowy uwzględnienia zmian nie tylko w przypadku, gdy nie może zapewnić odpowiednich narzędzi. Ponadto postanowienia paragrafu 9 naruszają regulacje Ustawy Prawo zamówień publicznych.

Możliwość dokonania zmian w umowie zawartej w ramach zamówienia publicznego reguluje art.144 ust.1 ustawy. Możliwości te zawężone są poprzez wyłączenia wynikające z treści art.140 ust.1 i 3 ustawy, zgodnie z którymi umowa / a zatem i jej zmiana / jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji, nadto zaś zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jeżeli uznamy, iż termin „określenie przedmiotu zamówienia „ jest równoznaczny z „ opisem przedmiotu zamówienia „ stanowiącym element specyfikacji, elementy z jakich winno składać się określenie przedmiotu zamówienia zawarte są w art.31 ustawy. W przypadku robót budowlanych są to : dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Jeżeli zatem zmiana polega na np. dopisaniu do przedmiotu umowy nowej jednostki robót czy też nowej technologii, nie przewidzianych w specyfikacji, przesądza to o jej nieważności. Zakaz zmian dotyczy wszelkich znamion, z pomocą których opisano przedmiot zamówienia, takich np. jak parametry funkcjonowania, przeznaczenie, cechy techniczne , architektoniczne itp. Podobnie, w świetle zapisu art.140 ust.1 ustawy wspominającego o wymogu tożsamości świadczenia wykonawcy z zobowiązaniem zawartym w ofercie , zapis umożliwiający zawężenie przedmiotu umowy należy uznać za niedopuszczalny. W tym miejscu przytoczyć należy fragment



komentarza do art. 140 pzp autorstwa J. Jerzykowskiego (Komentarz do art.140 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.): „Z praktycznego punktu widzenia, na tle relacji art. 140 ust. 1 i 3, pojawia się jednak nader istotne pytanie o możliwość dokonywania przedmiotowych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego. Poza sporem pozostaje zakaz rozszerzenia przedmiotu świadczenia wykonawcy ponad opis przedmiotu zamówienia ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie nie wydaje się, aby art. 140 ust. 3 stał na przeszkodzie niewielkim modyfikacjom świadczenia wykonawcy w ramach ogólnie określonego przedmiotu zamówienia, zwiększającym użyteczność tego świadczenia (np. użycie materiałów tej samej jakości, użycie urządzeń większej wydajności bez pogorszenia innych parametrów eksploatacyjnych). Tak długo, jak zmiany tego rodzaju nie będą powodować stanu sprzeczności z regułą płynącą z art. 140 ust. 1, iż zakres świadczenia wykonawcy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, będą one dopuszczalne. Dokonanie takich modyfikacji powinno być jednak oceniane przez pryzmat art. 144 ust. 1. Niedopełnienie warunków dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikających z art. 144 ust. 1 oznaczać będzie zakaz ich wprowadzania nawet wówczas, gdyby była dopuszczalna na podstawie art. 140 ust. 1 i 3”. Z powyższego komentarza wynika, iż pzp dopuszcza jedynie niewielkie zmiany świadczenia wykonawcy i tylko w drodze zmiany umowy. Dodać należy, iż „Do zmiany umowy dojść może jedynie w rezultacie złożenia zgodnego oświadczenia woli przez wszystkie jej strony” (Komentarz do art.144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Z powyższych względów prawo Zamawiającego do jednostronnego i nieograniczonego dokonywania zmian w przedmiocie Umowy uznać należy za sprzeczne z pzp,

§ 9 ust. 4 Umowy – wydaje się, iż w przedmiotowym postanowieniu chodzi o koszty będące wynikiem wyceny zmian projektowych. Umowa nie przewiduje natomiast zwrotu wszelkich kosztów poniesionych przez Wykonawcę w wyniku wprowadzenia zmian projektowych np. nakładów poniesionych w celu wykonania prac, z których Zamawiający zrezygnował. Czy Zamawiający może wyjaśnić, czy tak jest istotnie?

28) Proponuje się usunięcie § 9 ust. 6 Umowy. Por. uwagi do § 9 ust. 1-3 Umowy,

29) Czy Zamawiający może w § 10 ust. 2 Umowy określić termin na zakończenie odbioru częściowego robót, np. 3 dni?

30) § 10 ust. 5 Umowy – w przypadku wadliwego wykonania robót będących przedmiotem odbioru częściowego Zamawiający powinien odebrać tę część robót, która jest wykonana prawidłowo i za nią zapłacić. Nie powinien natomiast mieć prawa do odmowy odbioru całości robót, zwłaszcza w przypadku gdy stwierdzone wady będą nieistotne. Czy Zamawiający może dokonać odpowiedniej modyfikacji?

31) Postuluje się wykreślenie § 10 ust. 6 zdanie drugie Umowy.

32) §12 umowy – przedmiot umowy może mieć drobne, nadające się do usunięcia, nieistotne wady, których wystąpienie będzie pozostawać bez żadnego wpływu na możliwość użytkowania przedmiotu umowy. W razie wystąpienia tego rodzaju wad, powinny one być wymienione w protokole odbioru, a wykonawca w określonym terminie winien być zobowiązany do ich usunięcia. Odbiór zaś powinien zostać dokonany. Zgodnie z aktualnym orzecnictwem Sądu Najwyższego brak jest również uzasadnienia dla ograniczenia obowiązku dokonania odbioru robót budowlanych jedynie w sytuacji, gdy w wykonanych robotach nie występują żadne odstępstwa od stanu idealnego (odbiór bezusterkowy). Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 22 czerwca 2007r. (sygn. akt V CSK 99/07) „(...) strony umowy nie mogą uzależnić zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek”.

33) Mając na uwadze powyższe, czy w razie wystąpienia drobnych, nadających się do usunięcia wad istnieje możliwość dokonania odbiorów warunkowych? Proponuje się określenie możliwości dokonania odbioru warunkowego. Ponadto, postuluje się zrezygnowanie z dokonywania odbioru końcowego dopiero po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie. Odbiór winien



być dokonany po wykonaniu przez wykonawcę obiektu i uzyskaniu kompletnej dokumentacji niezbędnej do uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

34) Proponuje się w § 12 ust. 1 Umowy wykreślić słowa „w stanie wolnym od wad”.

35) § 12 ust. 3 Umowy – termin na dokonanie odbioru końcowego powinien być liczony od zawiadomienia przez Wykonawcę o zakończeniu realizacji przedmiotu Umowy, a nie od zakończenia inspekcji. Nie wiadomo bowiem ile będzie trwała inspekcja.

36) § 12 ust. 3 - por. uwagi do § 2 ust. 3 lit. c) Umowy,

37) Proponuje się w § 12 ust. 3 Umowy wykreślić słowa „i powierzenia jej wykonania innemu podmiotowi na koszt i ryzyko Wykonawcy”. Odstąpienie od Umowy powinno być jedynym uprawnieniem Zamawiającego. Pokrywanie kosztów zastępczego usuwania wad byłoby zbyt obciążające dla Wykonawcy.

38) Proponuje się wykreślenie § 12 ust. 8 Umowy. Przy obecnym brzmieniu postanowienia niespełnienie któregokolwiek z warunków określonych w § 2 Umowy, np. istnienie nawet nieistotnej wady w przedmiocie Umowy, uniemożliwi Wykonawcy wystawienie faktury końcowej i otrzymanie należnej mu zapłaty za część przedmiotu Umowy wykonaną prawidłowo.

39) § 13 ust. 7 Umowy – okres odpowiedzialności za wady powinien biec od nowa tylko w przypadku wymiany rzeczy na wolną od wad lub istotnych napraw rzeczy. W przypadku nieistotnej naprawy rzeczy okres odpowiedzialności za wady powinien być przedłużony jedynie o czas, w ciągu którego wskutek wady rzeczy Zamawiający nie mógł z niej korzystać (por. art. 581 § 2 kc). Czy Zamawiający może zrezygnować z tej regulacji?

40) Czy Zamawiający może dostosować § 14 ust. 1 Umowy do art. 148 ustawy Prawo zamówień publicznych. Umowa przewiduje zabezpieczenie wykonania Umowy w formie gwarancji bankowych. Wyboru sposobu zabezpieczenia dokonał zatem Zamawiający. Jest to sprzeczne z art. 148 ust. 1 pzp, zgodnie z którym wyboru formy zabezpieczenia spośród wskazanych w tym przepisie dokonuje wykonawca („według wyboru wykonawcy”). To samo dotyczy § 14 ust. 3 Umowy.

41) § 14 ust. 2 – słowa „w terminie 14 dni” proponuje się zastąpić słowami „w odpowiednim terminie”. Termin 14-dniowy może być za krótki.

42) § 14 ust. 5 Umowy - wykreślić należy zapisy dotyczące gwarancji jakości. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu 22 grudnia 2009 r.. Postanowienia § 16 ust. 1 Umowy są niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. W stanie prawnym obowiązującym od 22 grudnia 2009 r. (tj. od wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. nr 206, poz. 1591) zabezpieczenie należytego wykonania umowy nie może zabezpieczać roszczeń Zamawiającego z tytułu gwarancji jakości. Z art. 147 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu nadanym ww. ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.) usunięte zostało zdanie o treści „Jeżeli wykonawca jest jednocześnie gwarantem, zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu gwarancji jakości”. Obecnie zabezpieczenie należytego wykonania umowy może zabezpieczać tylko roszczenia zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i rękojmi za wady,

43) Proponuje się aby w § 15 ust. 1 Umowy, w zdaniu drugim słowo „jedynie” zastąpić należy słowami „w szczególności”. Wykonawca nie powinien bowiem ponosić odpowiedzialności za niedotrzymanie terminów umownych w każdym przypadku, gdy nie ponosi winy za opóźnienie. Katalog przyczyn wyłączających odpowiedzialność Wykonawcy za niedotrzymanie terminów umownych zawarty w przedmiotowym postanowieniu jest katalogiem zamkniętym i może okazać się niewystarczający. Tytułem przykładu można podać, iż opóźnienie w robotach może być spowodowane przez Zamawiającego bądź osoby trzecie, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Za takie opóźnienia Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności,

44) Proponuje się usunięcie § 15 ust. 2 Umowy.

45) § 15 ust. 3 Umowy – proponuje się usunięcie z Umowy kar umownych za niedotrzymanie terminów pośrednich. W interesie Zamawiającego jest bowiem, aby przedmiot Umowy został wykonany w terminach wskazanych w § 2 Umowy. Z punktu widzenia Zamawiającego nie powinno mieć znaczenia niedotrzymanie terminów pośrednich, jeżeli dotrzymane będą terminy końcowe.



Nie ma zatem uzasadnienia dla obciążania Wykonawcy karami umownymi za niedotrzymanie terminów pośrednich.

46) Proponuje się w § 15 ust. 5 Umowy słowo „opóźnienia” zastąpić słowem „zwlóki”. W § 15 ust. 3 i 4 Umowy jest mowa o karach umownych za zwłokę. Użycie zatem w § 15 ust. 5 Umowy pojęcia „opóźnienie” będzie powodowało wątpliwości interpretacyjne co do tego, czy kary umowne zastrzeżone są za zwłokę, czy opóźnienie. Kary umowne powinny być naliczane za „zwłokę”, a nie za „opóźnienie”. W języku prawnym zwłoka jest kwalifikowanym, czyli zawinionym opóźnieniem (zgodnie z art. 476 k.c.), w przeciwieństwie do zwykłego opóźnienia, które może nastąpić np. na skutek siły wyższej (np. zerwanie mostu przez powódź uniemożliwiająca dostawę urządzeń na budowę w terminie), czy innych niezawinionych okoliczności po stronie dłużnika (np. brak otrzymania odpowiednich pozwoleń ze strony władz, niezależny od wykonawcy. Dłużnik jest co do zasady (art. 471 i nast. k.c.) odpowiedzialny za „zawinione” niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (stąd „zwłoka”, a nie opóźnienie, które to jest „niezawinionym” niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania). Dodatkowo należy przytoczyć fragmenty z uzasadnień orzeczeń Sądu Najwyższego zapadłych w sprawach o podobnych stanach faktycznych, dotyczących kar umownych: „Przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia na podstawie art. 483 k.c.”, „Jeżeli strony w umowie zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania.” Kara umowna za opóźnienie ma w istocie charakter „gwarancyjny”, co oznacza, że Wykonawca zobowiązuje się pod rygorem kar umownych ukończyć prace w oznaczonym terminie, bez względu na istniejące lub mogące się zdarzyć przeciwności i wydarzenia. Tymczasem Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za działania od niego niezależne. Z tego względu postuluje się zmianę w treści kar umownych słów „opóźnienie” na „zwłoka”.

47) § 15 ust. 6 Umowy – proponuje się zmianę postanowienia na następujące: „W przypadku, gdy szkoda poniesiona przez Zamawiającego przewyższy kary umowne, Zamawiający może dochodzić odszkodowania uzupełniającego do wysokości faktycznie poniesionej szkody, na zasadach ogólnych”.

48) W § 15 ust. 7 Umowy po słowie „szkody” proponuje się wpisać słowa „ograniczonej do odszkodowania uzupełniającego”.

49) Na podstawie § 2 w zw. z art. 1, 3 i 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. (Dz. U. z dnia 8 października 2001 r.) postuluje się udostępnienie umowy o której mowa w § 15 ust. 7 Umowy.

50) Postuluje się wykreślenie § 16 ust. 1 lit. e) Umowy.

51) Proponuje się w § 16 ust. 2 Umowy wykreślić słowa „niezależnie od innych kar ustalonych postanowieniami niniejszej umowy”. W przypadku bowiem odstąpienia od umowy jest ona uważana za niezawartą (art. 395 § 2 kc). Nie można zatem na jej podstawie żądać kar umownych.

52) Proponuje się aby w § 16 ust. 3 Umowy wykreślić słowa „lub sporządzonej w toku prac”. Wykonawca nie powinien bowiem przekazywać Zamawiającemu sporządzonej w toku prac dokumentacji. Dokumentacja ta może być mu potrzebna np. w celach dowodowych. To samo dotyczy § 17 ust. 3 Umowy.

53) Proponuje się ukształtowanie § 16 ust. 4 Umowy w następujący sposób: „W przypadku odstąpienia od Umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za roboty budowlane i inne prace wykonane do czasu odstąpienia”. W przypadku odstąpienia od Umowy Wykonawca powinien otrzymać wynagrodzenie za wykonane roboty, a nie zwrot nakładów. Pojęcie nakładów nie uwzględnia bowiem marży. Ponadto, Wykonawca powinien otrzymać wynagrodzenie za wszystkie roboty, a nie tylko prawidłowo wykonane. W przypadku wad w robotach wynagrodzenie może być bowiem odpowiednio obniżone. To samo dotyczy § 17 ust. 4 Umowy.

54) Postuluje się usunięcie § 16 ust. 7 Umowy. Nie można bowiem wykluczyć, iż Wykonawca będzie miał w stosunku do Zamawiającego roszczenia związane z odstąpieniem od Umowy,



- 55) Postuluje się usunięcie zdania drugiego § 17 ust. 2 Umowy i zastąpienie następującym zapisem: „Ponadto, Wykonawca może odstąpić od Umowy w przypadkach określonych w Kodeksie cywilnym”.
- 56) Postuluje się usunięcie § 17 ust. 6 Umowy. Koszty poniesione przez Wykonawcę w celu nabycia urządzeń i materiałów stanowią element poniesionej przez niego szkody. Wykonawca powinien mieć zatem prawo do ich zwrotu.
- 57) Postuluje się usunięcie § 17 ust. 7 Umowy. W przypadku odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z powodów, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, Wykonawca powinien mieć prawo do odszkodowania. Kwota rekompensaty, o której mowa w § 17 ust. 4 Umowy może nie być wystarczająca do pokrycia szkody poniesionej przez Wykonawcę.
- 58) Postuluje się usunięcie § 18 ust. 2 Umowy.
- 59) Postuluje się usunięcie § 18 ust. 4 Umowy
- 60) § 18 ust. 7 Umowy – należy dopisać zdanie drugie umożliwiające Wykonawcy ujawnianie postanowień Umowy w zakresie niezbędnym do należytego wykonania Umowy lub jeżeli taki obowiązek wynika z przepisów prawa.
- 61) § 18 ust. 8 Umowy – nie jest jasne dlaczego zmiany Umowy mają być zatwierdzane przez Polską Agencję Rozwoju Regionalnego. Warunek taki może utrudnić wprowadzanie zmian do Umowy. Brak w Umowie postanowienia określającego zmiany, które mogą być wprowadzone do Umowy i warunki wprowadzenia tych zmian (stosowanie do art. 144 § 1 pzp). Nie będzie zatem podstawy prawnej np. do zmiany terminów określonych w § 2 Umowy w przypadku powierzenia Wykonawcy do wykonania robót dodatkowych (a nie znany jest ich rozmiar). Brak taki może się zatem okazać niekorzystny dla Wykonawcy.
- 62) Czy Zamawiający zgadza się na wprowadzenie górnego limitu kar umownych, na poziomie 10% wartości wynagrodzenia za dany etap inwestycji?. Czy Zamawiający potwierdza, że kary za niedotrzymanie terminów określonych w harmonogramie będą anulowane w razie dotrzymania terminu końcowego – w związku z tym postuluje się wprowadzenie stosownej regulacji?

Na które udziela się następującej odpowiedzi:

Zamawiający nie zgadza się na żadne zmiany i postulaty zaproponowane przez Pytającego.

Zatwierdził:

mgr Paweł Pieniężny – Dyrektor Administracyjny KUL Lublin,
pracownik Zamawiającego, któremu kierownik Zamawiającego
powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności