Zakłady Techniki Komunalnej Sp. z o.o.
44-240 Żory, ul. Okrężna 5, tel. centrala 32 435 68 80, fax 32 435 69 20

Żory, dnia 04.12.2017 r.

ZP/22/2017

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu

Dotyczy: **odpowiedzi na pytania oraz modyfikacja SIWZ w przetargu nieograniczonym na opracowanie projektu budowlanego i dokumentacji wykonawczej dla inwestycji pięciu wielorodzinnych budynków mieszkaniowych w Żorach przy ul. Okrężnej**

WYJAŚNIENIA TREŚCI SIWZ ORAZ MODYFIKACJA
z dnia 04.12.2017 r.

I. W związku ze złożonymi pytaniami odnośnie SIWZ, na podstawie art. 38 ust. 1, 2, 4, 4a ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), Zamawiający wyjaśnia co następuje:

Pytanie nr 1.

Wykonawca zwraca się z prośbą o wprowadzenie przez Zamawiającego do treści umowy maksymalnego limitu kar umownych, jakimi może zostać obciążony Wykonawca. Stosownie do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2005 r. (IA Ca 1114/2005) miernikiem, który pozwala ocenić czy kara umowna jest rażąco wygórowana może być rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób naliczania kary umownej (brak maksymalnego limitu kar umownych), w praktyce może doprowadzać do naliczania niewspółmiernie wysokich i nieadekwatnych do rzeczywiście poniesionej szkód kar umownych. W tym miejscu zwracamy się z zapytaniem do Zamawiającego czy naprawdę miał na myśli takie kształtowanie zapisów SIWZ, które było by ukierunkowane na czynienie szkody Wykonawcy ?

Bardzo uprzejmie prosimy również aby Zmawiający potwierdził, iż zdaje sobie sprawę z faktu iż umowa w zakresie braku limitu kar jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jeśli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami oraz wykracza poza przyjętą w obrocie uczciwość kupiecką. Prosimy o informację czy Zmawiający rzeczywiście miał na celu wywyższyć się ponad Wykonawcę i sprawować rolę „kata" wymierzającego tak dotkliwe kary wykonawcy. W przedmiotowej sprawie, brak zastrzeżenia maksymalnego limitu kar umownych, w sposób zdecydowany wykracza poza przyjęte w obrocie zwyczaje kupieckie.

Mamy również nadzieje że Zamawiający zmieni zapisy dot. limitu kar gdyż będąc

REGON 240908216, NIP 6511682446
www.ztkzory.pl, sekretariat@ztkzory.pl
KRS 0000316885 Sąd Rejonowy w Gliwicach
Konto: ING Bank Śląski S.A
57 1050 1070 1000 0090 3056 8621

profesjonalnym podmiotem z pewnością wie, iż możliwość naliczenia rażąco wysokiej kary umownej jest sprzeczne z treścią art. 484 §1 KC, która określa karę umowną jako surogat odszkodowania. W sytuacji gdy brak zastrzeżenia maksymalnego limitu kar umownych może spowodować naliczenie kary przekraczającej wielokrotnie wartość szkody, kara umowna traci swój charakter odszkodowawczy, a zyskuje przymiot nieuzasadnionego zysku wierzyciela.

W tym duchu wypowiedział się również Sąd Najwyższy w składzie Izby Cywilnej i Administracyjnej z dnia 17 marca 1988 r. (IV CR 58/99): „Kara umowna - jako rażąco wygórowana - powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania, prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela".

W związku z powyższym nasuwa się pytanie czy Zamawiający działa świadomie tak kształtując zapisy o limicie kar aby każdy oferent doliczył dodatkowo do swojej oferty 10 -50% ? Mamy nadzieje że mylimy się w powyższej interpretacji gdyż Zamawiający funkcjonuje w oparciu o środki publiczne, a przecież niegospodarność w ich wydatkowaniu narusza dyscyplinę zamówień publicznych.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie zmieni treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozostawiając jednocześnie postulat potencjalnego oferenta bez dalszego komentarza, gdyż zarówno sposób zadania pytania, jak i oczekiwania oferenta czynią ten komentarz zbędnym.

Pytanie nr 2.

Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, iż terminy wskazane w SIWZ dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie dostarczenia decyzji o pozwoleniu na budowę pozostają nie realne do dotrzymania. Zgodnie z Art. 35 ust. 6 pkt. 1) Ustawy z dn. 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, organ administracji architektoniczno-budowlanej jest zobowiązany wydać decyzję o pozwoleniu na budowę w terminie do 65 dni od dnia wpłynięcia wniosku, ponadto niniejsza decyzja podlega uprawomocnieniu w terminie 14 dni od dnia dostarczenia stronie. Warunki SIWZ dot. sposobu realizacji przedmiotu umowy wskazują konieczność uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę w terminie do 30 dni od terminu złożenia wniosku do właściwego organu.

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 wiedze 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.

W związku z powyższym, Wykonawca wnioskuje o wydłużenie terminu wskazanego w Rozdziale 4., ust. 3. SIWZ o 86 dni – zgodnie z Ustawą Prawo budowlane oraz w oparciu o standardowe procedury urzędnicze (wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę w terminie 65 dni, dostarczenie decyzji oraz uprawomocnienie 21 dni).

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający zmienia postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w ten sposób, że wydłuża termin realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę o 50 dni. Tym samym realizacja przedmiotu zamówienia w odniesieniu do dostarczenia decyzji o pozwoleniu na budowę winna nastąpić w terminie 80, a nie 30 dni.
W związku z powyższym zmianie ulegają zapisy w pkt.4 ust.3 SIWZ i obecnie otrzymują nowe brzmienie:

„Uzyskanie prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę dla budowy pięciu wielorodzinnych budynków mieszkaniowych wraz z zagospodarowaniem terenu - nie później **niż 80 dni** od terminu wskazanego w ofercie Wykonawcy do wykonania kompletnego projektu budowlanego wraz ze złożeniem dokumentacji w celu uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę budynków"

Zmianie ulegają zapisy w § 2 ust.3 załącznika nr 3 do SIWZ i obecnie otrzymują nowe brzmienie:

Uzyskanie prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę dla budowy pięciu wielorodzinnych budynków mieszkaniowych wraz z zagospodarowaniem terenu - nie później **niż 80 dni** od terminu wskazanego **w §2 ust 1** do wykonania kompletnego projektu budowlanego wraz ze złożeniem dokumentacji w celu uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę budynków.

Pytanie nr 3.

Wykonawca, ze względu na brak możliwości określenia na obecnym etapie wszelkich okoliczności determinujących niezbędny, minimalny czas na wprowadzenie wymaganych poprawek do dokumentacji, zwraca się z prośbą o zmiany w zapisach wzoru umowy, tak aby uzyskały brzmienie:

a. Paragraf 10 ust. 2. *„Wykonawca zobowiązuje się usunąć wady dokumentacji ujawnione w okresie gwarancji lub rękojmi w terminie 7 dni od daty zawiadomienia Wykonawcy* ***lub w przypadku niemożliwości dotrzymania niniejszego terminu z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w najkrótszym możliwym terminie****, niezależnie od pozostałych uprawnień z tytułu rękojmi.".*

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w odniesieniu do projektu umowy.

Pytanie nr 4.

Wykonawca zwraca się z pytaniem do Zamawiającego dotyczącym zapisów SIWZ w zakresie reprezentacji Zamawiającego przed organami administracji publicznej, KIO oraz w sprawach cywilno-prawnych dotyczących realizacji budowy, czy Wykonawca jest zobowiązany zatrudnienia odrębnej osoby posiadającej wykształcenie oraz uprawnienia prawnicze czy też Zamawiający przewiduje udział Wykonawcy w powyższym zakresie zadań w charakterze projektanta?

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający przyjmując, że oferentowi chodzi o regulacje zawarte na stronie 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia punkt B u dołu strony podaję, iż Wykonawca nie ma obowiązku zatrudniania odrębnej osoby posiadającej wykształcenie bądź uprawnienia prawnicze. W tym zakresie Zamawiający modyfikuje postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia usuwając z treści punktu B skrót „KIO", pozostawiając postanowienie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pozostałym zakresie jako aktualne.

W związku z powyższym zmianie ulegają zapisy w pkt. 3 ust. 2B ppkt. 3 SIWZ i obecnie otrzymują nowe brzmienie:

„Reprezentowanie Zamawiającego, na podstawie odrębnego pełnomocnictwa, przed organami administracji publicznej oraz w sprawach cywilno - prawnych dotyczących realizacji budowy"

Pytanie nr 5.

Wykonawca odnosząc się do zapisów SIWZ w zakresie konieczności wykonania opracowań dotyczących analizy oddziaływania na środowisko, pragnie zwrócić uwagę, iż w przypadku narzucenia przez właściwy organ konieczności wykonania oraz uzgodnienia raportu oddziaływania na środowisko, terminy realizacji prac projektowych oraz okołoprojektowych wskazane w SIWZ pozostają niemożliwe do dotrzymania. W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o ograniczenie zakresu przedmiotu umowy do dostarczenia Karty Informacyjnej Przedsięwzięcia, a w przypadku konieczności wykonania raportu o oddziaływaniu o środowisku uwzględnić prace w ramach robót dodatkowych lub przewidzieć w zapisach umownych możliwość wydłużenia terminu trwania umowy o okres niezbędny na dostarczenie raportu o oddziaływaniu na środowisko. W chwili obecnej w kontekście obowiązujących terminów, żaden z Oferentów nie będzie w stanie dotrzymać terminów umownych w sytuacji, gdy właściwy organ zobliguje go do dostarczenia ww. raportu. Podsumowując, zakres prac przedstawiony w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) swoim zakresem po raz kolejny znacząco przekracza terminy umowne wskazane przez Zamawiającego przewidziane na realizację projektu czyniąc tym samym niniejszy projekt

niemożliwy do wykonania w skazanym terminie zmusza Wykonawcę do wkalkulowania w swoją ofertę kar umownych.

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 wiedze 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.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający w pkt. 3/2)/B/1 SIWZ określił wymagania względem Wykonawcy dotyczące analizy oddziaływania inwestycji na środowisko, tj. sporządzenie Karty Informacyjnej Przedsięwzięcia, a jeśli zajdzie konieczność sporządzenie raportu oddziaływania na środowisko wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia. Zamawiający podtrzymuje terminy realizacji prac projektowych określone w SIWZ, wprowadzając zapis umowny o możliwości wydłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy w zakresie wykonanie kompletnego projektu budowlanego wraz ze złożeniem dokumentacji w celu uzyskania prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę pięciu wielorodzinnych budynków mieszkaniowych o okres: od dnia złożenia raportu oddziaływania na środowisko (we właściwych organach administracji) do dnia uzyskania prawomocnej decyzji środowiskowej tylko pod warunkiem wystąpienia okoliczności do sporządzenia raportu oddziaływania na środowisko wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

W związku z powyższym Zamawiający dodaje do § 14 ust. 1 umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) pkt.5 o następującym brzmieniu:

Lp.	Przyczyna/okoliczności	Skutek – zmiana w umowie/aneks
5.	Zmiana terminu wykonania zadania w przypadku konieczności sporządzenia raportu oddziaływania na środowisko wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach	Spisanie aneksu do umowy przesuwającego termin wykonania zadania od dnia złożenia raportu oddziaływania na środowisko (we właściwych organach administracji) do dnia uzyskania prawomocnej decyzji środowiskowej)

Pytanie nr 6.

Wykonawca zwraca się z pytaniem do Zamawiającego czy planowana inwestycja jest zlokalizowana na terenie wchodzącym w skład obszaru oddziaływań szkód górniczych.

ODPOWIEDŹ:

Uzyskanie informacji o oddziaływaniach górniczych na teren przeznaczony pod planowaną inwestycję leży w obowiązkach Wykonawcy (jest częścią prac projektowych).

Pytanie nr 7.

Wykonawca zwraca się z pytaniem do Zamawiającego jaki stan prawny dotyczący prac projektowych, powinien uwzględnić Wykonawca – aktualny na dzień składania ofert czy też wchodzący w życie z dniem 01.01.2018r.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca winien brać pod uwagę stan prawny związany z realizacją zamówienia publicznego zarówno w czasie składania ofert, jak i przez czas realizacji zamówienia aż po odbiór przedmiotu zamówienia, tym samym Wykonawca winien uwzględniać znane mu zmiany prawa obejmujące okres realizacji przedmiotu zamówienia.

Pytanie nr 8.

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, jakie konsekwencje spowoduje brak jednoznacznego określenia parametrycznej liczby nadzorów autorskich, jakie muszą zostać wykonane przez Wykonawcę w trakcie trwania robót budowlanych? 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 powyższym, czy Zamawiający wyraża zgodę na wkalkulowanie w ofertę dodatkowej kwoty wynikłej z powyższego ryzyka, jakim jest brak sprecyzowania liczby nadzorów autorskich przez Zamawiającego? Oczywiście wskazujemy równocześnie, iż takie zapisy SIWZ są niegospodarne i naruszają dyscyplinę finansów publicznych, gdyż w skutek 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 i tym samym dać możliwość precyzyjnego określenia kosztów prowadzenia nadzorów autorskich poprzez wskazanie skończonej liczby nadzorów autorskich niezbędnych do odbycia w zakresie realizacji niniejszego przedmiotu umowy.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Pytanie nr 9.

Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wskazanie szczegółowych wytycznych dotyczących procesu uzgadniania rozwiązań projektowych z autorem projektu koncepcyjnego. Jednocześnie pragnie przytoczyć z własnego doświadczenia zawodowego projekt wymagający analogicznego uzgadniania dokumentacji koncepcyjnej z jej autorem na etapie tworzenia dokumentacji projektu budowlanego. Współpraca była bardzo skomplikowana ze względu na m.in. brak zaangażowania ze strony autora dokumentacji koncepcyjnej co przekładało się w sposób zdecydowanie negatywny na termin realizacji inwestycji (zarówno w historycznej umowie jak i obecnej, Zamawiający nie przewidział terminów umownych na wyrażenie decyzji autora dokumentacji koncepcyjnej ws. zaproponowanych zmian przez Wykonawcę, przez co kontakt był niezwykle utrudniony), próby wymuszenia dodatkowego wynagrodzenia przez autora dokumentacji koncepcyjnej w wysokości 100-200 tys. złotych (łapówki) w zamian za akceptację zmian w dokumentacji koncepcyjnej. W związku z powyższym Wykonawca zwraca się z pytaniem do Zamawiającego czy potwierdza konieczność i wyraża zgodę na wkalkulowanie dodatkowych środków przeznaczonych na poczet uzyskiwania uzgodnień z autorem projektu koncepcyjnego przez każdego z oferentów i tym samym znacznego zawyżenia wartości prac projektowych co może być uznane jako niegospodarne wykorzystywanie środków publicznych? Wykonawca pragnie poinformować Zamawiającego, iż powyższe działanie może być również uznane za monopolizowanie rynku oraz faworyzowanie konkretnej grupy oferentów np. współpracujących z autorem projektu koncepcyjnego.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wyjęcie z zakresu przedmiotu zamówienia obowiązku uzgadniania jakichkolwiek zmian w dokumentacji projektowej w stosunku do projektu koncepcyjnego z autorem projektu koncepcyjnego.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Pytanie nr 10.

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z zapytaniem, co rozumie przez pojęcie „jeden nadzór autorski", czy zdaniem Zamawiającego jest to wizyta na budowie jednego projektanta każdej branży, czyli zespołu projektantów jednocześnie, czy wizyta na budowie jednego projektanta w danym czasie wskazana w razie wystąpienia konieczności pojawienia się specjalisty danej branży na placu budowy? Brak jednoznacznie sprecyzowanej informacji prowadzi do konieczności wkalkulowania przez wykonawców w cenę ofertową kosztów ryzyka, jakie może zostać poniesione. Czy Zamawiający wyraża wobec tego zgodę na wkalkulowanie w cenę ofertową dodatkowych kosztów wynikających z powyższego ryzyka? Wskazujemy równocześnie, iż takie zapisy SIWZ są niegospodarne i naruszają dyscyplinę finansów publicznych, gdyż w skutek 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:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym w pytaniu- regulacja Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest jasna.

Pytanie nr 11.

Prosimy o zredukowanie wymogów określonych w pkt 8.6.2 IDW (wskazać tutaj o jakie zapisy nam chodzi). Mając na uwadze wielką dozę empatii skierowaną do Zamawiającego, uprzejmie prosimy o potwierdzenie, że kształtując wymogi w ten sposób Zamawiający chciał zmonopolizować rynek oraz zatrzymać w niniejszym postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji kształtując wygórowane wymagania. Jeśli nie, zwracamy się z prośbą o zredukowanie wymogów i warunków udziału do następujących parametrów:

§ *„Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał co najmniej 2 (dwa) projekty budowlane i dokumentację wykonawczą dla zespołu budynków wielorodzinnych* ***o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10.000 m2*** *każdy i uzyskał prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla wykonanych projektów budowlanych oraz załączy dowody określające czy te usługi zostały wykonane należycie".*

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pozostawiając zarówno formę, jak i treść pytania bez komentarza.

Pytanie nr 12.

Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy wskazane w § 9 ust. 1 w załączniku nr 3 do SIWZ kary umowne naliczane będą za opóźnienie zwykłe czy też za jego kwalifikowaną formę tj. za zwłokę?

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 zwykle 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 odpowiedzialność"3;

- 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 kaiy 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 kąty umownej jest konsekwencją ujęcia kary umownej w przepisach art. 483 i 484 KC jako surogatu odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej j...]"9.

Mając zatem na uwadze przyjęte i niekwestionowane w tym zakresie stanowisko orzecznictwa i doktryny nauk prawnych 10 wypracowane na gruncie przepisów dotyczących kar umownych, należy uznać, że kara umowna wskazana w § 9 ust. 1 w załączniku nr 3 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 realności 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 symplifikacyjna 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 Zmawiającego 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:

Zamawiający wskazuje, iż regulacja do której odnosi się pytanie oferenta jest jasna i nie wymaga dodatkowego wyjaśniania- Zamawiający użył sformułowania „opóźnienie". Dalsze wywody oferenta, w tym zawarte w końcowej części pytania pozostają bez wpływu na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jako takie nie będą komentowane. Zamawiający ograniczy się wyłącznie do zwrócenia uwagi oferentowi, by własne stanowisko prezentował poza procedurą zadawania pytań, a pytania do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczyły treści tejże Specyfikacji, a nie wyobrażeń oferenta o interpretacji przepisów prawa i swojego udziału w postępowaniu.

Pytanie nr 13.

Działając w oparciu o art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych prosimy o wyjaśnienie i ustosunkowanie się do poniższych wątpliwości w zakresie interpretacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

W nawiązaniu do Art. 29 i Art. 142 ustawy PZP prosimy o podanie precyzyjnej daty lub

czasu trwania umowy. Zwracamy uwagę, że termin ten musi być „pewny", zarówno co do faktu jak i chwili nadejścia (wyrok Sądu Najwyższego V CSK 277/15 z dnia 13.01.2016 r.). Pozostawienie takiego zapisu powoduje, że Wykonawca nie ma możliwości dokonania rzetelnej wyceny, gdyż zawiera Umowę na czas nieoznaczony, jednakże ufamy ze tak doświadczony Zamawiający zdaje sobie sprawę iż tak skonstruowane zapisy spowodują iż oferty złożone w przetargu będą znacznie większe niż rynkowe naruszając tym samym zasadę gospodarności w wydatkowaniu środków publicznych. Dodatkowo prosimy o potwierdzenie iż Zamawiający zdaje sobie sprawę iż obecne zapisy SIWZ mogą powodować w skrajnym wypadku niszczenie przedsiębiorczości w skutek bankructwa Wykonawcy, który nie poprawnie wkalkulował nieokreślony termin realizacji. Dodatkowo wykonawca zwraca uwagę iż postępowanie tak przygotowane jest wadliwe. Uprzejmie proszę o potwierdzenie że wykonawca poprawnie zrozumiał zapisy SIWZ a tym samym ma zgodzić się na złamanie zasady uczciwej konkurencji. Być może jednak Zamawiający takimi zapisami chce zmonopolizować rynek i faworyzować danego oferenta- jeśli tak prosimy o takie potwierdzenie to nie będziemy ofertować przedmiotowego zamówienia narażając się jedynie na koszty przygotowania oferty a będąc z góry skazani na przegraną.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający wskazuje, że termin w treści § 2 ust. 1(załącznik nr 3 do SIWZ) umowy zostanie wpisany zgodnie z ofertą złożoną przez Wykonawcę, z uwzględnieniem postanowień SIWZ, iż termin ten nie może być dłuższy niż 120 dni od daty podpisania umowy. Natomiast co do zakresu całości realizacji przedmiotu umowy z uwzględnieniem wszystkich **maksymalnych terminów** wskazanych w SIWZ (bez uwzględnienia skrócenia terminu w ofercie złożonej przez Wykonawcę) - termin realizacji umowy to maksymalnie 200 dni od daty podpisania umowy z zastrzeżeniem sytuacji opisanej w odpowiedzi na pytanie nr 5.

Pytanie nr 14.

Po analizie załączonej przez Zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz analizie wymagań, jakie Zamawiający postawił Wykonawcom zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający celowo nie wskazał wymogu zatrudniania personelu w rozumieniu omów o pracę i/lub zatrudnienia osób niepełnosprawnych? Dla powyższego nasuwa się bezpośrednia koniunkcja logiczna, iż Zamawiający jest zdania, aby promować szarą strefę zatrudnienia oraz „umowy śmieciowe". Uprzejmie prosimy o potwierdzenie powyższego oraz odpowiedź na pytanie czy Zamawiający nie czuje potrzeby społecznej aby aktywizować osoby niepełnosprawne. Wydaje nam się naturalne w dzisiejszych czasach, iż Zamawiający powinien stawiać warunek zaangażowania w rozumieniu umowy o pracę przynajmniej jednej osoby niepełnosprawnej. Czy Zamawiający zgadza się z naszą ideą życia, że powinno się pomagać osobom niepełnosprawnym?

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający pomija treść określoną jako pytanie 14 jako, że samo w sobie nie stanowi pytania, pozostawiając zarówno formę, jak i treść bez żadnego komentarza.

Pytanie nr 15.

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:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Zamawiający nie przewiduje instytucji planu naprawczego, przewiduje zaś poprawną realizację przedmiotu umowy.

Pytanie nr 16.

Wykonawca, ze względu na konieczność precyzyjnego określenia wartości robót projektowych oraz innych wynikających z obowiązków wzoru umowy, OPZ oraz całkowitego czasu trwania inwestycji (im dłuższy okres obsługi inwestycji, tym wyższe koszty dla Wykonawcy), zwraca się z prośbą o zmiany w zapisach wzoru umowy, tak aby uzyskały brzmienie:

a. Paragraf 10 ust. 3. *Strony rozszerzają odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu rękojmi za wady dokumentacji i ustalają, że uprawnienia Zamawiającego z tego tytułu wygasają w stosunku do Wykonawcy wraz z wygaśnięciem odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady robót budowlanych wykonanych na podstawie dokumentacji,* ***lecz nie później niż do końca trwania robót budowlanych.***

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Pytanie nr 17.

Wykonawca, ze względu na brak szczegółowego sprecyzowania terminu, w którym Wykonawca uzyska protokół odbioru końcowego, a co za tym idzie prawa do rozliczenia prac projektowych oraz wystąpienia o zwrot części wniesionego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwraca się z prośbą o zmiany w zapisach wzoru umowy, tak aby uzyskały brzmienie:

a. Paragraf 7 ust. 4. *„Dokonanie odbioru części przedmiotu umowy opisanego w paragrafie 1 zostanie potwierdzone protokołem odbioru częściowego podpisanym bez zastrzeżeń przez*

Zamawiającego i Wykonawcę, dokonanie odbioru końcowego ***przedmiotu umowy opisanego w paragrafie 1*** *zostanie potwierdzone protokołem odbioru końcowego podpisanym bez zastrzeżeń przez Zamawiającego i Wykonawcę."*

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

II. Zgodnie z art. 38 ust.4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), Zamawiający dokonuje modyfikacji SIWZ poprzez zmianę terminu składania i otwarcia ofert:

- **termin składania ofert: 19.12.2017r. do godz. 10:00**
- **termin otwarcia ofert: 19.12.2017r. do godz. 10:30**

Zgodnie z z art. 38 ust.1b ustawy pzp, przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ . Przypominamy również o wniesieniu wadium ważnego przez okres związania ofertą, czyli od 19.12.2017r. przez okres 60 dni.

PREZES ZARZĄDU
Olgierd Zaraś
.....

ZAŁACZNIK:

1. SIWZ po modyfikacji z dnia 04.12.2017r.
2. ZAŁĄCZNIK NR 3 DO SIWZ – po modyfikacji z dnia 04. 12.2017r.

Otrzymują:

1. Adresat
2. a/a