Nr postępowania: 3411.20.2023.PZD

Nowa Sól, dnia 26.01.2024 r.

****Odpowiedź na zapytanie****

**dotyczy: wykonania zadania pn.: „Remont drogi powiatowej nr 1051F od skrzyżowania z drogą 1052F do m. Lelechów". Zadanie realizowane w ramach Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg**

Zamawiający, Powiat Nowosolski w odpowiedzi na wniesione zapytania informuje co następuje:

1. Rozdział 5 pkt 1 SWZ: prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający posiada prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w zakresie terenu, na którym będzie realizowana inwestycja oraz że wszystkie prace w ramach wskazanej inwestycji mieszczą się na działka stanowiących własność Zamawiającego.

*Odp. Zamawiający posiada prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w zakresie terenu, na którym będzie realizowana inwestycja*

1. Dotyczy § 1 ust. 1 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o wykreślenie słów „w szczególności” w odniesieniu do zakresu prac do wykonania i obowiązków Wykonawcy. Obecny zapis narusza bowiem art. 99 ustawy Pzp, gdyż opisuje przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co ma wpływ na złożenia przez wykonawców konkurencyjnych ofert.

*Odp. Zamawiający wykreśli słowa ,,w szczególności”*

1. Dotyczy § 1 ust. 1 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: W związku z tym, że zamówienie finansowane jest ze środków Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg, prosimy o wyjaśnienie:
2. W jakim terminie Zamawiający jest zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego?
3. W jakiej wysokości (% wartości inwestycji) zamawiający jest uprawniony do otrzymania dofinansowania na realizację przedmiotu zamówienia na mocy zawartej umowy o dofinansowanie?
4. Czy dofinansowanie ze środków Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg zostało już udzielone Zamawiającemu ? Jeśli tak, to w jakiej wysokości?
5. W jakiej wysokości Zamawiający przewiduje środki finansowe na 2024 rok ? Informacja ta jest niezbędna w celu rzetelnej kalkulacji kosztów ew. finansowania zadania.

*Odp. a) Zamawiający zawiera umowę z wykonawcą w terminach określonych w ustawie Pzp.*

1. *Zamawiający otrzyma dofinansowanie w wysokości 60 %*
2. *Zamawiający otrzyma dofinansowanie w wysokości 600 000 zł*
3. *W wysokości 400 000 zł*

1. Dotyczy § 1 ust. 3 pkt e) Załącznika nr 3 – Projektu U mowy: Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający załączył do SWZ całą dokumentację potrzebną do wykonania przedmiotu zamówienia oraz że dokumentacja ta jest kompletna i odzwierciedla stan faktyczny w zakresie warunków realizacji zamówienia, zaś brak jakichkolwiek dokumentów istotnych dla oceny warunków realizacji inwestycji nie obciąża Wykonawcy.

*Odp. Zamawiający potwierdza zamieszczenie dokumentacji potrzebnej do wykonania przedmiotu zamówienia*

1. Dotyczy § 1 ust. 4 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o potwierdzenie przez Zamawiającego, że Wykonawca nie jest zobowiązany do wykonania żadnych robót, których konieczność wykonania nie była możliwa do uwzględnienia na podstawie dokumentacji załączonej do SWZ i Opisu Przedmiotu Zamówienia dokonanego przez Zamawiającego. Wskazujemy, że Wykonawca nie może być obciążany przez Zamawiającego obowiązkiem przewidzenia wszelkich robót jakie mogą wystąpić na etapie realizacji Umowy, a jedynie takich, które wynikają z Opisu Przedmiotu Zamówienia, zaś żądanie przez Zamawiającego wskazanego oświadczenia stanowi naruszenie art. 99 pzp oraz art. 433 pkt 3 Pzp. Wykonawca wskazuje, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i dokładnego sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 i art. 102 ustawy Pzp.

*Odp. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszelkich robót niezbędnych do osiągnięcia rezultatu wskazanego w umowie, przy czym, jeżeli nie było można ich przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, to strony sporządzą protokół konieczności i ustalą wynagrodzenie należne wykonawcy za te dodatkowe prace*.

1. Dotyczy § 2 ust. 1 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o potwierdzenie, że wskazany zapis dotyczy wyłącznie obowiązków i kosztów wynikających z Opisu Przedmiotu Zamówienia dokonanego przez Zamawiającego. Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 03 października 2012 roku ws. KIO 2015/12 wskazuje, że : "W granicach kosztów obciążających wykonawcę w związku z wykonaniem umowy powinny mieścić się koszty od wykonawcy zależne i wynikające z przyczyn od niego zależnych. Nie może natomiast obejmować cena kosztów, które nie mieszczą w granicach opisu przedmiotu zamówienia, a powstały w toku realizacji robót budowlanych i wynikają z konieczności udzielenia zamówień dodatkowych lub uzupełniających".

*Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy.*

1. Dotyczy § 6 ust. 4 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o potwierdzenie przez Zamawiającego, że kosztorys ofertowy nie zawiera luk ani niejasności oraz że Zamawiający załączył do SWZ całą dokumentację potrzebną do wykonania przedmiotu zamówienia, a dokumentacja ta jest kompletna i odzwierciedla stan faktyczny w zakresie warunków realizacji zamówienia, zaś brak jakichkolwiek dokumentów istotnych dla oceny warunków realizacji inwestycji nie obciąża Wykonawcy

*Odp. Zamawiający potwierdza zamieszczenie dokumentacji potrzebnej do wykonania przedmiotu zamówienia*

1. Dotyczy § 7 ust. 2 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o dopuszczenie miesięcznego rozliczania i fakturowania. Chcielibyśmy podkreślić fakt, że w przypadku rozliczenia przedmiotu umowy na podstawie faktury końcowej Wykonawcy będą musieli kredytować wykonywane roboty co bezpośrednio przełoży się na zwiększenie ceny ofertowej w przetargu. W świetle ostatnich obserwacji, zauważono, że dochodzi do zwiększonej ilości unieważnianych postępowań. Niemal jedyną przesłanką unieważnianych postępowań jest brak środków przewidzianych na realizację. W związku z tym, uważamy, że propozycja zmiany fakturowania (na miesięczne) jest uzasadniona i korzystna dla Zamawiającego.
2. Dotyczy § 8 ust. 1 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Czy zamawiający zapewnia również nadzór autorski?

*Odp. Umowa nie przewiduje nadzoru autorskieg.*

1. Dotyczy § 8 ust. 2 lit. m) Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o wydłużenie terminu do informowania przedstawiciela Zamawiającego o konieczności wykonania robót dodatkowych, i określenie tego terminu na 7 dni zamiast 3 dni od stwierdzenia konieczności wykonania tych robót.

*Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy.*

1. Dotyczy § 8 ust. 9 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Wnosimy o potwierdzenie przez Zamawiającego, że wskazany przepis dotyczy tylko takich przypadków, które powstały z winy wykonawcy. Wskazujemy, iż przerzucanie pełnej odpowiedzialności na wykonawcę jest niezgodne z przepisem art. 415 kc.

*Odp. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za szkody powstałe wskutek prowadzonych robót, wynikające z działań lub zaniechań jego, jego pracowników oraz podwykonawców.*

1. Dotyczy § 9 ust. 2 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Wnosimy o potwierdzenie przez Zamawiającego, że wskazany przepis, że „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność karną i materialną za spowodowanie uszkodzeń w sieci uzbrojenia terenu w czasie wykonywania robót oraz za uszkodzenia i szkody, które w przyszłości mogłyby powstać na skutek prowadzonych robót”, dotyczy tylko takich przypadków, które powstały z winy wykonawcy. Wskazujemy, iż przerzucanie pełnej odpowiedzialności na wykonawcę jest niezgodne z przepisem art. 415 kc oraz narusza przepis art. 99 pzp. Prosimy w związku z tym również o potwierdzenie przez Zamawiającego, że obowiązek wskazany w § 9 ust. 2 dotyczy wyłącznie zinwentaryzowanych sieci uzbrojenia terenu.

*Odp. Przywołane postanowienie dotyczy przypadków, gdy szkoda powstała z winy wykonawcy, jego pracowników lub podwykonawców i dotyczy wszelkich sieci uzbrojenia. Zapis dotyczy zinwentaryzowanych i niezinwentaryzowanych sieci uzbrojenia. Wykonawca ma obowiązek wykonania robót z należytą starannością.*

1. Dotyczy § 12 ust. 6 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o wyjaśnienie w jakim terminie Zamawiający zakończy czynności odbioru końcowego? Wskazujemy, że odbiór końcowy robót należy - obok zapłaty wynagrodzenia - do podstawowych obowiązków umownych Zamawiającego. Jego termin ma dla wykonawcy znaczenie kluczowe, ponieważ zależy od niego możliwość wystawienia faktury końcowej; od tego terminu rozpoczynają bieg terminy gwarancji i rękojmi; termin ten ma też znaczenie w kontekście treści gwarancji ubezpieczeniowej na zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Stąd też termin, w którym powinno dojść do zakończenia procedury odbiorowej, powinien zostać uregulowany w umowie. Wykonawca zwraca się zawarcie w umowie procedury odbioru i wskazanie w niej terminu w jakim Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru lub zgłosić wszystkie uwagi do przedmiotu odbioru pod rygorem uznania odbieranych prac za wykonane bez uwag.

*Odp. Zamawiający zakończy czynności odbioru końcowego 7 dni od dostarczenia przez Wykonawcę kompletu dokumentacji powykonawczej*

1. Dotyczy § 12 ust. 10 pkt 2) Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o wyjaśnienie na jakiej podstawie prawnej Zamawiający opiera uprawnienia do odmowy dokonania odbioru w przypadku stwierdzenia wad nadających się do usunięcia. Prosimy o zmianę wskazanego zapisu. Wykonawca przypomina w tym kontekście, że – w myśl ustawy oraz orzecznictwa – dokonanie odbioru i zapłata wynagrodzenia są podstawowymi obowiązkami zamawiającego, od których nie można się uchylać nawet w przypadku stwierdzenia wad przedmiotu umowy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 października 2017 roku ws. I ACa 321/17, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 06 września 2016 roku ws. V ACa 935/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 31 sierpnia 2016 roku ws. I ACa 282/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 maja 2016 roku ws. I ACa 1094/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 stycznia 2016 roku ws. I ACa 253/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 stycznia 2014 roku ws. I ACa 1447/13, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18 października 2012 roku ws. I ACa 1046/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 24 lutego 2012 roku ws. V ACa 198/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 kwietnia 2011 roku ws. VI ACa 1200/10, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 17 grudnia 2009 roku ws. I ACa 874/09, a także wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 roku ws. V CSK 99/07). Wykonawca wskazuje, że odmowa dokonania odbioru przedmiotu umowy przez zamawiającego z powodu wad jak również uchylanie się od dokonania zapłaty i odbioru z ww. przyczyn jest postępowaniem nieuprawnionym, nie podlegającym usankcjonowaniu za pomocą umowy oraz narażającym zamawiającego m.in. na ryzyko jednostronnego odbioru przez wykonawcę.

Niedopuszczalne jest uznanie dzieła/robót za wykonane, tylko w przypadku wystąpienia stanu bezusterkowości. Przedmiotowy pogląd dominuje w orzecznictwie sądów powszechnych. Przykładowo wskazujemy wyrok SA w Szczecinie z dnia 26.04.2017 r. sygn. akt I ACa 1008/16, gdzie Sąd stwierdził: „Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane (umowy o dzieło) mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość”. Podobnie SA w Warszawie, w wyroku z dnia 03.08.2017 r. sygn. akt I ACa 689/16: „W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualnego wykazu wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania”. W związku z tym prosimy o stosowną zmianę wskazanego zapisu § 12 ust. 10 pkt 2) Załącznika nr 3 – Projektu Umowy.

*Odp. Odmowa odbioru wskazana w przywołanym postanowieniu umowy, nie jest odmową definitywną, a jedynie czasową – do czasu usunięcia wad. Czyli de facto sprowadza się do przesunięcia terminu odbioru. Z tej przyczyny zapis pozostaje bez zmian.*

1. Dotyczy § 12 ust. 12 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z zapisami § 14 ust. 2 zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a także roszczeń z tytułu rękojmi za wady. W związku z powyższym wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu dotyczącego możliwości potrącenia kwot z tytułu zastępczego wykonania robót z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Wykonawca nie wyraża zgody na takie potrącenie umowne.

*Odp. Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy.*

1. Dotyczy § 13 ust. 6 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o modyfikację zapisu § 13 ust. 6 poprzez dodanie postanowienia, iż „W przypadku, gdy usunięcie wady nie jest możliwe w terminie wskazanym w ust. 6 ze względów technologicznych lub atmosferycznych, usunięcie wady będzie wykonane w innym odpowiednim terminie uzgodnionym przez Strony, uwzględniającym reżim technologiczny oraz warunki atmosferyczne” albo o potwierdzenie przez Zamawiającego, iż uzgodniony termin usunięcia wad będzie każdorazowo uwzględniał wymagania reżimu technologicznego oraz warunki atmosferyczne.

*Odp. Zamawiający informuje, że uzgodniony termin usunięcia wad będzie każdorazowo uwzględniał wymagania reżimu technologicznego oraz warunki atmosferyczne.*

1. Dotyczy § 15 ust. 1 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o określenie łącznej maksymalnej wysokość kar umownych jakich mogą dochodzić strony. Zgodnie z art. 436 pkt 3) Ustawy Pzp Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.

*Odp. Łączna wysokość kar umownych, jakimi zamawiający może obciążyć wykonawcę na podstawie umowy nie może przekroczyć 50 % wynagrodzenia brutto wynikającego z oferty*

1. Dotyczy § 15 ust. 3 Załącznika nr 3 – Projektu Umowy: Prosimy o usunięcie wskazanego zapisu. Wykonawca zauważa, że niczym nieograniczone, jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego z należnego Wykonawcy wynagrodzenia godzi nie tylko w interes Wykonawcy, ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. Ponadto, stwarzając możliwość pozbawienia Wykonawcy efektywnego wynagrodzenia za spełnione świadczenie bez żadnej kontroli, czy to Wykonawcy, czy Zamawiającego, może być uznane za nadużycie prawa, skutkujące nieważnością tego postanowienia na podstawie art. 58 § 2 kodeksu cywilnego.

*Odp. Zamawiający zastąpi dotychczasowe zapisy poniższymi:*

*,,Strony zobowiązane są do zapłaty kary umownej w terminie 14 dni od dnia otrzymania noty obciążeniowej albo do zgłoszenia w tym terminie sprzeciwu od naliczonej kary umownej. W przypadku uchybienia przez wykonawcę temu terminowi i nie zgłoszenia sprzeciwu od naliczonej kary, zamawiający ma prawo potrącić kwotę wynikającą z noty obciążeniowej z wynagrodzenia wykonawcy, na co wykonawca wyraża zgodę”.*