

Gmina Stężycza
ul. Plac Senatorski 1
08-540 Stężycza

Stężycza, 28.03.2023r.

Dotyczy postępowania pod nazwą:

Poprawa warunków życia mieszkańców poprzez budowę sieci wod-kan w miejsc. Stężycza, Brzeźce, Stara Rokitnia, Krukówka

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane na portalu e-Zamówienia pod numerem: 2023/BZP 00137159/01 oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego w dniu 15 marca 2023r.

Wyjaśnienie treści SWZ

Zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „p.z.p”, w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ (data wpływu przez portal e-Zamówienia w dn. 28 marca 2023, godz 07:33) zamawiający wyjaśnia co następuje:

Ad.1.

Czy zamawiający wyraziłby zgodę na zmianę § 3 ust. 2 Załącznika Nr 2 do SWZ w zakresie dotyczącym wskazania daty zakończenia realizacji robót. W tym zakresie wykonawca pozwala sobie zaproponować ustalenie tejże daty jako dnia, w którym zostanie złożone przez wykonawcę oświadczenie o wykonaniu przedmiotu umowy oraz osiągnięciu gotowości tego przedmiotu do odbioru końcowego.

Należy zauważyć, że w wersji zaproponowanej przez zamawiającego datę zakończenia realizacji robót wiąże się z rozpoczęciem czynności odbiorowych. Jest to rozwiązanie o tyle niesłuszne, że może ono powodować wydłużenie terminu zakończenia realizacji robót na skutek okoliczności i zdarzeń zupełnie niezależnych od woli wykonawcy. Odnotować należy bowiem, że zgodnie z §7 ust. 6 Załącznika Nr 2 do SWZ zamawiający ma długi, czternastodniowy termin na przystąpienie do czynności odbiorowych. Ustanowienie takiego terminu na dokonanie tej czynności i powiązanie go z datą zakończenia realizacji robót może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, de facto wykonując całość przedmiotu umowy w uzgodnionym terminie, popadnie w stan opóźnienia w wykonaniu zobowiązania tylko z tego powodu, że zamawiający przystąpi do czynności odbiorowych po 30 marca 2024 roku. W tym stanie rzeczy wykonawca proponuje, prosząc o uwzględnienie jego słusznego interesu w tym zakresie, o powiązanie terminu zakończenia realizacji robót z czynnością, która zależy od jego woli, a taką jest właśnie złożenie oświadczenia o wykonaniu przedmiotu umowy oraz osiągnięciu gotowości tego przedmiotu do odbioru końcowego.

Odp. 1.

Zamawiający wprowadza zmianę zapisu w §3 ust. 2 załącznika Nr 2 do SWZ –załącznikiem - Zmiana treści SWZ

Ad. 2.

Czy zamawiający wyraziłby zgodę na zmianę § 4 ust. 8 Załącznika Nr 2 do SWZ w zakresie uzależnienia dopuszczalności wystawienia faktury VAT przez wykonawcę od bezusterkowego odbioru końcowego robót. Zachodzi bowiem podejrzenie, że postanowienie takie jest bezwzględnie nieważne jako

sprzeczne z naturą stosunku obligacyjnego. W tym zakresie wykonawca pozwala sobie zaproponować uzależnienie dopuszczalności wystawienia faktury VAT od przeprowadzenia odbioru końcowego robót. Potrzeba tu wskazać, że zgodnie z aktualnymi liniami orzecznictwa jakie zarysowały się w Sądzie Najwyższym i Krajowej Izbie Odwoławczej – strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić płatności wynagrodzenia wykonawcy od bezusterkowego odbioru robót budowlanych. Zamawiający może odmówić zapłaty wynagrodzenia jedynie wówczas, gdy dzieło zawiera wady istotne tej natury, iż można przyjąć, że zobowiązanie określone w umowie nie zostało wykonane. Jeżeli natomiast dzieło zawiera wady nieistotne, obowiązkiem zamawiającego jest dzieło odebrać i dokonać płatności wynagrodzenia, zaś w następstwie stwierdzenia wad dzieła powinno rozpocząć się pomiędzy stronami postępowanie zmierzające do ich usunięcia. Wystarczającym będzie tu przywołać: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2021 r., KIO 3440/20 oraz wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 29 stycznia 2021 r., V CSKP 10/21).

Odp.2.

Zamawiający wyraża zgodę na wystawienie faktury po odbiorze końcowym robót. Zamawiający wprowadza zmianę zapisu w §1 ust. 8 załącznika Nr 2 do SWZ – Załącznik zmiana treści SWZ.

Ad.3.

Czy zamawiający wyraziłby zgodę na doprecyzowanie w treści § 4 ust. 10 Załącznika Nr 2 do SWZ, że płatność zaliczki na poczet wynagrodzenia wykonawcy następować będzie na podstawie faktury VAT zaliczkowej wystawionej przez wykonawcę.

Z punktu widzenia przepisów prawa podatkowego jest oczywiste, że wraz z przyjęciem jakiegokolwiek części wynagrodzenia przez wykonawcę ma on obowiązek wystawienia faktury VAT, w tym faktury VAT zaliczkowej. W ocenie wykonawcy kwestia ta powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści projektowanej umowy.

Odp.3.

Nastąpiła zmiana zapisu w §4 ust. 10 załącznik – Załącznik zmiana treści SWZ.

Ad.4.

Czy zamawiający wyraziłby zgodę na usunięcie w treści § 7 ust. 3 Załącznika Nr 2 do SWZ istniejącego uzależnienia dokonania odbioru końcowego robót od usunięcia wszystkich wad przedmiotu robót. Jak już wskazano wyżej, aktualna treść tego paragrafu wzbudza wątpliwości co do bezwzględnej nieważności w kontekście natury stosunku zobowiązaniowego.

Zgodnie z zarysowaną wyżej linią orzeczniczą zamawiający ma obowiązek odebrać dzieło zawierające wady nieistotne, zaś może odmówić jego odbioru w przypadku, gdy dzieło posiada wady istotne. Przez wady istotne rozumie się wady, które czynią przedmiot umowy niezdatnym do umówionego użytku. W ocenie wykonawcy tylko istnienie takich wad mogłoby umożliwić zamawiającemu odmowę odebrania dzieła.

Odp.4.

Zamawiający nie wyraża zgody. Modyfikacja treści SWZ nastąpiła w załączniku – Zmiana treści SWZ

Ad.5.

Czy zamawiający wyraziłby zgodę na ograniczenie w treści § 7 ust. 11 Załącznika Nr 2 do SWZ uprawnienia zamawiającego do odmowy odbioru przedmiotu umowy tylko do przypadków stwierdzenia istnienia jego wad istotnych. Wprowadzenie takiej zmiany stanowiłoby dostosowanie postanowień projektowanej umowy do wskazanego wyżej orzecznictwa.

Odp.5.

Zamawiający nie wyraża zgody.

Ad.6.

Czy zamawiający wyraziłby zgodę na doprecyzowanie w interesie obu stron umowy w treści § 8 ust. 4 Załącznika Nr 2 do SWZ, że chodzi w tym postanowieniu umownym o odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi. Zamieszczenie bowiem postanowienia § 8 ust. 4, konstrukcyjnie – jak zdaje się – przynależnego do odpowiedzialności z tytułu rękojmi, w paragrafie traktującym o odpowiedzialności wykonawcy z tytułu gwarancji może wprowadzać w błąd co do zakresu odpowiedzialności wykonawcy z poszczególnych tytułów, mogących wchodzić w grę przy umowie o roboty budowlane.

Odp.6.

Przedmiot umowy powinien być wykonany zgodnie z dokumentacją projektową

Ad.7.

Czy zamawiający wyraziłby zgodę na doprecyzowanie postanowień Załącznika Nr 2 do SWZ w zakresie dotyczącym gwarancji poprzez:

- wskazanie w sposób jednoznaczny w treści § 8 ust. 5, że odpowiedzialność wykonawcy z tytułu gwarancji obejmuje tylko wady powstałe z przyczyn tkwiących w przedmiocie umowy w chwili jego odbioru przez zamawiającego (co odpowiada treści art. 578 k.c.). Aktualny sposób uregulowania tej kwestii sugeruje, że wykonawca odpowiada z tytułu gwarancji za wszelkie wady dzieła istniejące w czasie dokonywania czynności odbiorowych, zaś za wady dzieła powstałe z przyczyn tkwiących w przedmiocie umowy dopiero wówczas, gdy ujawnią się one po odbiorze.

Taki sposób rozumowania wynika z miejsca umiejscowienia sformułowania o przyczynach tkwiących w przedmiocie umowy, co następuje dopiero na końcu zdania i to w odniesieniu do wad wykrytych po czynnościach odbiorowych. Tymczasem odpowiedzialność gwarancyjna ma charakter jednolity w tym sensie, że zawsze dotyczy ona w ujęciu kodeksowym wyłącznie wad powstałych z przyczyn tkwiących w przedmiocie umowy w chwili jego wydania – niezależnie od daty wykrycia wady (tj. w czasie czynności odbiorowych lub później).

- wskazanie, że nie podlegają uprawnieniom z tytułu gwarancji wady powstałe na skutek:
1) siły wyższej, przez którą strony rozumieją zdarzenie nagłe, nieprzewidywalne i niezależne od woli stron;

2) normalnego zużycia przedmiotu umowy lub jego części;

3) zawnionego działania lub zaniechania użytkownika obiektu, w tym w szczególności użytkownika przedmiotu umowy w sposób niezgodny z zasadami prawidłowego użytkowania.

Analogiczne postanowienia powinny dotyczyć również uprawnień zamawiającego z tytułu rękojmi. Ze swej istoty odpowiedzialność gwarancyjna nie ma charakteru obiektywnego i w tym sensie nie może dotyczyć każdej usterki wykonanego dzieła. Z powyższego względu wykonawca proponuje wprowadzenie przez zamawiającego postanowienia, które określa trzy przypadki wyłączenia odpowiedzialności gwaranta. Wskazane propozycje pozostają w zgodzie z zasadami współżycia społecznego. Wykonawca nie powinien bowiem ponosić odpowiedzialności za wady przedmiotu umowy wynikłe z działania siły wyższej, normalnego zużycia oraz zawnionego działania lub zaniechania użytkownika obiektu.

Odp.7.

Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.

Ad.8.

Czy zamawiający wyraziłby zgodę na doprecyzowanie w § 13 ust. 8 terminu zwrotu 70% wysokości

zabezpieczenia należytego wykonania umowy poprzez wprowadzenie jasnego, precyzyjnego warunku uruchomienia tego zwrotu. Aktualny warunek, tj. uznanie przez zamawiającego zobowiązania na należyte wykonanie ma charakter oceny a nie odnosi się do trybu, w jakim zamawiający miałby dokonać takiej oceny. Z tego względu wykonawca proponuje uzależnienie tego zwrotu od faktu dokonania przez zamawiającego odbioru końcowego przedmiotu umowy, która to czynność zawiera w sobie ocenę sposobu wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Przez wzgląd na cytowane wyżej orzecznictwie nie byłoby jednak zasadne uzależniać tej czynności od faktu bezusterkowego odbioru robót.

Odp. 8.

Zwrot 70% wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy nastąpi w terminie 30 dni od dnia dokonania odbioru końcowego robót – załącznik Zmiana treści SWZ.