

**POWIATOWE CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
W KĘDZIERZYNIE-KOŹLU**

47-220 Kędzierzyn-Koźle, ul. Damrota 30
tel. (077) 472-38-80; (077) 472-38-81; (077) 472-38-85; (077) 472-38-86;

Znak sprawy: **CUW.262.79.2022.MS**

Kędzierzyn-Koźle, dnia 28.12.2022 r.

Do wszystkich Wykonawców w postępowaniu

Dotyczy postępowania na:

***"Przebudowa drogi powiatowej nr 1402 O - ul. Spacerowej w Kędzierzynie-Koźlu
na trasie dojazdu do terenów inwestycyjnych"***

W związku ze złożonym wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, udzielamy wyjaśnień jak niżej:

Pytanie 1

Wykonawca wnosi o zmianę w § 2 ust. 2 Umowy poprzez jego wykreślenie.

Uzasadnieniem dla wniosku o zmianę jest fakt, iż nierozpoczęcie przez Wykonawcę robót w terminie 5 dni od przekazania placu budowy nie uzasadnia odstąpienia od umowy. Takie działanie Wykonawcy może mieć na celu organizację budowy oraz podejmowanie działań w przyszłości, bez wpływu na termin zakończenia prac.

Wyjaśnienie 1

Zamawiający podtrzymuje zapisy § 2 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy. Od przekazania terenu - placu budowy uzależniona jest możliwość wszczęcia robót budowlanych. Rozpoczęcie budowy w rozumieniu przepisów prawa budowlanego określone zostało jako chwila podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy. Określenie w umowie terminu rozpoczęcia robót zabezpiecza Inwestora, na wypadek nadmiernego opóźnienia się Wykonawcy. Zgodnie bowiem ze stosowanym odpowiednio do robót budowlanych art. 635 ustawy Kodeks Cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.), jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem robót tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, Inwestor może, bez wyznaczania terminu dodatkowego, odstąpić od umowy jeszcze przed upływem terminu do wykonania robót.

Pytanie 2

Wykonawca wnosi o zmianę § 9 ust 12 Umowy poprzez każdorazową zmianę słów „wady/usterki” na słowa „wady istotne”

Uzasadnieniem dla wniosku o zmianę jest fakt, że określenie „wady/usterki” jest pojęciem szerokim. Zgodnie z ugruntowanym poglądem w doktrynie i orzecznictwie jedynie wady o charakterze istotnym mogą stanowić podstawę do ewentualnej odmowy dokonania odbioru przez Inwestora.

Wyjaśnienie 2

Zamawiający nie dopuszcza takiego rozwiązania umownego podtrzymując tym samym zapisy § 9 ust. 12 Projektowanych Postanowień Umowy.

Pytanie 3

Wykonawca wnosi o zmianę w § 11 ust. 1 pkt 1 Umowy poprzez:

- a. zastąpienie słów: „z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca” słowami: „z winy Wykonawcy”;
- b. określenie zastrzeżonej w postanowieniu kary umownej na poziomie 10% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 6;

Uzasadnieniem dla wniosku o zmianę jest fakt, że określenie „przyczyny leżące po stronie Wykonawcy” jest niezależnym od winy dłużnika bądź czynników o charakterze zewnętrznym. Obarczanie Wykonawcy odpowiedzialnością za odstąpienie od umowy w sytuacji, w której nie sposób przypisać mu winy, jest działaniem nieuzasadnionym i zaburza ekwiwalentność świadczeń stron. Takiemu zaburzeniu obowiązków

**POWIATOWE CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
W KĘDZIERZYNIE-KOŹLU**

47-220 Kędzierzyn-Koźle, ul. Damrota 30
tel. (077) 472-38-80; (077) 472-38-81; (077) 472-38-85; (077) 472-38-86;

stron wychodzi naprzeciw zastrzeżeniu kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy i o taką zmianę wnosi Wykonawca. Wykonawca zdaje sobie jednocześnie sprawę, że na gruncie zamówień publicznych to Zamawiający ma status gospodarza postępowania określającego warunki przyszłej umowy, przez co naczelną z zasad zobowiązań – swobody umów i kontraktowania – doznaje pewnych ograniczeń. Tym niemniej uprawnienie zamawiającego do kształtowania warunków przyszłej umowy nie może mieć charakteru nieograniczonego, niemal absolutnego.

Uzasadnieniem dla wniosku o zmianę wskazaną w lit. b jest zasada równego traktowania, wynikająca z unormowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastrzeżenie naliczania kar umownych od wartości brutto powoduje nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ w przypadku wykonawców zagranicznych kara będzie obliczana od wartości niższej, ponieważ podatek VAT jest doliczany wtedy wyłącznie w celu dokonania oceny ofert. Podobna sytuacja miałaby miejsce w przypadku Wykonawcy zwolnionego z podatku VAT. W celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców biorących w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadnym jest naliczanie kar umownych od wartości netto.

Wyjaśnienie 3

Zamawiający nie dopuszcza takiego rozwiązania umownego podtrzymując tym samym zapisy § 11 ust. 1 pkt 1 Projektowanych Postanowień Umowy.

Kary umowne nalicza się zgodnie z postanowieniami umowy zawartej między Zamawiającym a Wykonawcą. Powyższą kwestię Zamawiający, przygotowując istotne postanowienia umowne, może uregulować w sposób całkowicie dowolny tj. naliczać kary umowne od wartości wynagrodzenia brutto lub netto. Zamawiający doprecyzował w Projektowanych Postanowieniach Umowy zapis, że kary umowne będą naliczane od wartości wynagrodzenia umownego, czyli od wartości brutto, rozumianej jako cena oferty. Za powyższym przemawia przede wszystkim zawarta w art. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) definicja ceny. Zgodnie z jej brzmieniem ceną w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jest cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178), czyli wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, uwzględniająca podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy.

Pytanie 4

Wykonawca wnosi o zmianę w § 11 ust. 1 pkt 2 Umowy poprzez jego wykreślenie.

Uzasadnieniem dla wniosku o zmianę jest fakt, iż nierozpoczęcie przez Wykonawcę robót w terminie 5 dni od przekazania placu budowy nie uzasadnia naliczania kar umownych z tego tytułu. Takie działanie Wykonawcy może mieć na celu organizację budowy oraz podejmowanie działań w przyszłości, bez wpływu na termin zakończenia prac.

Wyjaśnienie 4

Zamawiający podtrzymuje zapisy § 11 ust. 1 pkt 2 Projektowanych Postanowień Umowy. Nierozpoczęcie robót w określonym w Projektowanych Postanowieniach Umowy terminie prowadzi często do nieterminowego zakończenia realizacji zadania. Kara umowna za opóźnienie została uregulowana w przepisie art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 z późn. zm.) zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Uzasadnieniem takiego rozwiązania umownego jest dążenie Zamawiającego do należytego i terminowego wywiązania się z umowy o dofinansowanie zawartej przez Powiat Kędzierzyńsko-Kozielski z instytucją pośredniczącą. Zamawiający dbając o należyte wywiązanie się z ww. umowy musi posiadać argumenty i rozwiązania umowne, które może zastosować, jeżeli w wykonaniu przedmiotu umowy nastąpi zwłoka.

Pytanie 5

Wykonawca wnosi o zmianę w § 11 ust. 1 pkt 3 Umowy poprzez obniżenie wysokości zastrzeżonej w postanowieniu kary umownej z 0,5% do 0,1% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 6, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Wskazana wysokość kar umownych stanowi o przerzuceniu na Wykonawców odpowiedzialności finansowej za realizację zamówienia w większym niż wymagają tego warunki zamówień publicznych

**POWIATOWE CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
W KĘDZIERZYNIE-KOŹLU**

47-220 Kędzierzyn-Koźle, ul. Damrota 30
tel. (077) 472-38-80; (077) 472-38-81; (077) 472-38-85; (077) 472-38-86;

wymiarze. Zawyżanie wysokości kar umownych przekłada się przy tym w sposób bezpośredni na wysokość cen oferowanych. Kalkulując ofertę, Wykonawca, mając na względzie swój interes ekonomiczny, uwzględniać będzie nie tylko koszty stworzenia przedmiotu umowy (w tym jego części), koszty osobowe, związane z zatrudnianiem pracowników oraz zakładanego zysku, ale i wszelkie wiążące się z realizacją zamówienia ryzyka – do których zaliczyć należy kary umowne. W konsekwencji prowadzić to może do zawyżania przez część wykonawców ofert cenowych, jako reakcję na nieproporcjonalnie wysokie kary umowne grożące w postępowaniu – w dalszej natomiast perspektywie: do nieefektywnego gospodarowania finansami publicznymi.

Zdaniem Wykonawcy zastrzeżone w umowie kary umowne nie korespondują z wysokością szkody, jaką ponieść może Zamawiający – co prowadzić może do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy. Kary umowne winny być określone w wysokości odpowiedniej, adekwatnej do ewentualnej szkody, aby spełniać swe funkcje – nie natomiast zniechęcać do stawiania w przetargach.

Warto również spostrzec, że kara umowna naliczana sukcesywnie z każdym kolejnym dniem spowoduje szybki przyrost jej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w zmniejszeniu jej wysokości procentowej – naliczanie kary za każdy dzień zwłoki zabezpieczy w należyty sposób interesy Zamawiającego, nie będąc przy tym karą represyjną.

Zastrzeżenie naliczania kar umownych od wartości brutto powoduje nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ w przypadku wykonawców zagranicznych kara będzie obliczana od wartości niższej, ponieważ podatek VAT jest doliczany wtedy wyłącznie w celu dokonania oceny ofert. Podobna sytuacja miałaby miejsce w przypadku Wykonawcy zwolnionego z podatku VAT. W celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców biorących w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadnym jest naliczanie kar umownych od wartości netto.

Wyjaśnienie 5

Zamawiający podtrzymuje zapisy § 11 ust. 1 pkt 3 Projektowanych Postanowień Umowy. Zamawiający określając limit kar umownych, wziął pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Pytanie 6

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie w § 11 ust. 1 pkt 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 Umowy i określenie każdorazowo wysokość kar umownych w odniesieniu do „wynagrodzenia umownego netto określonego w § 6”

Uzasadnieniem dla wniosku o zmianę jest zasada równego traktowania, wynikająca z unormowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastrzeżenie naliczania kar umownych od wartości brutto powoduje nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ w przypadku wykonawców zagranicznych kara będzie obliczana od wartości niższej, ponieważ podatek VAT jest doliczany wtedy wyłącznie w celu dokonania oceny ofert. Podobna sytuacja miałaby miejsce w przypadku Wykonawcy zwolnionego z podatku VAT. W celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców biorących w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadnym jest naliczanie kar umownych od wartości netto.

Wykonawca wnosi o zmianę w § 11 ust. 3 poprzez obniżenie wysokości limitu kar umownych z 50% do 15% wynagrodzenia netto. Limit określony na poziomie 50% wynagrodzenia brutto jest rażąco wysoki. Ponadto uzasadnieniem jest zasada równego traktowania, wynikająca z unormowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zastrzeżenie naliczania kar umownych od wartości brutto powoduje nierówne traktowanie wykonawców, ponieważ w przypadku wykonawców zagranicznych kara będzie obliczana od wartości niższej, ponieważ podatek VAT jest doliczany wtedy wyłącznie w celu dokonania oceny ofert. Podobna sytuacja miałaby miejsce w przypadku Wykonawcy zwolnionego z podatku VAT. W celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców biorących w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadnym jest naliczanie kar umownych od wartości netto.

Wyjaśnienie 6

Zamawiający podtrzymuje zapisy § 11 ust. 1 pkt 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 oraz zapisy § 11 ust. 3 Projektowanych Postanowień Umowy. Kara umowna jest sankcją pieniężną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (zgodnie z art. 483 § 1 Kodeksu Cywilnego). Zamawiający w ramach swobody umowy zastrzegł, że będzie to z góry określona wartość procentowa, której podstawa będzie liczona od wynagrodzenia umownego brutto Wykonawcy określonego

**POWIATOWE CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
W KĘDZIERZYNIE-KOŹLU**

47-220 Kędzierzyn-Koźle, ul. Damrota 30
tel. (077) 472-38-80; (077) 472-38-81; (077) 472-38-85; (077) 472-38-86;

w § 6 Projektowanych Postanowień Umowy. Podatek VAT jest składnikiem ceny, elementem cenotwórczym, a robota budowlana będąca przedmiotem niniejszego postępowania jest opodatkowana podatkiem od towarów i usług.

Zgodnie z art. 436 ust 3) ustawy Pzp oraz komentarzem do ustawy Ustawodawca nie precyzuje górnej granicy wysokości kar umownych, przekazując tym samym uprawnienie do jej zindywidualizowania Zamawiającemu jako gospodarzowi postępowania. Zamawiający określając górny limit kar umownych, wziął pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji. Ponadto, jeżeli Wykonawca zrealizuje zadanie w należyty sposób, nie wystąpi konieczność naliczenia kar i zapisy § 11 ust. 1 pkt 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 oraz zapisy § 11 ust. 3 Projektowanych Postanowień Umowy nie znajdą zastosowania.

Pytanie 7

Wykonawca wnosi o zmianę § 15 ust. 1 pkt 2 Umowy poprzez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka” oraz słów „bez obowiązku wyznaczania terminu dodatkowego” słowami „po uprzednim pisemnym wezwaniu i wyznaczeniu dodatkowego min. 14 dniowego terminu”

Uzasadnieniem dla wniosku o zmianę jest fakt, że opóźnienie to przekroczenie terminu o charakterze prostym, niezależnym od winy dłużnika bądź czynników o charakterze zewnętrznym. Obarczanie Wykonawcy odpowiedzialnością za nieterminową realizację przedmiotu zamówienia w sytuacji, w której nie sposób przypisać mu winy, jest działaniem nieuzasadnionym i zaburza ekwiwalentność świadczeń stron. Ponadto brak obowiązku wskazania naruszeń i wyznaczeniu terminu na ich usunięcie pozbawia Wykonawcę możliwości podjęcia działań naprawczych, co także zaburza ekwiwalentność świadczeń stron.

Wyjaśnienie 7

Zamawiający informuje, że zmienił zapis § 15 ust. 1 pkt 2 Projektowanych Postanowień Umowy poprzez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”. Innych zmian § 15 ust. 1 pkt 2 Projektowanych Postanowień Umowy Zamawiający nie dopuszcza.

Pytanie 8

Prosimy o odpowiedź czy zapis w SWZ pkt. 10 ust. 4 „co najmniej jednej (1) roboty budowlanej związanej z przebudową lub budową lub remontem drogi o wartości min. 3 000 000,00 zł” dotyczy wartości brutto czy netto?

Wyjaśnienie 8

*Zamawiający informuje, że zapis SWZ pkt. 10 ust. 4 „co najmniej jednej (1) roboty budowlanej związanej z przebudową lub budową lub remontem drogi o wartości min. 3 000 000,00 zł” dotyczy **wartości brutto**. Zamawiający dokonał zmiany SWZ w tym zakresie.*

Pytanie 9

Ze względu na możliwość podpisania umowy na początku roku i w związku z tym konieczność prowadzenia robót w okresie zimowym, w tym wykonywania robót asfaltowych, prosimy o zmianę warunku dotyczącego terminu wykonania zamówienia z punktu 9 SWZ ze 120 dni kalendarzowych na 180 dni kalendarzowych.

Wyjaśnienie 9

Zamawiający nie dopuszcza zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy. Zamówienie współfinansowane jest z Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych. Umowa o dofinansowanie zawarta z instytucją pośredniczącą określa szczegółowo termin wykonania i rozliczenia zadania. Również długi termin (do 60 dni od daty zawarcia umowy) przekazania placu budowy może spowodować przesunięcie rozpoczęcia zadania nawet o dwa miesiące.

Pytanie 10

W SWZ w opisie przedmiotu zamówienia zawarty jest punkt: e. Wykonanie podbudowy poprzez stabilizację istniejącego podłoża spoiwem hydraulicznym z dodatkiem środka jonowymiennego i doziarnieniem kruszywem łamanym 0/63 mm. Ze względu na brak w udostępnionej dokumentacji

**POWIATOWE CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH
W KĘDZIERZYNIE-KOŹLU**

47-220 Kędzierzyn-Koźle, ul. Damrota 30
tel. (077) 472-38-80; (077) 472-38-81; (077) 472-38-85; (077) 472-38-86;

projektowej specyfikacji technicznej dla tej warstwy podbudowy oraz w związku z tym braku informacji na temat rodzaju środka jonowymiennego, sposobu jego dozowania oraz wymaganej ilości doziarnienia kruszywem łamanym 0/63mm, prosimy o jej udostępnienie.

Wyjaśnienie 10

Zamawiający informuje, że zamieścił na stronie prowadzonego postępowania Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych D-04.05.01 PODBUDOWA I ULEPSZONE PODŁOŻE Z GRUNTU LUB KRUSZYWA STABILIZOWANEGO CEMENTEM I STABILIZATOREM JONOWYMIENNYM oraz DOKUMENTACJĘ BADAŃ PODŁOŻA GRUNTOWEGO.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Niniejsze wyjaśnienia stanowią integralną część SWZ.

Ponadto informujemy, że Wykonawca przygotowując ofertę na przedmiotowe zamówienie powinien brać pod uwagę powyższe wyjaśnienia.

Zgodnie z wymogiem art. 284 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowisko Zamawiającego zostało przekazane do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu przez umieszczenie go na stronie prowadzonego postępowania.