

## **Odpowiedzi na pytania i postulaty Wykonawców (II)**

### **Dotyczy postępowania na „Wykonanie robót budowlanych - realizacja zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej u zbiegu ulic Zygmunta Augusta i Rycerskiej w Bydgoszczy” - sprawa Nr 02/2022**

Zgodnie z art. 135 ustawy z dnia 19 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przedstawia Wykonawcom treść dwóch wystąpień dotyczących warunków udziału w postępowaniu oraz swoje wyjaśnienia i stanowisko :

1. Zwracam się z wnioskiem o wyrażenie zgody na wnoszenie 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy w momencie podpisania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a następnie gromadzenie reszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie potrąceń z płatności faktur częściowych, zgodnie z art. 452 ust. 4-6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez potrącenia należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane. W takim przypadku Wykonawca zgodnie z art. 452 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu zawarcia umowy wnosi na rzecz Zamawiającego zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości co najmniej 30% zabezpieczenia należytego wykonania umowy wskazanego w ust. 1 w formach dopuszczonych treścią art. 450 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W takim przypadku pozostała część zabezpieczenia należytego wykonania umowy będzie wnoszona przez potrącenia z należności za częściowo wykonane dostawy, usługi lub roboty budowlane w taki sposób, aby wniesienie pełnej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o której mowa w ust. 1 nastąpiło do połowy okresu na który została zawarta Umowa. Zamawiający określi każdorazowo Wykonawcy jaka kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy ma być potrącona.

Odpowiedź : Zamawiający wymaga zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w formach przewidzianych w art. 450 ust.1 Prawa zamówień publicznych.

2. Zwracam się z wnioskiem o zmianę treści SWZ, poprzez zastosowanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 3% ceny całkowitej podanej w ofercie. Pragniemy podkreślić przy tym, iż proponowany przez nas poziom zabezpieczenia zgodny jest z ustawą prawo zamówień publicznych. Mając na względzie znaczną wartość zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania, złożenie tak znacznego zabezpieczenia, jak obecnie przewidzianego w dokumentacji przetargowej, może pozbawić możliwości ubiegania się o zamówienie podmiotom zdolnym do jego wykonania, posiadającym stosowne kwalifikacje oraz doświadczenie. Ponadto, koszt złożenia tak znacznego zabezpieczenia stanowi znacznej wartości składnik cenotwórczy i bezpośrednio wpływa na podniesienie wartości ofert każdego z wykonawców. Wprowadzenie przedmiotowej zmiany pozwoli na złożenie ofert większej ilości oferentom, zwiększyć konkurencyjność postępowania, a co za tym idzie, realnie obniżyć koszty inwestycji dla Zamawiającego.

Odpowiedź : Zamawiający utrzymuje 5% wartość zabezpieczenia.

3. Zwracam się z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej - podanie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie niniejszego zadania. Zwracam przy tym uwagę na fakt, że termin określony w art. 222 ust. 4 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych jest terminem ostatecznym, kiedy Zamawiający zobowiązany jest do określenia tej kwoty,

nie ma jednak żadnych przeszkód prawnych, by Zamawiający uczynił to wcześniej (np. w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w odpowiedzi na pytanie wykonawców). Powyższe pozwoli na zwiększenie transparentności prowadzonego postępowania oraz na skrócenie czasu jego trwania, ponieważ Wykonawcy planujący złożenie ofert wyższych nie przystąpią do ofertowania, dzięki czemu Zamawiający będzie mógł ograniczyć do minimum czasochłonność związaną z oceną wszystkich złożonych ofert.

Odpowiedź : Zamawiający udzieli odpowiedzi odrębnie, w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej.

4. Zwracam się z wnioskiem o informację, czy w ramach udzielonej gwarancji na wykonane prace należy uwzględnić w składanej ofercie konserwację oraz wymianę materiałów eksploatacyjnych.

Odpowiedź: W składanej ofercie nie należy uwzględniać kosztów konserwacji, ani kosztów wymiany materiałów eksploatacyjnych.

5. Zwracam się z wnioskiem o potwierdzenie, że Zamawiający dysponuje pełnią praw autorskich niezbędnych do realizacji pełnego zakresu prac przewidzianych w dokumentacji przetargowej. Jeżeli tak nie jest, proszę o wskazanie podmiotu, który prawami tymi dysponuje i określenie kosztów, jakie Wykonawca zobowiązany będzie ponieść, by prawa te nabyć w zakresie umożliwiającym realizację zamówienia.

Odpowiedź : Zamawiający posiada autorskie prawa majątkowe do dokumentacji projektowej.

6. Zwracam się z wnioskiem o zmianę terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy z uwagi na realizację robót w okresie jesienno-zimowym poprzez wprowadzenie następującego zapisu:

Strony dopuszczają możliwość przedłużenia terminów wykonywania robót budowlanych ze względu na warunki atmosferyczne uniemożliwiającego ich wykonanie z przyczyn technologicznych (np. niskie temperatury powietrza lub opady atmosferyczne). Każdorazowe wstrzymanie prac udokumentowane będzie wpisem do dziennika budowy z podaniem uzasadnienia wstrzymania prac, sporządzonym przez kierownika budowy i zaakceptowanym przez Inspektora nadzoru. Wstrzymanie prac z powyższego względu przedłuża termin wykonania robót o taką samą ilość dni roboczych, w jaką pracę musiały zostać wstrzymane z uwagi na powyższą przyczynę.

Alternatywnie, zwracam się z wnioskiem o przedłużenie terminu realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem o 30 dni.

Odpowiedź : wzór umowy stanowiący załącznik do SWZ, zawiera zapis o możliwości zmiany terminu wykonania umowy : *„jeżeli niekorzystne warunki atmosferyczne nie sprzyjają lub uniemożliwiają prawidłowe wykonanie zaplanowanych robót, w szczególności zgodnie z harmonogramem, z technologią realizacji robót, z odpowiednimi normami lub innymi przepisami, wymagającymi konkretnych warunków atmosferycznych (temperatura, opady, inne) termin może ulec przedłużeniu, jednak tylko o ilość dni, w których obiektywnie niemożliwe było wykonanie robót”.*

7. Zwracam się z wnioskiem zmianę projektu umowy poprzez wprowadzenie limitu kar umownych, jakie mogą zostać nałożone na Wykonawcę ze wszystkich tytułów przewidzianych umową, do poziomu 10% wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu umowy. Zwracam uwagę, że Zamawiający, który kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy jedynie zgodnie ze swoim wyobrażeniem, ponieważ narusza w ten sposób równowagę kontraktową. Nie

jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego. Wprowadzenie limitu pozwoli zagwarantować równowagi kontraktowej stron i nie ograniczy możliwości dochodzenia odszkodowania za wyrządzone szkody na zasadach ogólnych. Zwracam uwagę, że brak ograniczenia w wysokości naliczanych kar umownych jest sprzeczny z orzecznictwem Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 22 października 2015 r. (sygn. akt IV CSK 687/14) Sąd Najwyższy wskazał, że „nie określenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości”. W związku z powyższym, wnoszę o wprowadzenie limitu, do którego naliczane będą kary umowne, na poziomie 10% wartości wynagrodzenia Wykonawcy.

Odpowiedź : wzór umowy stanowiący załącznik do SWZ w § 21 ust. 7 stanowi : „*Suma kar nałożonych na Wykonawcę nie może przekroczyć 10% jego wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 6 ust. 1 Umowy.*”

8. dot. rozdz. XXXVII OWU - Zwracam się z wnioskiem o naliczanie kar umownych za dni „zwłoki”, a nie „opóźnienia”. Wprowadzenie takiej regulacji pozwoliłoby na nakładanie na Wykonawcę sankcji finansowych wyłącznie za okoliczności przez niego zawinione. Odmienna sytuacja nie tylko narusza równowagę kontraktową ale również wpływa negatywnie na konkurencyjność postępowania oraz wartość ofert składanych przez oferentów. Faktem jest bowiem, że wraz ze wzrostem ryzyka związanego z realizacją kontaktu (a takim ryzykiem jest groźba ponoszenia kar umownych za okoliczności niezależne od Wykonawcy), rosnąć będzie wartość ofert składanych przez Wykonawców.

Odpowiedź : Zamawiający liczy kary umowne za zwłokę. Odpowiednio zmienione zostaną Ogólne Warunki Umowy.

9. Zwracam się z wnioskiem o obniżenie wysokości zastrzeżonych kar umownych o 25% i ograniczenie katalogu kar umownych do następujących przypadków:

- a) niedotrzymanie terminu realizacji przedmiotu umowy
- b) niedotrzymanie terminu usunięcia wad i usterek w ramach gwarancji
- c) odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę.

Wnoszę zarazem o rezygnację z pozostałych postanowień nakładających na Wykonawcę obowiązek zapłaty kar umownych uzasadniając to koniecznością zachowania równowagi kontraktowej stron oraz ciążącym na Zamawiającym obowiązku zapewnienia konkurencyjności postępowania. Szeroki katalog kar umownych, których obowiązek zapłaty często aktualizuje się z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę jest istotnym czynnikiem ryzyka kontraktowego, jakie każdy Wykonawca musi oszacować i ująć w ofercie. Zwracam przy tym uwagę, że finalnie koszty związane z tym ryzykiem obciążają Zamawiającego.

W związku z powyższym, zwracam się z wnioskiem o ograniczenie liczby kar umownych do przypadków istotnych i kluczowych dla pełnej realizacji zamówienia oraz uzależnienie ich naliczenia od wystąpienia okoliczności zawinionych przez Wykonawcę, a także rezygnację z tych kar, które nie przekładają się bezpośrednio na jakość oraz termin wykonania umowy.

Zwracam przy tym uwagę, że Zamawiający, który kształtuje ramy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może kreować zapisów umowy jedynie zgodnie ze swoim wyobrażeniem, ponieważ narusza w ten sposób równowagę kontraktową. Nie jest uprawnione obarczanie wykonawcy niewspółmiernie wysokim ryzykiem, jakie wiąże się z realizacją zamówienia wobec ryzyka, które obciąża zamawiającego.

Odpowiedź : Z uwagi na to, że kary umowne przewidziane we wzorze umowy nie są wygórowane, a ich katalog nie odbiega od powszechnie stosowanego przez zamawiających publicznych, Zamawiający utrzymuje wysokość i katalog kar umownych.

10. Zwracam się z wnioskiem o uzupełnienie projektu umowy o następujący zapis:  
Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne w następujących przypadkach:

- a) w wysokości 1% wynagrodzenia Wykonawcy netto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w przekazaniu Wykonawcy terenu budowy
- b) w wysokości 1% wynagrodzenia Wykonawcy netto za każdy dzień zwłoki w przystąpieniu do odbioru przez Zamawiającego
- c) w wysokości 10% wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Odpowiedź : w § 21 ust. 3 wzoru umowy przewidziano, że „Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę pieniężną za odstąpienie od Umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, w wysokości 5% wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust.1 Umowy. Kara ta nie przysługuje jednak Wykonawcy w przypadkach określonych w uPZP oraz w przypadku określonym klauzulą XXXI ust. 1 pkt 9 Ogólnych Warunków Umowy.” Kara ta jest odpowiednikiem także 5% kary za odstąpienie od umowy przez Wykonawcę.

Co do kar umownych za zwłokę w przekazaniu terenu budowy i zwłokę w przystąpieniu do odbioru, nie wprowadza ich do umowy. Po pierwsze kara wysokości 1% wynagrodzenia Wykonawcy za dzień zwłoki jest niespotykana wysoka. Niezależnie od tego, Zamawiający jest zainteresowany możliwie szybkim przekazaniem terenu budowy oraz sprawnym przebiegiem odbioru końcowego inwestycji.

11. Zwracam się z wnioskiem o wprowadzenie zapisu wyłączonego możliwości kumulacji kar umownych - naliczania kar umownych wynikających z różnych podstaw za jedno zdarzenie.

Odpowiedź : Zamawiający nie stosuje kumulacji kar. Odpowiedni zapis zostanie wprowadzony do wzoru umowy, zgodnie z wnioskiem Wykonawcy.

12. Zwracam się z wnioskiem o uzupełnienie projektu umowy o następujący zapis :

Wykonawca może odstąpić od umowy w przypadku, gdy:

- a) zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości lub rozwiązanie Zamawiającego
- b) Zamawiający nie przekaze placu budowy w terminie wskazanym w umowie oraz nie zrobi tego pomimo pisemnego wezwania Wykonawcy wyznaczającego dodatkowy termin na jego przekazanie,
- c) Zamawiający nie współdziała w odpowiednim zakresie w celu wykonania umowy pomimo pisemnego wezwania ze strony Wykonawcy i wyznaczenia dodatkowego terminu do współdziałania,
- d) Zamawiający nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty faktur częściowych mimo dodatkowego wezwania w terminie 14 dni od upływu terminy na zapłatę faktur, określonego w niniejszej umowie.



Odpowiedź : Klauzula XXXII Ogólnych Warunków Umowy o możliwości odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę stanowi : *„Odstąpienie od Umowy powinno być uzasadnione przez Wykonawcę na piśmie. Będzie ono dopiero wtedy skuteczne, jeżeli Wykonawca uprzednio wyznaczył Zamawiającemu dodatkowy termin do wypełnienia określonych postanowień Umowy i poinformował go, że po bezskutecznym upływie tego terminu odstąpi od Umowy.”* Wynika z tego, że naruszanie postanowień umowy przez Zamawiającego, może stanowić przesłankę odstąpienia od umowy przez Wykonawcę. Niezależnie od tego, art. 83. Prawa upadłościowego i układowego stanowi : *„Postanowienia umowy zastrzegające na wypadek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości lub ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły, są nieważne.”*

13. Zwracam się z wnioskiem o wydłużenie terminu składania ofert o 14 dni. Powyższe spowodowane jest szerokim zakresem zamówienia z jednej strony, oraz chęcią złożenia konkurencyjnej i należytej oszacowanej oferty. Wyznaczenie właściwych granic czasowych na przygotowanie oferty leży przede wszystkim w interesie Zamawiającego, ponieważ zapewnia możliwość rzetelnego oszacowania wszystkich elementów cenotwórczych i pozwala na przewidzenie lub wręcz zminimalizowanie wielu ryzyk związanych z realizacją zadania.

Odpowiedź : Aktualnie Zamawiający nie przewiduje zmiany terminu składania ofert.

14. Zwracam się z wnioskiem o zmianę terminu usunięcia wad i usterek poprzez uwzględnienie dodatkowej klauzuli, że termin nie może być krótszy, niż „technologicznie możliwy”. Brak takiego wskazania prowadzi do kurialnych sytuacji, w których Wykonawca w wyznaczonych umową ramach czasowych nie jest w stanie usunąć powstałych wad w sposób prawidłowy, przez co będzie, siłą rzeczy, zmuszony będzie to naruszenia umowy – wykonania napraw w sposób wadliwy lub zapłaty zastrzeżonych przez Zamawiającego kar umownych. Brak powyższego zapisu w sposób jaskrawy zaburza równowagę kontraktową stron.

Odpowiedź : Zamawiający wskazuje, że § 16 ust. 8 i 9 wzoru umowy stanowią :

8. *Wady ujawnione w okresie gwarancji usuwane będą na bieżąco, w ciągu 30 dni od dnia zgłoszenia wady do usunięcia, jeśli Strony nie ustalą odrębnie innego terminu z tym, że wady mogące skutkować zagrożeniem życia, zdrowia lub mienia mieszkańców oraz innych osób, uszkodzeniem albo zagrożeniem dla budynku lub wpływające negatywnie na jego stan techniczny, dotyczące wadliwej pracy urządzeń pomiarowych, domofonu, zamków, dźwigu osobowego oraz instalacji wentylacji mechanicznej - muszą być usuwane w ciągu 3 dni od dnia zgłoszenia.*
  9. *Wady ujawnione w trakcie przeglądu gwarancyjnego, zostaną opisane w protokole odbioru gwarancyjnego oraz zostaną usunięte przez Wykonawcę w ciągu 30 dni od dnia podpisania protokołu, o ile Strony nie ustalą na to innego terminu.*
15. Zwracam się z wnioskiem o doprecyzowanie, iż odmowa dokonania odbioru końcowego robót może wynikać wyłącznie ze stwierdzenia wad istotnych, czyli takich, które czynią przedmiot umowy niezdatnym do zwykłego użytku, uniemożliwiające jego użytkowanie. Wady nieistotne, czyli niemożliwiające użytkowania pozwalają na właściwe korzystanie z przedmiotu umowy i nie powinny stanowić przeszkody do odbioru i zapłaty należnego wynagrodzenia Wykonawcy. Winny one zostać zaprotokołowane i usunięte przez Wykonawcę w terminie uzgodnionym przez strony, ale nie mogą blokować wypłaty wynagrodzenia.  
Pragniemy wskazać, że pojęcie protokołu końcowego „bezusterkowego” narusza wskazane w dalszej części pisma przepisy prawa. Wskazuje ono jednoznacznie, że rozliczenie wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy możliwe będzie dopiero

wówczas, gdy zostanie on odebrany przez Zamawiającego, a będzie to mieć miejsce tylko w sytuacji, kiedy Wykonawca usunie wszelkie wady nadające się do usunięcia, czyli po odbiorze bezusterkowym. Wprowadzenie tego postanowienia narusza art. 8 Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 i art. 647 kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, zasady współzycia społecznego oraz równowagi stron i prowadzący do nadużycia własnych praw podmiotowych.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlanego wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Zwracam uwagę, że powyższy przepis mówi o „odbiorze robót” a nie o „bezusterkowym odbiorze robót”. Odmowa odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia możliwa jest jedynie, jeżeli prace zostaną wykonane niezgodnie z projektem lub zasadami wiedzy technicznej, lub wystąpią wady na tyle istotne, że przedmiot umowy nie będzie nadawał się do użytkowania. Odmowy odbioru robót i zapłaty nie będą uzasadniały nieistotne wady, usterki i niedoróbki, gdyż taka sytuacja uprawnia inwestora jedynie do skorzystania z rękojmi. Postanowienie przeciwne skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby inwestorowi prawo do praktycznie nieorganicznej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między stronami (inwestor – wykonawca) pozostawiając tego ostatniego w niepewności w zakresie wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków. Z tych względów postanowienia takie byłoby sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane, a zatem bezwzględnie nieważne.

Na poparcie swoich twierdzeń Wykonawca odsyła do wyroku SA w Gdańsku (V Wydział Cywilny z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. Akt V ACa 198/12, w którym Sąd zważył: „Należy zgodzić się z poglądem, że 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 (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 17.02.2000 r., I ACA 1027/99, Prawo Gospodarcze 2001/2). W świetle art. 547 KC odbiór robót należy do obowiązków inwestora i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o „bezusterkowym” odbiorze robót. Wskazując na konieczność odbioru „bezusterkowego” skarżący statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono”.

Analogiczny pogląd wyraził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 6 września 2016 r., sygn. akt V ACa 935/15: „Ujawnienie wad budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót, a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi (por. wyroki Sądu najwyższego z dnia 5 marca 1997 r., sygn. akt. II CKN 28/07; z dnia 12 czerwca 2007 r., sygn. akt V CSK 99/07). Umownemu obowiązkowi wykonawcy oddania obiektu odpowiada obowiązek zleceniodawcy odebrania tego obiektu i zapłaty uzgodnionego wynagrodzenia. (...) W świetle art. 647 KC odbiór należy do obowiązków zleceniodawcy i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek, bowiem przepis odwołuje się do „odbioru robót”, a nie „bezusterkowego odbioru robót”. Z chwilą odbioru robót przedmiotu umowy realizuje się prawo wykonawcy do żądania wypłaty wynagrodzenia i prawa tego nie niweczy, co do zasady, stwierdzenie zauważonych usterek”.

Identyczną ocenę zaprezentował Sąd Apelacyjny w Warszawie – I Wydział Cywilny w orzeczeniu z dnia 3 sierpnia 2017 r. sygn. Akt I ACa 689/16, zamieszczając w wyroku obszerny wywód: „Otóż, odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu

odbioru uznać należy za nieważne, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 KC. W świetle ugruntowanego już w orzecznictwie poglądu, zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z art. 643 KC Inwestor może uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 r., CSK 21/12 oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 30 maja 2014 r., I ACa 124/14). Podnosi się przy tym, że strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać odbioru tych robót od braku jakichkolwiek usterek, albowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 7 marca 2014 r., V ACa 725/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 października 2016 r. I AcA 138/16).

Również w wyroku z dnia 21 kwietnia 2017 r. o sygn. Akt I CSK 333/16 Sąd Najwyższy wskazał, że wynikającego z art. 647 KC obowiązku inwestora odbioru robót nie można sprowadzać do sytuacji, w której odebranie ma dotyczyć wyłącznie obiektu całkowicie wolnego od wad. Przyjmuje się, że projekt i zasady wiedzy technicznej powołane w przepisie art. 647 KC stanowią kompromis między tym, co możliwe i konieczne w budownictwie, uwzględniają interes publiczny i prywatny użytkownika i tym samym stanowią kryterium dopuszczalności modyfikacji wymagań odnośnie do jakości obiektu budowlanego. Inwestor może bowiem skutecznie dochodzić usunięcia stwierdzonych wad. W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie nadawał się do użytkowania. Inwestor może natomiast skutecznie dochodzić usunięcia wad w oparciu o przepis art. 637 KC i art. 638 KC, jednak do jego uprawnień nie wpływa na obowiązek odbioru i zapłaty wynagrodzenia za roboty budowlane.”

W związku z powyższym, utrzymywanie podobnych postanowień we wzorze umowy w obecnym brzmieniu stanowi działanie naruszające przepisy art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 5 i 647 KC. Wykonawca wnosi zatem o dokonanie modyfikacji ww. postanowień poprzez doprecyzowanie, iż podstawą do odmowy dokonania odbioru końcowego będą jedynie wady istotne.

Odpowiedź : Wykonawca nie wskazał, jakie postanowienia wzoru umowy miałyby być zmodyfikowane. Zamawiający nie używa pojęcia „odbior bezusterkowy”, stosując w zakresie odbioru końcowego przedmiotu umowy powszechnie obowiązujące przepisy prawa i zgodne z nimi postanowienia umowy.

16. Zwracam się z wnioskiem o usunięcie z projektu umowy zapisów sugerujących, że Wykonawca zapoznał się z dokumentacją projektową i nie wnosi żadnych uwag do dokumentacji i warunków realizacji zamówienia. Zwracam uwagę na fakt, że to obowiązkiem Zamawiającego jest opisać prawidłowo przedmiot zamówienia, zatem na tym etapie ocena udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej nie jest obowiązkiem wykonawcy. Formułowanie oczekiwań i wymogów, by wykonawca w stosunkowo krótkim czasie pomiędzy ogłoszeniem konkursu a złożeniem oferty czy podpisaniem umowy, weryfikował szczegółowo dokumentację projektową jest oczekiwaniem ponadnormatywnym i nie jest nie zgodne z ustawą PZP i orzecznictwem KIO w tym zakresie. Na potwierdzenie powyższego przywołać można między innymi wyrok KIO z 2 listopada 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1485/09: „Ewentualne złożenie oświadczenia na etapie postępowania przetargowego i podpisania umowy o prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dokumentacji przy składaniu tego oświadczenia nakłada na Wykonawcę obowiązek merytorycznej kontroli przyjętych w projekcie założeń i obliczeń” lub wyrok KIO z 9 października 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1021/08: „Za sposób sporządzenia specyfikacji, w tym również dokumentacji projektowej odpowiada Zamawiający”. W związku z



powyższym, proszę o usunięcie z dokumentacji przetargowej zapisów nakładających na Wykonawcę dodatkowe obowiązki, które są bezskuteczne jako sprzeczne z naturą prowadzonego postępowania.

Odpowiedź : Zamawiający wymaga, aby Wykonawca zapoznał się z dokumentacją projektową i oświadczył, że nie wnosi żadnych uwag do dokumentacji i warunków realizacji zamówienia. Postanowienie to służy przede wszystkim potwierdzeniu pełnej świadomości co do warunków technicznych i formalno-prawnych zamówienia, a także świadomego wyliczenia ceny ofertowej.

Wskazane postanowienie wzoru umowy, w żaden sposób nie zwalnia Zamawiającego z odpowiedzialności za wady dokumentacji projektowej.

17. Zwracam się z wnioskiem o potwierdzenie, że Zamawiający dysponuje wszelkimi wymaganymi prawem aktualnymi ostatecznymi decyzjami administracyjnymi oraz uzgodnieniami potrzebami do wykonania zamówienia, które zachowują ważność na okres wykonania inwestycji, a skutki ewentualnych braków w tym zakresie nie obciążają Wykonawcy. Prosimy o ich udostępnienie.

Odpowiedź : Zamawiający posiada wszelkie wymagane prawem decyzje i uzgodnienia, niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Dwie decyzje dot. pozwolenia wodno-prawnego i wycinki drzew wymagają uaktualnienia nad czym obecnie pracuje biuro projektowe. Dokumenty te zamieszczono na stronie [www.btbs.pl](http://www.btbs.pl) w zakładce przetargi (1.4\_Pozwolenie na budowę oraz 2\_WARUNKI, UZGODNIENIA, OPINIE).

18. Zwracam się z prośbą o wprowadzenie zmiany w zakresie warunków płatności z tytułu realizacji zamówienia publicznego poprzez wyeliminowanie postanowień niezgodnych z regulacjami rangi ustawowej w zakresie terminu wystawienia przez Wykonawcę faktur częściowych oraz faktury końcowej. Termin wystawienia faktury VAT dokumentującej wykonanie robót budowlanych lub budowlano-montażowych wskazany jest w sposób jednoznaczny w ustawie o podatku od towarów i usług w art. 106i ust. 3 pkt 1. Przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążący. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie ma prawa dokonywania jakichkolwiek zmian w tym zakresie polegających na uzależnieniu terminu wystawienia faktury od dokonania jakichkolwiek formalności, np. związanych z dokonaniem odbioru robót przez Zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych „za datę wykonania usługi budowlanej lub budowlano-montażowej należy przyjąć datę faktycznego wykonania usługi, tj. dzień, w którym – w związku z wykonaniem określonej umową usługi lub jej części (jeżeli usługa jest przyjmowana częściowo) doszło do faktycznego zakończenia prac lub ich części – wykonawca zgłasza je do odbioru (w opinii wykonawcy usługi lub ich część są gotowe do ich przyjęcia przez nabywcę usługi)”. Powyższe wpływa na termin, w którym Wykonawca zobowiązany jest do wystawienia faktury VAT i odprowadzenia należnego podatku VAT. W konsekwencji w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych „Wykonawca ma bowiem obowiązek wystawienia faktury VAT zgodnie z przepisami ustawy o VAT, natomiast zamawiający obowiązany jest tę fakturę przyjąć bez względu na ewentualne zastrzeżenia co do nienależytego wykonania części/całości zamawianych robót” (źródło: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/moment-powstania-obowiazku-podatkowego-dla-uslug-budowlanych-lub-budowlano-montazowych>).

W razie odmowy wprowadzenia zmiany zgodnej z treścią wniosku, proszę o wskazanie podstawy prawnej warunkującej moment powstania obowiązku wystawienia faktury za roboty budowlane lub budowlano-montażowe, od spełnienia jakichkolwiek przesłanek niewymienionych w ustawie o podatku od towarów i usług.

Odpowiedź : W naszej ocenie, postanowienia wzoru umowy dot. płatności nie naruszają wskazanych przepisów dot. fakturowania i VAT (§ 18 ust.1 wzoru umowy).



19. Zwracamy się z wnioskiem o wykreślenie w umowie postanowień przewidujących możliwość potrącania kar umownych z należnego Wykonawcy wynagrodzenia lub z innych jego wierzytelności. Zwracamy uwagę, iż postanowienia takie pozostają sprzeczne z art. 15r<sup>1</sup> ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 374).
20. Zwracamy się z wnioskiem o wykreślenie w umowie postanowień przewidujących możliwość dochodzenia przez Zamawiającego zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zwracamy uwagę, iż postanowienia takie pozostają sprzeczne z art. 15r<sup>1</sup> ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 374).

Odpowiedź : Zamawiający zwraca uwagę, że wskazany art. 15r<sup>1</sup> (zawierający zakaz dokonywania potrąceń z wynagrodzenia wykonawcy i zabezpieczenia, został uchylony przez art. 10 ustawy z dnia 5 sierpnia 2022 r. (Dz.U.2022.1768) zmieniającej nin. ustawę z dniem 24 sierpnia 2022 r.

21. Prosimy o informację czy w przypadku rozbieżności przedmiaru robót z dokumentacją projektową, oferent może zmieniać ilości i opisy w załączonych przedmiarach?

Odpowiedź : Ze względu na ryczałtowy charakter umowy załączone przedmiary należy traktować jedynie jako element pomocniczy przy sporządzaniu oferty. Podstawę wyceny stanowi Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy, STWiOR, SIWZ i wytyczne Zamawiającego. W związku z tym, Wykonawca może zmieniać ilości i opisy w załączonych przedmiarach.

22. §3 ppkt 3) umowy wymienia kosztorysy szczegółowe jako jeden ze składników umowy (w zamyśle załącznik dołączony do umowy w dniu podpisania umowy). W §6 pkt 8 umowy znajduje się zapis mówiący, że kosztorysy należy przedstawić Inwestorowi do akceptacji w ciągu miesiąca od podpisania umowy. Prosimy o wyjaśnienie, kiedy (na jakim etapie) należy przekazać Inwestorowi do akceptacji szczegółowe kosztorysy?

Odpowiedź : § 6 ust.8 wzoru umowy stanowi, że „ Wykonawca w ciągu miesiąca licząc od dnia podpisania Umowy, dostarczy Zamawiającemu kosztorys wykazujący sposób wyliczenia ceny ofertowej (...). Po akceptacji kosztorysu przez Zamawiającego, stanie się on załącznikiem do umowy.

23. Prosimy o udostępnienie wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego jaki jest wymagany przez Zamawiającego. Prosimy również o informację w jakim terminie należy przekazać go do akceptacji.

Odpowiedź : Odpowiedź zostanie udzielona w dalszej kolejności.

24. Dotyczy §10 pkt 2 umowy - prosimy o rozszerzenie zgodnie z ustawą uPzp oraz rozdz. XIX SWZ form w jakim Wykonawca będzie mógł wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Odpowiedź : rozdział XIX SWZ zawiera w ust.3 katalog dopuszczalnych form zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodny z uPZP. Umowa zostanie w tym zakresie dostosowana do formy wybranej przez Wykonawcę.

25. Dotyczy §10 pkt 3 umowy oraz rozdz. XVI SWZ - Inwestor nie przewidział w umowie możliwości zmiany terminu rękojmi (ze względu na jedno z kryterium oceny oferty) i z góry narzucił okres 5 lat. Prosimy o modyfikację.

Odpowiedź : wskazane postanowienie umowy zostanie dostosowane do treści oferty wybranego Wykonawcy.

26. Prosimy o informację, czy załącznik Nr 5 do SWZ (tabela elementów scalonych) należy załączyć do oferty. Jeśli tak, prosimy o wersję edytowalną?

Odpowiedź : Tak, Wypełniona Tabelę Elementów Scalonych (załącznik do SWZ) należy załączyć do oferty. Na platformie e-zamówienia oraz na stronie [www.btbs.pl](http://www.btbs.pl) zostanie umieszczona edytowalna wersja Tabeli.

27. Prosimy o informację czy w ofercie należy uwzględnić koszt pielęgnacji terenów zielonych, nasadzeń? Jeśli tak to na jaki okres?

Odpowiedź: Koszt pielęgnacji terenów zielonych oraz nasadzeń nie powinien być objęty ofertą ponieważ będzie on wykonywany w zakresie wykazanym w instrukcji użytkowania obiektu przez Zamawiającego. Wykonane nasadzenia będą objęte rocznym okresem gwarancji.

28. Proszę o potwierdzenie, że koszt wody niezbędny do pielęgnacji zieleni w okresie gwarancji jest po stronie Zamawiającego?

Odpowiedź : Koszt pielęgnacji i wody niezbędnej do podlewania zieleni obciąża Zamawiającego.

29. Wg projektu zieleni należy posadzić Róże parkowe w ilości 5 szt., wg przedmiarze pozycja 1186 występuje 25 szt. Proszę o informację która ilość jest prawidłowa?

Odpowiedź : Właściwa ilość róż parkowych to 25 sztuk.

30. Wg projektu zieleni należy posadzić Bluszcz Haedrea w ilości 33 szt., wg przedmiarze pozycja 1185 występuje 32 szt. Proszę o informację która ilość jest prawidłowa?

Odpowiedź : Właściwa ilość bluszczu Haedrea to 33 sztuki.

31. W przedmiarze robót brak pozycji : stojak rowerowy mocowany do ściany szt. 6. Proszę o uzupełnienie przedmiaru.

Odpowiedź: Stojaki rowerowe szt. 6 w hali garażowej znajdują się w przedmiarze dla budynku A w rozdziale 6 Stolarka i ślusarka. Wieszaki rowerowe ściennie do pomieszczenia rowerowni zostały wprowadzone do przedmiaru.

32. W przedmiarze brak pozycji oznakowania garażu, malowania linii, oznakowania miejsc NPS. Proszę o uzupełnienie.

Odpowiedź : Uzupełniono przedmiar o wskazaną pozycję.

33. W przedmiarze brak oznakowań słupów narożnikami gumowymi. Proszę o uzupełnienie.

Odpowiedź : Narożników gumowych na słupy należy zamontować 48 szt. Uzupełnienie przedmiaru zostało wykonane, załączono także schemat rozmieszczenia narożników ochronnych.

34. W przedmiarze brak pozycji Wieszak na rowery. Proszę o uzupełnienie.

Odpowiedź : Wieszak na rowery został uzupełniony w przedmiarach.



35. Budynek A stolarka okienna. Wg zestawienia stolarki okna O8 i O9 należy wykonać jako PCV o odporności ogniowej EI 60. Prosimy o potwierdzenie, że okna te należy wykonać jako aluminiowe.

Odpowiedź: Wskazane okna należy wykonać jako aluminiowe.

36. W przedmiarze budynek A, brak okna 24a. Proszę o uzupełnienie.

Odpowiedź : Uzupełniono przedmiar o okno 24a.

37. W przedmiarze budynek A, brak ścian mobilnych wydzielających komunikację mieszkań. Proszę o uzupełnienie.

Odpowiedź : Uzupełniono przedmiar o ścianki mobilne.

Odpowiedź na pytania 38-45 i 47 udzielona zostanie w dalszej kolejności.

46. Kuchenka wolnostojąca elektryczna - płyta ceramiczna - proszę o podanie parametrów technicznych oraz prawidłowej ilości kuchenek jaką należy uwzględnić w ofercie.

Odpowiedź : Wymagana ilość kuchenek: budynek A Zygmunta Augusta ilość 101, budynek BC Rycerska 11 i 13 ilość  $14+12=26$  łącznie tyle ile mieszkań 127szt. Wymagane parametry techniczne zostały wskazane w wytycznych zamawiającego do branży elektrycznej: kuchenki elektryczne wolnostojące, ceramiczne w kolorze białym o szerokości 500mm, z trzema szybami w piekarniku, z czterema palnikami, termoobiegiem, grillem, szyba float, pola szybkogrzejne, wyświetlacz led, klasa energetyczna A np. 58CE3.315HtaQ(W) firmy Amica

48. Proszę o udostępnienie pełnego zestawienia wyposażenia budynków.

Odpowiedź : wymagane wyposażenie budynków :

- gabloty informacyjne
- wycieraczki wbudowane
- uchwyty na flagi
- wieszaki na rowery
- zabudowa szacht instalacyjnych
- skrzynki na listy

Wymagane wyposażenie mieszkań : kuchenki elektryczne wolnostojące oraz zlewozmywaki kuchenne z szafką. W mieszkaniach, pomieszczeniu sprzątaczk, lokalach usługowych kompletny biały montaż.

W celu uszczegółowienia wymagań co do powierzchni wykańczania mieszkań, załączamy schematy układania płytek w kuchniach i aneksach kuchennych.

Bydgoszcz, dnia 14 listopada 2022 roku

  
Łukasz Grocholski  
Prezes Zarządu  
Bydgoskiego Towarzystwa  
Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.