



ZPU. 271.48.2014.....¹³²2015

**GMINA
ŚWIĘTOCHŁOWICE**

Świętochłowice 6.02.2015r.

**wszyscy uczestnicy postępowania
ubiegający się o udzielenie zamówienia
publicznego
(wyjaśnienia nr 13)**

dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Oczyszczenie i zabezpieczenie przed wtórną degradacją stawu Kalina oraz rewitalizacja terenu przyległego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, Priorytet II. – Gospodarka Odpadami i Ochrona Powierzchni Ziemi, Działanie 2.2 Przywracanie terenom zdegradowanym wartości przyrodniczych i ochrona brzegów morskich

Działając w trybie przepisu art. 38 ust. 1a, ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013r. poz. 907, z późn. zm.) Zamawiający przedkłada odpowiedzi na pytania dotyczące wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wpłynęły do Zamawiającego po upływie ustawowego terminu do składania wniosków (termin upłynął w dniu 14.01.2015r.)

Pytanie 1

Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy § 5 ust. 3 - Płatność faktur dokonywana będzie przelewem przez Zamawiającego z jego konta na rachunek bankowy Wykonawcy, w terminie do 30 dni kalendarzowych od daty doręczenia faktury Zamawiającemu wraz z dołączonymi do niej bezusterkowymi protokołami potwierdzającymi wykonanie usługi. Bezusterkowy protokół odbioru jest podstawą do wystawienia faktury VAT.

Zamawiający uniemożliwia w powyższy sposób wystawienie faktury końcowej, która zgodnie z §5 wzoru umowy jest jedyną podstawą do dokonania zapłaty za całość przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji także uzależnia zapłatę należnego Wykonawcy wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotu umowy od usunięcia wszelkich wad i usterek w przedmiocie umowy.

Zgodnie z przyjętą doktryną i Sądy wykładnią, samo stwierdzenie istnienia wad robót przy ich odbiorze, nie w każdym przypadku rodzić będzie skutki niewykonania zobowiązania, a co za tym idzie, nie powstania związanego z nim zobowiązania wzajemnego. Wykonanie robót z wadami może być równoznaczne, albo z niewykonaniem zobowiązania albo z nienależyтым wykonaniem zobowiązania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę gdy wada jest istotna, a więc uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy, albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszające ich wartość. Natomiast pozostałe wady świadczą tylko o nienależyтым wykonaniu zobowiązania.

Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, a co za tym idzie rzutują na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 30 marca 2006 r. I Aca 1900/05 stwierdził, iż wady nieistotne oznaczają wykonanie zamówienia, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienia inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia.

Z powyższego wynika, iż w przypadku wykonania umówionego zakresu robót i zgłoszenia ich do odbioru po stronie Zamawiającego powstaje obowiązek zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty nawet jeżeli w treści protokołu zostały zgłoszone wady lub usterki nieistotne. W takim przypadku Zamawiający powinien dokonać odbioru zgłoszonych robót, a w treści protokołu powinny zostać zapisane ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości i ewentualnych stwierdzonych usterek oraz ich charakter wraz z terminem ich usunięcia (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r. II CKN 28/97).

Zgodnie z powołanym powyżej wyrokiem Sądu Najwyższego, protokół odbioru jest jedynie pokwitowaniem spełnienia świadczenia w określony terminie (świadczenie zostało spełnione z dniem zgłoszenia robót do odbioru) i podstawą do dokonania rozliczeń pomiędzy stronami.

Nieuzasadnionym jest więc wprowadzenie pojęcia „Bezusterkowego Protokołu Odbioru” jako dokumentu będącego podstawą do dokonania płatności na rzecz Wykonawcy, a wykryte wady podlegają usunięciu stosownie do przepisu art. 637 i 638 KC.

W kontekście powyższego Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (por. Wyrok Sądu Najwyższego dnia 22 czerwca 2007 r. VCSK 99/07). Wykluczenie istnienia jakichkolwiek wad w chwili oddania obiektu budowlanego naruszyłoby równowagę między inwestorem wykonawcą, pozostawiając wykonawcę w niepewności nodnośnie wynagrodzenia, w tym zwrotu poniesionych nakładów.

Wskazane postanowienia Wzoru Umowy, uzależniające dokonanie odbioru robót od braku jakichkolwiek wad czy usterek uznać należy za naruszające przepis art. 14 i 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC w zw. z art. 57 ust. Prawo budowlane. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, iż czynność odbioru robót nie jest elementem robót budowlanych, lecz obowiązkiem Inwestora wynikającym z art. 647 KC.

Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2004 r. I CK 24/03 stwierdzić należy, iż jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru (art. 647 kc). W dokumencie (protokole) z tej czynności, stanowiącym stwierdzenie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń poczynionych m.in. co do jakości wykonanych robót, ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z ewentualnymi terminami do ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

Istotnym stanowiskiem orzecznictwa sądowego w przedmiotowej sprawie jest Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2000 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt I ACa 1027/99 w którym stwierdzono, iż odbiór robót jest elementem przełomowym w stosunkach pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane, gdyż z jednej strony potwierdza wykonanie zobowiązania i otwiera wykonawcy prawo do żądania wynagrodzenia bądź wskazuje na jego niewykonanie lub nienależyte wykonanie w całości lub w części wobec istnienia wad i rodzi odpowiedzialność za wady ujawnione przy odbiorze, a z drugiej strony wyznacza początek biegu terminów rękojmi za wady.

Gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia, a jego roszczenie staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić.

W świetle powyższego Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wykreślenie z postanowień punktu § 5 ust. 3 Wzoru Umowy słowa „bezusterkowy” protokół odbioru końcowego.

Odpowiedź

Zamawiający dokona zmiany załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie określenia „ bezusterkowy ” w § 5 ust. 3 wzoru umowy.

Pytanie 2

Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy § 5 ust. 14 – Wykonawca ma prawo żądania zapłaty odsetek umownych za nieterminową zapłatę należnego wynagrodzenia.

W świetle powyższego Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o podanie wysokości odsetek umownych za każdy dzień nieterminowej zapłaty, a jeżeli nie będzie to możliwe to Wykonawca zwraca się prośbą do Zamawiającego o zmianę odsetek umownych na odsetki ustawowe.

Odpowiedź

Zamawiający dokona zmiany załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę określenia „ odsetki umowne ” na określenia odsetki ustawowe w § 5 ust. 14 wzoru umowy.

Pytanie 3

Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wprowadzenie dodatkowego postanowienia do wzoru umowy - § 8 ust. 3 obejmującego ustalenie, iż uchybienie terminowi odbioru robót zanikających lub ulegających zakryciu przez Inspektora Nadzoru skutkuje uprawnieniem Wykonawcy do zakrycia robót, jako wykonanych w sposób należyty i przystąpienia do wykonywania robót następujących technologicznie po nich.

Odpowiedź

Zamawiający dokona zmiany załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w § 8 ust. 3 wzoru umowy w następujący sposób:

„Odbiory częściowe oraz odbiory robót zanikających, urządzeń, materiałów dokonywane będą przez Inspektora Nadzoru na podstawie pisemnego zgłoszenia w dzienniku budowy w ciągu 3 dni od daty zgłoszenia. Uchybienie terminowi odbioru robót zanikających lub ulegających zakryciu przez Inspektora Nadzoru skutkuje uprawnieniem Wykonawcy do zakrycia robót, jako wykonanych w należyty sposób i przystąpienia do wykonywania robót następujących technologicznie po nich. Komisyjny odbiór końcowy robót zorganizowany będzie przez Inspektora Nadzoru w terminie 14 dni od daty zgłoszenia i potwierdzenia gotowości wykonanych robót do odbioru przez Nadzór”.

Pytanie 4

Zgodnie postanowieniami wzoru umowy §11 ust. 2 w związku z § 11 ust. 5 – roboty zamienne – Wykonawca wskazuje że oba zapisy są sprzeczne za sobą w związku z powyższym Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o wprowadzenie dodatkowego zapisu w §11 ust. 2 wzoru umowy tj. „Wprowadzenie robót zamiennych nie może spowodować zwiększenia wysokości wynagrodzenia określonego w § 5 niniejszej umowy, za wyjątkiem ustępu 5 § 11 ”.

Odpowiedź

Zapisy umowy nie są sprzeczne i należy je interpretować w ramach całego paragrafu 11 umowy. Nie można zapisu § 11 ust. 5 interpretować w oderwaniu od treści § 11 ust. 2, ponieważ wynagrodzenie zgodnie z § 11 ust. 2 nie może ulec zwiększeniu, ale może przecież ulec zmianie w przypadku wprowadzenia robót zamiennych o wartości niższej niż wskazana w kosztorysie ofertowym Wykonawcy.

Pytanie 5

Zgodnie z postanowieniem wzoru umowy § 13 Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o zmianę kar umownych za opóźnienie (...) na karę umowną za zwłokę.

Oba pojęcia są definiowane na gruncie ustawy Kodeks cywilny. Różnica pomiędzy opóźnieniem a zwłoką sprowadza się do tego, że przy świadczeniach pieniężnych wierzyciel (Zamawiający) może odstąpić od umowy i żądać naprawienia szkody, jeżeli dłużnik (Wykonawca) pozostaje w zwłoce, natomiast odsetki należą się wierzycielowi w przypadku uchybienia terminu płatności dłużnika, chociażby to uchybienie nastąpiło z przyczyn za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oznacza to że zarówno zwłoka jak i opóźnienie dotyczą sytuacji prawnej dłużnika spóźniającego się za spełnieniem świadczenia, różnica polega jedynie na tym że o zwłoce można mówić gdy to spóźnienie następuje z przyczyn zależnych od dłużnika, natomiast opóźnienie występuje w każdym przypadku uchybienia terminowi nie zależnie od tego czy było ono zawinione przez dłużnika czy też nie. Pojęcie opóźnienia jest zatem pojęciem szerszym i obejmuje także przypadki zwłoki, która jest w rzeczywistości kwalifikowanym przypadkiem opóźnienia.

Odpowiedź

Zamawiający pozostawia zapisy załącznika nr 9 wzoru umowy bez zmian.

Pytanie 6

W związku z postanowieniami wzoru umowy § 13 Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wprowadzenie limitu kar umownych na poziomie 15% wynagrodzenia brutto.

Odpowiedź

Zamawiający w tym zakresie pozostawia zapisy załącznika nr 9 wzoru umowy bez zmian.

Pytanie 7

W związku z postanowieniami wzoru umowy § 13 Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wprowadzenie dodatkowego ustępu 4 we wskazanym powyżej paragrafie o następującej treści: Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 20% wynagrodzenia łącznego brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy.

Odpowiedź

Zamawiający w tym zakresie pozostawia zapisy załącznika nr 9 wzoru umowy bez zmian.

Pytanie 8

Czy w świetle udzielonych odpowiedzi:

a) wyjaśnienia nr 1, odpowiedź Zamawiającego na pyt. 4: „Zamawiający informuje, że oczyszczenie wód stawu Kalina nie jest przedmiotem zamówienia...”;

b) wyjaśnienia nr 5, odpowiedź Zamawiającego na pyt. Nr 2 (wyjaśnienia nr 5): „...Osiągnięcie określonego poziomu jakichkolwiek parametrów zanieczyszczenia wody w stawie Kalina nie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia”

Zamawiający potwierdza, że „Osiągnięcia przez wody stawu Kalina zawartości fenoli lotnych na poziomie ≤ 2 mg/l zgodnie z rozporządzeniem Ministra środowiska z dnia 4,10.2002 r. w sprawie wymagań jakim powinny odpowiadać wody śródlądowe będące środowiskiem życia dla ryb w warunkach naturalnych (Dz. U. nr 176, poz. 1455)”. (zgodnie z zał. nr 1 Opis przedmiotu zamówienia) nie będzie warunkowało dokonania końcowego odbioru zamówienia przez Zamawiającego? W przypadku odpowiedzi twierdzącej, wnosimy o wykreślenie ze wzoru umowy z §5 pkt 2 sformułowania „wraz z pełnym osiągnięciem efektu ekologicznego”.

Odpowiedź

Osiągnięcie przez wody stawu Kalina zawartości fenoli lotnych na poziomie ≤ 2 mg/l nie będzie warunkowało dokonania końcowego odbioru zamówienia przez Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający dokona zmiany treści załącznika nr 9 wzoru umowy w § 5 ust. 2 poprzez nadanie mu brzmienia o następującej treści:

„W cenie oferty zostały ujęte wszystkie koszty niezbędne do wykonania i przekazania przedmiotu umowy Zamawiającemu wraz z uzyskaniem efektu ekologicznego określonego w pkt 2 i 3 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do załącznika nr 1 do umowy”.

Przewodnicząca Komisji Przetargowej
Alicja Żebro

PEŁNOMOCNIK
ds. Realizacji Projektu (MAO)

Dawid Kostemski