

**Wykonawcy pobierający SIWZ w przetargu nieograniczonym  
poniżej 5225000 euro na MODERNIZACJĘ BUDYNKÓW SZKOLNYCH NA CELE OŚWIATOWE  
PRZY ULICY MIEROSŁAWSKIEGO 10 W ŁAWIE – ETAP I**

OSO. 272.8.2016

Zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) Zamawiający informuje, iż w ww. postępowaniu wpłynęły pisma z prośbą o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Mając powyższe na względzie Zamawiający informuje jak niżej:

**PYTANIA Z DNIA 10.01.2017 R.**

**Projekt umowy:**

**Pytanie Nr 1**

par. 2 ust. 9 - co w ocenie Zamawiającego oznacza określenie niezwłocznie?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

W praktyce termin „niezwłocznie” definiuje się jako „bez zbędnej zwłoki”. W ocenie Zamawiającego termin ten oznacza termin realny pozwalający na usunięcie z placu budowy materiałów niezaakceptowanych przez niego. W wyroku z dnia 13 grudnia 2006 r., II CSK 293/06, LEX nr 453147, Sąd Najwyższy stwierdził, że „użytego w art. 455 k.c. terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc”.

**Pytanie Nr 2**

par. 2 ust. 16 pkt b) - wykonawca wnosi o jego modyfikację poprzez wskazanie, iż wykonawca w pełni ponosi odpowiedzialność za wszystkie zdarzenia mające miejsce na terenie budowy, o ile są one wywołane jego zawinionym zachowaniem.

**Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający nie zgadza się na powyższe. Zgodnie z art. 652 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny „jeżeli wykonawca przejął protokolarnie od inwestora teren budowy, ponosi on aż do chwili oddania obiektu odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody wynikłe na tym terenie”.

**Pytanie Nr 3**

par. 2. ust. 18 - wykonawca wnosi o jego modyfikacje poprzez wskazanie, iż od momentu protokolarnego przejęcia placu budowy do chwili odbioru końcowego przedmiotu umowy Wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadach ogólnych za szkody i inne zdarzenia powstałe w związku z wykonywaniem robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, chyba że odpowiedzialnym za powstałe szkody jest Zamawiający lub osoba trzecia, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a także gdy powstały one w wyniku działania siły wyższej.

**Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający nie zgadza się na powyższe.

**Pytanie Nr 4**

par. 2 ust. 21 pkt. c) - w jakim trybie i z jaką częstotliwością wykonawca zobowiązany jest do przekazywania informacji dot. wykonywania robót?

**Odpowiedź Zamawiającego**

Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania Zamawiającemu informacji dotyczących wykonywania robót na każde żądanie Zamawiającego w trybie pisemnym lub ustnym. Zamawiający na bieżąco tj. w trakcie realizacji inwestycji będzie wskazywał w jakiej formie winny być informacje przekazywane. Na tym etapie postępowania trudno jest też określić częstotliwość przekazywania informacji będzie to wynikało z przebiegu realizacji inwestycji.

**Pytanie Nr 5**

par. 6 ust. 6 - wykonawca wnosi o jego modyfikację poprzez dodanie, iż termin usunięcia zgłoszonych wad i usterek może ulec wydłużeniu z przyczyn technologicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli w pierwotnym terminie nie jest możliwe usunięcie wad.

**Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający dokona zmian § 6. Informacja o zmianach siwz w powyższym zakresie zostanie przekazana odrębnym pismem.

**Pytanie Nr 6**

par. 7 ust. 18 pkt.a - na jakiej podstawie Zamawiający dokonywać będzie oceny utraconej wartości użytkowej, estetycznej i

technicznej? Ponadto wykonawca wnosi o wykreślenie określenia: „wartości estetycznej”, bowiem ta w żaden sposób nie oddziałuje na możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem.

#### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający nie podziela twierdzenia Wykonawcy, ponieważ dla Zamawiającego estetyka jest wartością mającą znaczenie z punktu widzenia użytkowania obiektu. Estetyka jest pojęciem, które można zakwalifikować jako kryterium o bardzo subiektywnym odczuciu, zależnym od gustu osoby dokonującej ocen. W ustawie prawo budowlane ustawodawca bezpośrednio nawiązuje do kwestii estetyki w art. 5 ust. 2 u.p.b. stwierdzając, że obiekt należy użytkować w sposób zgodny z jego przeznaczeniem i wymaganiami ochrony środowiska oraz utrzymywać w należytym stanie technicznym i estetycznym, nie dopuszczając do nadmiernego pogorszenia jego właściwości użytkowych i sprawności technicznej. Obowiązek utrzymania należytego wyglądu danego obiektu budowlanego sankcjonuje art. 66 ust. 1 pkt 4 u.p.b. zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia, że obiekt budowlany powoduje swym wyglądem oszpecenie otoczenia, właściwy organ nakazuje w drodze decyzji, usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości. Powyższy przepis uprawnia właściwy organ do ingerencji w imię ochrony estetyki obiektu. W takim przypadku organ obowiązany jest do wszczęcia z urzędu postępowania administracyjnego. Organ nadzoru budowlanego jest wręcz obowiązany do wydania decyzji nakazującej usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości. Nie można również wykluczyć sytuacji, gdy na skutek interwencji osoby, której nie odpowiada strona estetyczna obiektu budowlanego, wszczęte zostanie z urzędu postępowanie administracyjne. Ocena utraconej wartości dokonana zostanie według ogólnie przyjętych zasad. Wstępna wycena wartości estetycznej, technicznej i użytkowej zostanie dokonana przez Zamawiającego w porozumieniu z Wykonawcą i w odniesieniu (o ile będzie to możliwe) do założeń projektu budowlanego. Wycena uwzględniać będzie udział poszczególnych elementów przedmiotu umowy w utraconej wartości użytkowej, estetycznej lub technicznej. Utracona wartość obliczana będzie w oparciu o oceny przyjęte dla tych elementów w kosztorysie Wykonawcy. Jeśli nie będzie możliwe uzyskanie zgodności pomiędzy stronami w zakresie wstępnej wyceny wówczas Zamawiający zleci dokonanie wyceny rzeczoznawcy budowlanemu. Z ustaleniami rzeczoznawcy zostanie zapoznany Wykonawca. Na podstawie wyceny Zamawiający obniży wynagrodzenie Wykonawcy.

#### **Pytanie Nr 7**

par. 7 ust. 18 pkt. b - wykonawca wnosi o jego modyfikację polegającą na ograniczeniu uprawnienia Zamawiającego do żądania usunięcia wad/usterek, jeżeli taka naprawa umożliwi użytkowanie obiektu zgodnie z przeznaczeniem.

#### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający nie zgadza się na powyższe.

#### **Pytanie Nr 8**

par. 7 ust. 20 - wykonawca wnosi o jego modyfikację polegającą na ograniczeniu zapisu do stwierdzenia: „Za dzień faktycznego odbioru końcowego uznaje się dzień podpisania przez upoważnionych przedstawicieli Stron umowy protokołu odbioru końcowego robót nawet jeżeli zostaną w nim stwierdzone wady robót do usunięcia przez wykonawcę.” Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Sądu Najwyższego, w umowie o roboty budowlane nie można uzależniać odbioru robót od wykonania obiektu bez jakichkolwiek wad. Postanowienia tego typu są niezgodne z prawem, a przez to nieważne. Wykonawca wnosi o dostosowanie projektu umowy do przepisów powszechnie obowiązującego prawa i modyfikację rzeczzonego postanowienia.

#### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający dokona zmian § 7 ust. 20 istotnych postanowień umowy. Informacja o zmianach siwz w powyższym zakresie zostanie przekazana odrębnym pismem.

#### **Pytanie Nr 10**

par. 8 ust. 17 - wykonawca wnosi o jego modyfikację, poprzez uszczegółowienie, iż usunięcie wymienionych z placu budowy na koszt Wykonawcy dopuszczalne jest po uprzednim wyznaczeniu termin do dokonania tej czynności dla Wykonawcy.

#### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający nie zgadza się na powyższe. Fakt wykonania przedmiotu zamówienia przy pomocy podwykonawcy, Wykonawca musi zgłosić Zamawiającemu przed rozpoczęciem wykonywania robót przez podwykonawcę. Świadczy o tym § 8 ust. 7 umowy. Każdy nie zgłoszony podwykonawca, którego umowy Zamawiający nie zaakceptuje będzie podmiotem nieuprawnionym do przebywania na placu budowy. W takiej sytuacji zamawiający zastosuje § 8 ust. 17 umowy i dokona naliczenia kar umownych określonych w §13.

#### **Pytanie Nr 10**

par. 9 - wykonawca wnosi o dodanie ustępu obejmującego możliwość podwyższenia wynagrodzenia określonego w ust. 1, jeżeli zajdzie konieczność dokonania robót zamiennych, na zasadach określonych w par. 17.

#### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający nie zgadza się na powyższe. Zgodnie z art. 632 § 1 kodeksu cywilnego, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

#### **Pytanie Nr 11**

par. 13 ust. 1 pkt c - wykonawca wnosi o dodanie stwierdzenia: „ z wyłączeniem okoliczności, gdy przyczyna odstąpienia jest niezależna od żadnej ze stron”.

#### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający zgadza się na powyższe. Informacja o zmianach siwz w powyższym zakresie zostanie przekazana odrębnym pismem.

### **Pytanie Nr 12**

par. 13 ust. 1 pkt. k - wykonawca wnosi o dodanie stwierdzenia: „ z uwzględnieniem wyłączenia określonego w par. 8 ust. 15”.

### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający zgadza się na powyższe. Informacja o zmianach siwz w powyższym zakresie zostanie przekazana odrębnym pismem.

### **Pytanie Nr 13**

par. 14 ust. 1 pkt. e- wykonawca wnosi o zmianę obejmującą dodanie stwierdzenia: „po uprzednim wezwaniu wykonawcy do zaprzestania naruszeń i upływie oznaczonego przez Zamawiającego terminu do usunięcia niezgodności”.

### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający zgadza się na powyższe. Informacja o zmianach siwz w powyższym zakresie zostanie przekazana odrębnym pismem.

### **Pytanie Nr 14**

par. 18 ust. 10 - wykonawca wnosi o jego wykreślenie;

### **Odpowiedź Zamawiającego**

Zamawiający nie zgadza się na powyższe.

### **Pytanie Nr 15**

par. 18 ust. 6 - wykonawca wnosi o jego wykreślenie i przewidzenie w par. 18, że za wykonanie robót zamiennych możliwe będzie zwiększenie wynagrodzenia. Roboty zamiennie zawsze są bowiem robotami nieprzewidzianymi w opisie przedmiotu zamówienia i jako takie nie mogą być objęte ryczałtem w ramach zawieranej umowy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., KIO 171/13, uwzględniając odwołanie wykonawcy stwierdziła wówczas:

Zdaniem Izby, należało również zważyć, iż postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą, gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., a także w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także pozwalając na oszacowanie ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy P.z.p., który bez żadnych nieudomówień stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji, w sytuacji gdy zakres świadczenia jest jednoznacznie określony, a przekazana wykonawcy dokumentacja projektowa jest prawidłowa i kompletna. Bez względu, w jakiej postaci zostanie określone wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy, ryczałtowej, czy też kosztorysowej, zawsze będzie ono odnosiło się do przedmiotu zamówienia opisanego dokładnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej. Zaś zakres świadczenia wykonawcy, zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy P.z.p., winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, pod rygorem nieważności umowy w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Szczegółne znaczenie dla niniejszej sprawy ma także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 marca 2010 r. KIO/UZP 184/10, gdzie wskazano jednoznacznie: 2. Nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji i we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie w jakich przyczyn został pominięty na etapie projektowania lub też obejmuje bez obustronnego porozumienia zakres wszelkich prac dodatkowych czy zamiennych. 3. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją projektową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty, dla złożenia porównywalnych ofert. Art. 632 § 1 k.c. doznaje ograniczenia w tym sensie, iż pierwszeństwo stosowania ma art. 31 ust. 1 p.z.p. Ścisłe wyliczenie wartości robót na etapie opracowania preliminarza kosztów, nie jest możliwe, co nie wyklucza, iż cena oferty ma się odnosić do opisanego przedmiotu zamówienia. 4. Wynagrodzenie ryczałtowe, w przypadku ustalenia takiej podstawy rozliczeń, ustalane jest w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją. Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 p.z.p. na roboty dodatkowe. Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycje zgodnie z tym projektem oraz zasadami wiedzy budowlanej. Obowiązki wykonawcy, w przypadku ujawnienia wad projektu sprowadzają się do poinformowania inwestora o tych okolicznościach i ich możliwych konsekwencjach i to wyłącznie wówczas, gdy wady projektowe są tego rodzaju, że nie wymagają specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Wykonawca na etapie realizacji umowy nie ponosi odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej i sposób opisu przedmiotu zamówienia ujęty w tej dokumentacji. Za wadliwie wykonane roboty według otrzymanego projektu, wykonawca odpowiada, gdy wady te przy zachowaniu należytej staranności mierzonym zawodowym charakterem działalności, mógł wykryć i zgłosić zamawiającemu. Nie podziela się poglądu, iż wykonawca dobrowolnie może przejąć wszelkie obowiązki ustawowe, spoczywające na

drugiej stronie umowy, a więc i odpowiedzialność, gdyż skrajnie prowadziłoby to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej. Przepis art. 473 § 1 k.c. nie dotyczy przejścia odpowiedzialności przez wykonawcę za projektanta i za wady opracowanej przez projektanta dokumentacji (w sytuacji, gdy projektant nie jest stroną danej umowy i działa na zlecenie zamawiającego) i z wykonawcą robót nie wiąże go żaden stosunek umowny, w oparciu o który wykonawca mógłby poszukiwać rekompensaty, z tytułu przyjętej wobec inwestora odpowiedzialności za skutki wad projektu. Powyższe jest na tyle bezsporne, iż większość zamawiających po otrzymaniu odwołania do KIO na tożsame klauzule, uznaje je w całości i modyfikuje samodzielnie treść SIWZ (zob. np. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 lutego 2012 r. KIO 182/12; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 31 sierpnia 2011 r., KIO 1796/11).

### **Odpowiedź Zamawiającego**

W art. 20 ust. 1 pkt 4 lit. b ustawy prawo budowlane znajduje się jedynie odniesienie do rozwiązań zamiennych. W oparciu o ten zapis przyjmuje się, że istotą robót zamiennych jest wprowadzenie odmiennego rozwiązania w stosunku do rozwiązania przewidzianego w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia. Roboty zamienne zmierzają do osiągnięcia zamierzonego efektu w sposób inny, aniżeli wstępnie zakładany. W praktyce wykonanie robót zamiennych nie zwiększa zakresu prac przewidzianych do zrealizowania. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Co do zasady wprowadzenie na etapie realizacji zamówienia robót zamiennych może nastąpić więc tylko w zakresie niewykraczającym poza pierwotny przedmiot zamówienia. Zauważyć należy, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144 ustawy Pzp. W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego jego istotą jest niezmienność. Ustalona wysokość wynagrodzenia jest określana z góry i co do zasady nie ulega zmianie. Wykonawca nie może żądać jej podwyższenia, nawet jeśli w momencie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. Zgodnie z art. 632 § 1 kodeksu cywilnego, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jest to możliwe tylko przy spełnianiu warunków z art. 632 § 2 kodeksu cywilnego. Dotyczy on sytuacji, w której wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć wykonanie umowy groziłoby przyjmującemu zamówienia rażąca stratą. Sąd może wówczas podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Dopiero zmiana umowy przez sąd i podwyższenie ryczałtu stwarza podstawę do żądania dodatkowego poza umówionym wynagrodzenia. Wg opinii K. Eger (Wolters Kluwer) „Co do zasady wprowadzenie robót zamiennych, nie powinno wiązać się z podwyższeniem wynagrodzenia ryczałtowego. Dlatego też w umowie przewidującej wynagrodzenia ryczałtowe nie powinno być zapisów, które pozwałyby na podwyższenie wysokości wynagrodzenia w przypadku wprowadzenia robót zamiennych. Niemniej jednak, jeżeli umowa przewiduje, że wprowadzenie robót zamiennych może prowadzić do podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy, to należy rozważyć czy w ogóle można mówić o wynagrodzeniu ryczałtowym”.

W ocenie Zamawiającego przytoczony przez Wykonawcę wyrok Krajowej Izby Odwoławczej odnosi się m.in. do sytuacji gdy Zamawiający zleca wykonanie Wykonawcy w ramach zamawianego przedmiotu zamówienia zakres prac nie zaprojektowany w dokumentacji projektowej. W istotnych postanowieniach umowy - § 18 (roboty zamienne) chodzi o zupełnie inną sytuację, a mianowicie możliwość wprowadzenia odmiennego rozwiązania w stosunku do rozwiązania przewidzianego w dokumentacji projektowej.

Ponadto nie należy mylić robót zamiennych z dodatkowymi. Zamawiający w istotnych postanowieniach umowy nie zastosował zastrzeżenia, że umowa obejmuje zakres prac pominięty na etapie projektowania oraz zakres prac dodatkowych. W § 18 ust. 1, 2 i 3 Zamawiający zapisał jakiego rodzaju roboty zamienne mogą być wykonane. Nie zastrzeżono również konieczności wykonania robót zamiennych w wyniku ujawnionych wad projektu. W przypadku konieczności wykonania robót niespodziewanych, nieobjętych dokumentacją projektową a koniecznych do wykonania ze względu na wykonanie przedmiotu zamówienia zastosowanie będą miały zapisy art. 144 ustawy prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na względzie Zamawiający nie zgadza się na zaproponowaną przez Wykonawcę zmianę § 18.

STOŚTA  
*Marek Polański*