

Słubice, 17.09.2021 r.

Gmina Słubice
ul. Akademicka 1
69-100 Słubice

WYKONAWCY

ZP.271.23.2021.PG

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zagospodarowanie parku przy ul. Aleja Niepodległości w Słubicach

Na podstawie art. 284 ust. 2 oraz art. 286 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j.) – zwanej dalej Pzp, przekazuję odpowiedzi na pytania złożone w przedmiotowym postępowaniu.

Pytania

Po zapoznaniu się z projektem umowy nr WID.7013.17.2020.WN.2 dotyczącym zagospodarowania parku przy Al. Niepodległości w Słubicach poniżej wskazuję na zapisy, o zmianę których wnioskuję.

Zmiany wynikają z faktu, że podmiot wykonujący zamówienie zgodnie z nowym Prawem Zamówień Publicznych ma być partnerem Zamawiającego w wykonywaniu umowy. Odpowiedzialny może tylko za wykonanie przedmiotu zamówienia/ umowy, a nie za wszystkie czynności i zdarzenia towarzyszące. Nie może być za nie obciążany. Gmina Słubice próbuje przerzucić natomiast na podmiot który wygra przetarg odpowiedzialność za przygotowanie zamówienia co jest niedopuszczalne i nie może mieć miejsca zgodnie z wytycznymi UZP oraz przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi robót budowlanych.

Przez umowę o roboty budowlane zgodnie z kodeksem cywilnym wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu.

Stąd też dokonaliśmy wielu zmian, w tym m.in. w par. 1 ust. 3 umowy. Pierwotna jego treść jest nie do zaakceptowania. Wykonawca bowiem w przypadku rozbieżności (sprzeczności) zapisów poszczególnych dokumentów, nie może być obciążany obowiązkiem wykonania wszelkich czynności z tych wszystkich dokumentów wynikających. Jak wskazano bowiem powyżej na podstawie przepisów polskiego prawa - to Zamawiający przygotowuje postępowanie i opiera je na określonej dokumentacji, która będzie miała do tego postępowania zastosowanie. Treść par. 1 ust. 3 wskazuje natomiast, że w dokumentacji Zamawiającego panuje chaos, i dopiero po wyborze wykonawcy ten ma sprawdzić dokumentację i ustalić na podstawie czego będzie wykonywał prace. Takie zapisy nie mogą mieć miejsca, stąd też dokonano stosownych zmian.

Z uwagi na fakt, że wzór umowy był dostępny jedynie w formacie PDF poniższe zmiany nie mogły zostać wprowadzone w tzw. „trybie zmian” i wskazano je poniżej.

- 1) par 1 ust 2 pkt 3 -"udzielonych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiedzi Zamawiającego na pytania zadane przez Wykonawców oraz dokonane przed zawarciem umowy przez Zamawiającego modyfikacje treści Specyfikacji Warunków Zamówienia"
- 2) par 1 ust 3 "W przypadku rozbieżności (sprzeczności) zapisów poszczególnych dokumentów, Wykonawca niezwłocznie poinformuje Zamawiającego o ich wykryciu. Zamawiający niezwłocznie podejmie decyzję o wprowadzeniu odpowiednich zmian i poprawek w porozumieniu z Wykonawcą tak aby mieściły się w pierwotnym terminie i wynagrodzeniu Wykonawcy. W przypadku gdy zmiany i poprawki spowodują wzrost

wartości umowy lub czas wykonania zamówienia, Wykonawcy będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie oraz zostanie wydłużony termin wykonania Umowy.

- 3) par 1 ust 4 Wykonawca zobowiązuje się wykonać roboty budowlane, które nie zostały wyszczególnione w przedmiarze robót a są konieczne do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z projektem budowlanym na zasadach opisanych w niniejszym ustępie (Prace dodatkowe).
 - a) W przypadku konieczności wykonania takich Prac dodatkowych nieprzewidzianych w umowie, których konieczność wystąpiła w toku realizacji umowy, Wykonawca zobowiązany jest poinformować o tym fakcie Zamawiającego niezwłocznie od wystąpienia takiej konieczności, podać przyczyny konieczności przeprowadzenia prac dodatkowych oraz wskazać zakres i wycenę.
 - b) Prace dodatkowe zostaną wykonane przez Wykonawcę po podpisaniu aneksu do umowy na te prace, ustalającym termin i wynagrodzenie Wykonawcy za ich wykonanie.
- 4) par 2 ust 2 pkt 9 wykreślić ubezpieczenie „terenu”.

Komentarz: Czemu ma służyć ubezpieczenie terenu na którym będą wykonywane prace?
- 5) par 3 ust 3 wykreślić „.... Jeżeli w trakcie odbioru nie zostaną stwierdzone wady uniemożliwiające użytkowanie jakiegokolwiek części przedmiotu umowy. W przypadku stwierdzenia takich wad zgłoszenie uznaje się za nieskuteczne”

Komentarz: Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót to inwestor jest zobowiązany dokonać ich odbioru (wyrok S.A. w Rzeszowie 20.12.12r I ACa 405/12. Ujawnienie wad robót nie zwalnia Zamawiającego od obowiązku dokonania odbioru robót z tą bowiem chwilą nabywa on uprawnienia z ręką. W przypadku stwierdzenia wad uniemożliwiających użytkowanie jakiegokolwiek części przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem, Zamawiający może żądać wykonania wadliwie wykonanych prac remontowych od początku na koszt Wykonawcy w wyznaczonym terminie.
- 6) Par. 4 ust. 2 – wykreślić.

Komentarz: To jest umowa o roboty budowlane, gdzie waloryzacja wynagrodzenia przewidziana jest z urzędu w nowym PZP. Należy też wziąć pod uwagę prace dodatkowe, o których mowa powyżej.
- 7) Par 4 ust 8 wykreślić „bez wad istotnych” i” Na potrzeby niniejszej umowy za wady istotne uznaje się”

Komentarz: Wadą istotną jest wada uniemożliwiająca korzystanie z przedmiotu umowy zgodnie z jej przeznaczeniem a nie fakt ich usunięcia dłuższy niż 7 dni
- 8) Par 4 ust 9 wykreślić „bez wad istotnych”
- 9) Par 4 ust 12 zwracam uwagę na dość długi termin płatności faktury 30 dni. Wykreślić „ bez zastrzeżeń”
- 10) Par 4 ust 21 dodać „ W ramach procedury odbiorowej Zamawiający może zgłosić pisemne zastrzeżenia co do należytego wykonania przez Wykonawcę całości lub części usług w ramach Umowy wraz z podaniem powodu zakwestionowania należytego wykonania tych usług i wezwaniem do ich naprawy oraz wyznaczeniem stosownego terminu na ich należyte wykonanie. Jeśli wady nie są istotne Zamawiający nie ma prawa wstrzymania wynagrodzenia Wykonawcy ”
- 11) Par 8 ust 4 zmiana na 7 dni

- 12) Par 8 ust 6 „...zawiadamia Wykonawcę o wyznaczonej dacie odbioru końcowego. Data odbioru końcowego nie może być wyznaczona później niż 7 dni od pisemnego zgłoszenia Wykonawcy wykonania robót.
- 13) Par 8 ust 8 pkt 1b wykreślić jw. w par 3 ust 3
- 14) Par 8 ust 9 dopisać”... Zamawiający jest upoważniony do ich usunięcia na koszt Wykonawcy po wcześniejszym wezwaniu go do ich usunięcia i wyznaczenia dodatkowego uzasadnionego technologicznie terminu...”
- 15) Par 8 ust 12 wykreślić
- 16) Par 9 ust 22 Zamawiający odpowiada solidarnie z Wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcom.
Komentarz: zapis niezgodny z prawem zamówień publicznych.
- 17) Par 11 ust 7 dodać „...w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie krótszym niż 7 dni...”
- 18) Par 12 ust 7 dodać „...Zamawiający wezwie wykonawcę do przedłożenia ubezpieczenia w terminie 3 dni roboczych od dnia wezwania a w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu w imieniu i na rzecz Wykonawcy na jego koszt dokona stosownego ubezpieczenia...”
- 19) Par 13 ust 3 dodać „ Zamawiający wyznacza dłuższy termin usuwania wad i usterek w uzgodnieniu z Wykonawcą.
- 20) Par. 13 ust. 8 usunąć zdanie „Wykonawca jest obowiązany sfinansować ów koszt „z góry” na wezwanie Zamawiającego i ryzyko Wykonawcy”
- 21) Par 14 ust 2 pkt 1 zmienić”...od dnia wykonania zamówienia potwierdzonego końcowym protokołem odbioru.
- 22) Par 14 ust 3 zmienić „... może je zaspokoić z zabezpieczenia należytego wykonania umowy po uprzednim wezwaniu wykonawcy do dobrowolnego zaspokojenia roszczenia i wyznaczenia uzasadnionego technicznie terminu.
- 23) Par 14 ust 9 pkt 1 zmienić „... Zamawiający jest zobowiązany do wezwania Wykonawcy do dobrowolnego wykonania obowiązku lub zapłaty i wyznaczenia 7 dniowego terminu.
- 24) Par. 15 ust. 1 i 2- kary powinny być liczone od kwot netto, kwota brutto to podatek, nie wynagrodzenie Wykonawcy
- 25) Par 16 ust 4 pkt 5 określenie nieostre „ wielokrotnego”
- 26) Par 16 ust 4 pkt 6 dodać „... i wyznaczenia stosownego, uzasadnionego technologicznie terminu”
- 27) Par 16 ust 7 dodać W związku ze złożonym oświadczeniem o odstąpieniu od umowy, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane prace i zamówione materiały konieczne do realizacji umowy.

Reasumując wnosimy o uwzględnienie zmian w projekcie umowy w niniejszym postępowaniu w celu doprecyzowania jej zapisów, a także zachowania równowagi stron stosunku prawnego

jakim jest umowa o roboty budowlane zgodnie z założeniami nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z 11.09.2019r. Zapisy tej ustawy dają możliwość negocjowania postanowień umownych w taki sposób, aby zapisy nie były jednostronnie korzystne tylko dla Zamawiającego, ale zabezpieczały także w sposób prawidłowy interes Wykonawcy. Dlatego po analizie przedstawionego przez Państwa wzoru umowy, oraz biorąc pod uwagę fakt, że zawiera on wiele zapisów niekorzystnych dla Wykonawcy, stawiających Zamawiającego w uprzywilejowanej sytuacji, chcielibyśmy z tej możliwości negocjowania warunków projektu umowy z Zamawiającym skorzystać.

Biorąc pod uwagę powyższe wnoszę jak na wstępie.

Odpowiedzi:

- 1) Zamawiający nie zmienia treści § 1 ust. 2 pkt. 3 umowy. Modyfikacje SWZ mogą nastąpić wyłącznie przed zawarciem umowy. Zawarcie umowy nie jest już częścią postępowania przetargowego, którego zaś etapem jest możliwość modyfikacji;
- 2) Zamawiający nie zmienia treści § 1 ust. 3 umowy. Z uwagi na fakt, że wynagrodzenie przewidziane § 4 ust. 1 umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu art. 632 kodeksu cywilnego na wykonawcy spoczywa ryzyko należytego skalkulowania ceny oferty. W tym zakresie zresztą dopuszczalne jest nawet zgodnie z orzecznictwem sądowym uwzględnienie również ryzyka konieczności realizacji nieprzewidzianych robót, a niezbędnych do prawidłowego wykonania umowy. Zamawiający w kwestionowanym zapisie jednak wskazuje wyraźnie, że Wykonawca ma oszacować wynagrodzenie w oparciu o pełną dokumentację zawartą w SWZ, która się wzajemnie uzupełnia. Zamawiający nie ujawnił rozbieżności w dokumentacji, ale w sytuacji wykrycia sprzeczności przez Wykonawcę dopiero po zawarciu umowy, a nie na etapie przygotowywania i kalkulowania oferty Wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego poprzez ten zapis winien mieć świadomość, że nie uniknie wykonania robót z uwagi na fakt, że w określonym miejscu dokumentacji zostały wskazane a w innym je pominięto lub też rodzaj materiału będzie się różnił. Powyższe zapisy tak w poprzednio obowiązującej ustawie, jak i aktualnie stosowanej stosowane są niezmiennie a Zamawiający zawsze traktuje Wykonawcę jako partnera w realizacji inwestycji;
- 3) Zamawiający nie zmienia treści § 1 ust. 4 umowy. Wykonawca powinien oprzeć zasady oszacowania oferty o projekt budowlany. Przedmiar ma charakter poglądowy (co jest oczywiste przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie robót budowlanych) i nawet jeśli Zamawiający nie przewidział w nim (przedmiarze) określonych robót wiążący dla Wykonawcy jest w tym zakresie projekt budowlany. Roboty zapisane w projekcie budowlanym, a pominięte w przedmiarze robót jako częściach SWZ nigdy nie będą miały charakteru robót dodatkowych, których istota wskazuje, że są to roboty których zamawiający działający z należyłą starannością nie mógł przewidzieć co jest oczywiście niedorzeczne w warunkach zawarcia ich w projekcie budowlanym. 648 § 2 kc zakres zobowiązań wykonawcy i roszczeń inwestora w umowie o roboty budowlane określa się za pomocą projektu budowlanego;
- 4) § 2 ust 2 pkt 9 otrzymuje nowe brzmienie: „ubezpieczenie robót według zasad określonych w § 12 niniejszej umowy”;
- 5) § 3 ust. 3 otrzymuje nowe brzmienie: „Za termin wykonania przedmiotu umowy uznaje się datę pisemnego zgłoszenia przez Wykonawcę zakończenia robót i gotowości do odbioru końcowego robót przez Zamawiającego, jeżeli w trakcie odbioru nie zostaną stwierdzone wady uniemożliwiające użytkowanie jakiegokolwiek części przedmiotu umowy. W przypadku stwierdzenia takich wad zgłoszenie w części obejmującej te wady uznaje się za nieskuteczne”;
- 6) Zamawiający nie zmienia treści § 4 ust. 2 umowy. Uzasadnienie jak w pkt. 2.;

- 7) § 4 ust. 8 otrzymuje nowe brzmienie:
„8. Podstawą do wystawienia faktury VAT i zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego jest protokół odbioru częściowego/końcowego robót, zatwierdzony przez Inspektora nadzoru. Na potrzeby niniejszej umowy za wady istotne uznaje się w szczególności wady których techniczny, technologiczny okres usunięcia jest dłuższy niż 7 dni kalendarzowych.” Odmowa modyfikacji w zakresie definicji wad istotnych. Definicja cząstkowa wprowadzona w trybie art. 3531 w związku z art. 558 § 1 zdanie pierwsze kc..
- 8) § 4 ust. 9 otrzymuje nowe brzmienie:
„9. Wykonawca dołącza do faktury częściowej/końcowej kopię protokołu odbioru częściowego/końcowego podpisanego przez obie strony oraz: dowody zapłaty wynagrodzenia należnego zaakceptowanym przez Zamawiającego Podwykonawcom i dalszym Podwykonawcom z tytułu wykonania robót budowlanych, których dotyczy dana faktura oświadczenia wszystkich Podwykonawców i dalszych Podwykonawców, z którymi zawarto umowy o podwykonawstwo, przedstawione Zamawiającemu zgodnie z § 9 Umowy, o otrzymaniu wynagrodzenia należnego na podstawie umowy o podwykonawstwo albo oświadczenie o poleceniu Zamawiającemu zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy, co do których Wykonawca nie przedłożył oświadczenia wskazanego w punkcie 2) powyżej, na podstawie przekazu (art. 921¹ Kodeksu cywilnego) – wraz z fakturami VAT wystawionymi przez tych Podwykonawców i dalszych Podwykonawców.”
- 9) § 4 ust. 12 otrzymuje nowe brzmienie:
„12. Wynagrodzenie będzie płatne przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy Nr konta: w terminie do 30 dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktury VAT (nabywca: Gmina Słubice, ul. Akademicka 1, 69-100 Słubice, NIP: 598-00-05-172; odbiorca: Urząd Miejski w Słubicach, ul. Akademicka 1, 69-100 Słubice) z załączonym protokołem odbioru.”
- 10) § 4 ust. 21 umowy zostaje usunięty w całości. Kwestie zgłaszania wad regulują kompleksowo zapisy § 8 umowy.
- 11) Zamawiający nie zmienia treści § 8 ust. 4 umowy.
- 12) Zamawiający nie zmienia treści § 8 ust. 6 umowy. Termin na dokonanie czynności odbiorowych jest wskazany w § 8 ust. 4.
- 13) Zamawiający nie zmienia treści § 8 ust 8 pkt 1b umowy. W przypadku stwierdzenia uniemożliwienia korzystania z części przedmiotu umowy powyższa odmowa zostanie zgodnie z § 3 ust. 3 skierowana do wadliwej w opisany sposób części.
- 14) Zamawiający nie zmienia treści § 8 ust 9 umowy.
- 15) § 8 ust. 12 umowy zostaje usunięty.
- 16) § 9 ust. 22 umowy otrzymuje brzmienie:
„22. Zamawiający ponosi solidarną odpowiedzialność wraz z Wykonawcą za zobowiązania Podwykonawców”.
- 17) Zamawiający nie zmienia treści § 11 ust. 7 umowy. Termin na przedłożenie dowodów określonych w ust. 5 § 11, został wskazany w ust. 4 § 11 umowy.
- 18) § 12 ust. 7 umowy otrzymuje nowe brzmienie:
„7. W przypadku niedokonania przedłużenia ubezpieczenia, lub nieprzedłożenia Zamawiającemu przez Wykonawcę dokumentu ubezpieczenia (polis) w terminie, o którym mowa w ust. 4, Zamawiający wezwie Wykonawcę do przedłożenia wskazanych powyżej dokumentów w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania. W przypadku bezskutecznego upływu terminu Zamawiający w imieniu i na rzecz Wykonawcy na jego

koszt dokona stosownego ubezpieczenia w zakresie, a poniesiony koszt potrąci z należności wynikających z najbliższej faktury wystawionej przez Wykonawcę oraz naliczy karę umowną w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki.”

- 19) Zamawiający nie zmienia treści § 13 ust. 3 umowy.
- 20) Zamawiający nie zmienia treści § 13 ust. 8 umowy.
- 21) Zamawiający nie zmienia treści § 14 ust. 2 pkt. 1 umowy. Treść zgodna z art. 453 ust. 1 PZP
- 22) Zamawiający nie zmienia treści § 14 ust. 3 umowy.
- 23) § 14 ust. 9 pkt 1 umowy otrzymuje nowe brzmienie:
„ 1) zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo, niezależnie od ważności i skutków prawnych umowy, do zapłaty kwoty na rzecz Zamawiającego w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego wezwania do zapłaty wskazującego, iż Wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązania wynikające z umowy, bądź nie zaspokoił roszczeń z tytułu rękojmi lub gwarancji za wady.”
- 24) Zamawiający nie zmienia treści § 15 ust. 1 i 2 umowy.
Podstawa naliczenia kary umownej stanowi określona kwota bez znaczenia jest tutaj kwestia istotna na gruncie praw podatkowego. Podstaw naliczenia kary jest kwota która bez wątpliwości może zostać ustalona w dacie zawierania umowy.
- 25) Określenie „wielokrotnego” uznane przez Wykonawcę za nieostre stanowi powtórzenie hipotezy normy prawnej określonej w art. 465 ust. 7 PZP.
- 26) Zamawiający nie zmienia treści § 16 ust. 4 pkt 6 umowy.
Oczywistym jest, że termin będzie uzasadniony, albowiem w przeciwnym wypadku odstąpienie w przypadku bezskuteczności jego upływu mogłoby zostać uznane za nieskuteczne.
- 27) Zamawiający nie zmienia treści § 16 ust. 7 umowy. Oczywiste wynika z istotny skutku ex nunc.

Jednocześnie Zamawiający zmienia termin składania i otwarcia ofert. Rozdział XVIII SWZ otrzymuje nowe brzmienie w następujących punktach:

„Miejsce i termin składania ofert

1.Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy umieścić na platformazakupowa.pl pod adresem : <https://platformazakupowa.pl/pn/slubice/proceedings> na stronie internetowej prowadzonego postępowania do dnia **22 września 2021 r.** do godziny 11:00.”

„Otwarcie ofert

1.Otwarcie ofert następuje niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. **22 września 2021 r.** o godzinie 11:15.”

Z up. Burmistrza
Paweł Grudzień
Główny specjalista
ds. zamówień publicznych