

Słupsk, dnia 06.07.2012r.

Wykonawcy

Dotyczy: postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie dokumentacji projektowej dla planowanej Inwestycji pn. „Rozbudowa węzła fermentacji i kogeneracji na oczyszczalni ścieków w Słupsku” – sprawa nr 20/PI/2012.

„Wodociągi Słupsk” Sp. z o.o. przedstawia Państwu odpowiedzi na pytania złożone do przedmiotowego postępowania:

Pytanie nr 1:

§2 ust.6 pkt.c, ust.7 pkt a,b,c w związku z §4 ust.7 – wnosimy o doprecyzowanie, bowiem z treści §2 ust.6 pkt.c wynika, iż Dokumentacja ma być wykonana na aktualnej mapie sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych, którą Wykonawca uzyska we własnym zakresie i na swój koszt, ust.7 tegoż § wskazuje czynności i obowiązki jakie Wykonawca obowiązany będzie zapewnić we własnym zakresie i na własny koszt, czyli należy rozumieć, iż są to koszty dodatkowe Wykonawcy nie ujęte w Wynagrodzeniu, z kolei zaś w §4 ust.7 dotyczącym płatności widnieje zapis, iż „Wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty konieczne do poniesienia przez Wykonawcę w celu wykonania przedmiotu umowy i nie podlega zmianom.”

Odp.: Zgodnie z § 4 ust. 1 Wykonawcy należne jest ustalone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy. Przedmiot umowy określony został w § 1 i § 2 umowy. Oznacza to, że to wynagrodzenie powinno być ustalone z uwzględnieniem wszystkich kosztów koniecznych do poniesienia przez Wykonawcę w celu zrealizowania przedmiotu umowy (zamówienia) co tyczy się również kosztów koniecznych do poniesienia na wykonania zamówienia w części określonej w § 2 ust. 1 pkt 6 lit c oraz § 2 ust. 1 pkt 7 lit a, b i c. Powyższe wyjaśnienie znajduje potwierdzenie w brzmieniu § 4 ust. 7 umowy.

Pytanie nr 2:

Z treści §4 ust. 7 wynika, iż wynagrodzenie Wykonawcy nie podlega zmianom. Skoro wynagrodzenie obejmowałoby wszelkie koszty związane z realizacją niniejszej umowy, wnosimy o modyfikację tej klauzuli z uwagi na fakt, iż nie będąc do końca w stanie oszacować kosztów w chwili zawarcia umowy, nie jest pewny zysk Wykonawcy. Takie uregulowanie stoi w sprzeczności z zasadą ekwiwalentności świadczeń i pewności obrotu.

Odp.: W ocenie Zamawiającego treść § 4 ust. 7 umowy nie stoi w sprzeczności z zasadą ekwiwalentności świadczeń i pewności obrotu. Koszty konieczne do poniesienia na wykonanie zakresu przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 1 pkt 6 lit c oraz pkt 7 lit a, b i c są możliwe do oszacowania przy dołożeniu należytej staranności, tym bardziej że na koszty te składają się w szczególności opłaty administracyjne, których wysokości jest możliwa do ustalenia bez istotnych przeszkód.

Pytanie nr 3:

§4 - W celu zrównoważenia interesów stron, z uwagi na szerokie umowne uprawnienia zamawiającego względem uprawnień wykonawcy wnosimy o wpisanie do umowy następującej klauzuli: „W razie nieterminowej zapłaty należności przez Zamawiającego, Wykonawca uprawniony jest do naliczenia odsetek za opóźnienie, a w przypadku gdy opóźnienie trwa dłużej niż 20 dni chociażby w części do wstrzymania prac do czasu uregulowania należności w terminie”.

Odp.: Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 481 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w wypadku zwłoki w spełnieniu (zapłacie) świadczenia pieniężnego, a takim świadczeniem będzie wynagrodzenie należne Wykonawcy od Zamawiającego, wierzycielowi należą się odsetki za czas opóźnienia w wysokości ustawowej. Z tego powodu umieszczanie żadanego zapisu w umowie nie jest uzasadnione, albowiem uprawnienie wierzyciela wynika z mocy przepisów prawa. Natomiast jeżeli idzie o dalsze zabezpieczenie interesów Wykonawcy na wypadek nie wywiązania się Zamawiającego z obowiązku zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia w terminie określonym w umowie, to ochronę tę Wykonawca może zapewnić sobie na zasadzie art. 481 § 3 kc oraz na zasadzie art. 491 kc. W ocenie Zamawiającego są to zabezpieczenia wystarczająco chroniące interesy Wykonawcy.

Pytanie nr 4:

§2 ust.2 – wnosimy o sprecyzowanie czy koszty niezbędnych czynności określonych w pkt 1-4 niniejszego ustępu zawierają się w wynagrodzeniu Wykonawcy czy są to również jego „koszty własne”.

Odp.: Odpowiedź udzielona przez Zamawiającego na pytanie 1 odnosi się również do kwestii poruszonej w pytaniu 4.

Pytanie nr 5:

§7 ust.10 - żadne zatwierdzenie dokonane przez Zamawiającego nie zwalnia z odpowiedzialności Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zgodnie, z postanowieniami niniejszej umowy i przepisami obowiązującego prawa. Wnosimy o modyfikację ww. zapisu o dookreślenie, iż chodzi tu o żadne zatwierdzenie dokonane przez Zamawiającego, co do którego nie został uprzedzony przez Wykonawcę o ryzyku zagrożenia bądź innych nieprawidłowościach.

Odp.: Obowiązki Zamawiającego wynikające z umowy określone zostały w § 8 ust. 1-4. Natomiast obowiązki Zamawiającego w zakresie współdziałania z Wykonawcą przy wykonaniu przedmiotu umowy określone zostały w § 8 ust. 5 i 6 umowy. O ile Zamawiający uchybiałby określonym w § 8 ust. 5 i 6 swoim obowiązkom w zakresie współdziałania, to Wykonawcy służą środki ochrony przewidziane w art. 640 kc. W takim zakresie kształtuje się odpowiedzialność Zamawiającego wobec Wykonawcy. Zważywszy, że ta ochrona Wykonawcy i odpowiedzialność Zamawiającego wynika z przepisów prawa brak jest uzasadnienia do dodatkowego regulowania w umowie kwestii odpowiedzialności Zamawiającego wobec Wykonawcy w powyższym zakresie.

Pytanie nr 6:

§10 – zabezpieczenie wykonania umowy, wnosimy o sprecyzowanie kwoty zabezpieczenia oraz jego formy. Ponadto wnosimy o modyfikację zapisu dotyczącego zwrotu zabezpieczenia (2 – etapowy, 70% w pierwszym etapie po wykonaniu przedmiotu umowy, 30% po upływie gwarancji), zapis w naszej opinii zaburza równowagę uprawnień stron, bowiem §11 dotyczący gwarancji i rękojmi przewiduje jeszcze inne konsekwencje dla Wykonawcy z tytułu rękojmi i gwarancji.

Odp.: Określenie konkretnej kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w § 10 ust. 1 będzie możliwe dopiero po ustaleniu kwoty należnego Wykonawcy

wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 4 ust. 1 umowy. Powyższe wynika z faktu, że zabezpieczenie wynosi 10% tak ustalonego wynagrodzenia Wykonawcy, które aktualnie nie jest znane.

Zamawiający uwzględnił uwagę oferenta dotyczącą brzmienia § 10 ust. 1 w ten sposób, iż zmienił treść tego postanowienia umowy skreślając jego dotychczasowe brzmienie i wprowadzając w to miejsce brzmienie poniższe:

„§ 10 ust. 1

Wykonawca wniósł przed podpisaniem niniejszej umowy zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 4 ust. 1 umowy tj. PLN brutto (słownie:).”

Zmiana powyższa ma na celu dostosowanie brzmienia § 10 ust. 1 do brzmienia § 4 ust. 1 umowy.

Zważywszy, że umowa jest umową o dzieło, co do którego mogą wystąpić wady, zabezpieczenie należytego wykonania umowy jest w pełni uzasadnioną formą zabezpieczenia interesów Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu ochrony wynikającej z instytucji gwarancji i rękojmi za wady, w szczególności ze względu na fakt, że Wykonawcy należne jest do Zamawiającego wynagrodzenie w znacznej części w trakcie realizacji dzieła przed jego ostatecznym odbiorem, a wady mogą zostać ujawnione dopiero po odbiorze.

Pytanie nr 7:

§12 – kary umowne, wnosimy o doprecyzowanie zasad odpowiedzialności, w ust. 1 niniejszego § widnieje, iż „Strony postanawiają, że podstawową formą odszkodowania są kary umowne”, z kolei ust.5 wskazuje, iż „Zamawiający zastrzega sobie prawo Żądania odszkodowania przekraczającego wysokość zastrzeżonych kar”. A zatem, czy należy tą klauzulę rozumieć, iż brak jest ograniczenia odpowiedzialności, tj. oprócz kar umownych zamawiający może dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych za szkody związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy? Jeśli tak wnosimy o modyfikację zapisu i dopisanie, iż „Odpowiedzialność Wykonawcy wynikająca z niniejszej umowy ograniczona jest to wartości netto wynagrodzenia umownego oraz wyłącznie do szkody rzeczywiście poniesionej z wyłączeniem utraconych korzyści”.

Odp.: Zastrzeżenie w umowie odpowiedzialności odszkodowawczej w wysokości przenoszącej wysokość kar umownych jest dopuszczalne zgodnie z art. 484 § 1 kc. Jeżeli idzie o ograniczenie tego odszkodowania do wysokości kwoty netto wynagrodzenia Wykonawcy, to w ocenie Zamawiającego nie jest to możliwe zważywszy na relację potencjalnej wysokości tego wynagrodzenia do rozmiaru ewentualnych szkód wynikłych dla Zamawiającego z wadliwego wykonania przedmiotu umowy.

Jeżeli idzie o ograniczenie odszkodowania do kwoty rzeczywistej szkody (damnum emergens) to w ocenie Zamawiającego nie jest to uzasadnione zważywszy, że Zamawiający jest przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym w rozumieniu art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków i przedsiębiorstwem użyteczności publicznej, z którego to względu wysokość stosowanych przez niego cen na usługi wodociągowe i kanalizacyjne jest reglamentowana przez przepisy prawa (obowiązują taryfy), a na prowadzonej działalności osiąga minimalny zysk ze względu na ochronę interesów odbiorców usług użyteczności publicznej.

Pytanie nr 8:

§12 – kary umowne, Przewidziano nierówne uprawnienia stron jeśli chodzi o naliczanie kar umownych, co narusza zasadę prawa cywilnego równości stron stosunku prawnego. Takie działanie niezgodne jest też z prawem zamówień publicznych, co znalazło odzwierciedlenie w orzeczeniu KIO2010-10-18 KIO 2175/10, zgodnie z którym postanowienia umowy zawartej w trybie PZP nie mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Celem

wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego, czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu (wyrok KIO z 2010-10-18 KIO 2175/10). Mając powyższe na uwadze wnosimy wprowadzenie zapisu, iż oprócz sytuacji gdy Wykonawca może żądać od Zamawiającego kary umownej za odstąpienie od umowy lub jej rozwiązania z przyczyn zależnych od Zamawiającego, takie uprawnienie przysługuje Wykonawcy również za opóźnienie Zamawiającego w realizacji obowiązków umownych w wysokości 1 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. A nadto, jako że kary umowne mogą się kumulować, wnosimy o dopisanie, iż łączna wysokość kar umownych nałożona na jedną ze stron umowy nie może przekraczać 20% wynagrodzenia umownego brutto.

*Odp.: W § 12 ust. 2 pkt 3 umowy przewidziana została kara umowna należna Zamawiającemu od Wykonawcy w wypadku odstąpienia od umowy w całości lub w części bądź jej rozwiązania z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto. Odpowiednio w § 12 ust. 6 umowy przewidziana została analogiczna kara należna Wykonawcy od Zamawiającego. Oznacza to zachowanie zasady ekwiwalentności praw i obowiązków stron umowy w powyższym zakresie. Natomiast kary określone w § 12 ust. 2 pkt 1 i 2 umowy przewidziane zostały za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy oraz za zwłokę w usunięciu wad przedmiotu umowy, co oznacza że mogą się one odnosić wyłącznie do Wykonawcy jako odpowiedzialnego za wykonanie przedmiotu umowy. **Nadto podkreślenia wymaga, że umowa nie będzie zawierana w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych i mają do niej zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego co zostało wskazane § 18 ust. 2 umowy. Powyższe wynika z faktu, że jest to zamówienie sektorowe w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.***

Pytanie nr 9:

§13 - przewidziano jednostronnie dla Zamawiającego prawo odstąpienia od umowy, w celu zrównoważenia uprawnień stron umowy, wnosimy o dodatnie do umowy uprawnienia dla Wykonawcy do odstąpienia od umowy poprzez dodanie w § 13 klauzuli, iż „Wykonawca może odstąpić od Umowy w każdym z następujących przypadkach:

- a) Gdy Zamawiający pozostaje w opóźnieniu z zapłatą wynagrodzenia chociażby w części ponad 35 dni od terminu wymagalności po wcześniejszym wezwaniu do zapłaty w terminie nie krótszym niż 3 dni. Wezwanie do zapłaty może zostać wysłane gdy opóźnienie wynosi więcej niż 25 dni.
- b) Gdy Zamawiający nie współdziała w realizacji umowy pomimo wezwania i wyznaczenia terminu na wykonywanie obowiązków umownych, nie krótszego niż 5 dni.
- c) Gdy Zamawiający opóźnia się z wykonywaniem obowiązków umownych ponad 10 dni.”

Odp. Ochrona interesów Wykonawcy, jego uprawnienie do wstrzymania się ze świadczeniem, jak też do odstąpienia od umowy ze względu na nie wywiązanie się Zamawiającego z jego obowiązków wynika z art. 490 kc i 491 kc. Natomiast uprawnienia Wykonawcy na wypadek braku uzgodnionego w umowie i koniecznego współdziałania ze strony Zamawiającego wynikają z art. 640 kc. Tak więc Wykonawca w żadnym wypadku nie jest pozbawiony ochrony w wypadkach, których dotyczy pytanie.

Pytanie nr 10:

§14 ust.2 -. W przypadku jakichkolwiek działań przeciwko Zamawiającemu z tytułu naruszenia praw strony trzeciej, Wykonawca jest zobowiązany udzielić Zamawiającemu pełnej pomocy dla załatwienia sporu wynikłego z takiego naruszenia. W naszej ocenie

należałoby doprecyzować owe naruszenia. Winny być to bowiem naruszenia zawinione i umyślne a nadto w takiej sytuacji Zamawiający winien być zobowiązany do zawiadomienia Wykonawcy o jakimkolwiek roszczeniu osoby trzeciej, niezwłocznie nie później niż w terminie 7 dni, a zawsze wcześniej niż podjęcie rozmów czy korespondencji z osobą zgłaszającą roszczenie, w celu uzyskania wyjaśnień, pod rygorem zwolnienia z jakiegokolwiek odpowiedzialności.

Odp.: Trudno przewidzieć rodzaje ewentualnych naruszeń, których dotyczy § 14 umowy i z tego powodu nie jest możliwe sprecyzowanie tych naruszeń w umowie. W interesie Zamawiającego leży jak najszybsze powiadomienie Wykonawcy o wystąpieniu jakiegokolwiek osoby trzeciej przeciwko Zamawiającemu z roszczeniem ze względu na naruszenie przez Wykonawcę praw tej osoby. Zamawiający zatem nie znajduje powodu, dla którego miałby dla siebie określić czas, w którym miałby zawiadomić Wykonawcę o zgłoszonych roszczeniach. Jest bowiem zainteresowany jak najszybszym zgłoszeniem w celu ochrony swoich interesów.