Warszawa, 24.01.2018r.

### KOMUNIKAT nr 1

**Odpowiedzi na pytania**

**Modyfikacja SIWZ, w tym Opisu przedmiotu zamówienia i Formularza ofertowego**

**Uwaga: Zamawiający usuwa załącznik do Formularza ofertowego tj. kosztorys ofertowy**

**I. Zamawiający informuje, że do prowadzonego postępowania nr 1/ZZ/AZLZ/2018, którego przedmiotem jest „wykonanie dokumentacji projektowej wielobranżowej wraz z niezbędnymi uzgodnieniami i decyzjami administracyjnymi dla budynku biurowo-laboratoryjnego S8 w ramach realizacji projektu termomodernizacji”, wpłynęły pytania od Wykonawcy, na które Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą pzp, udziela następujących odpowiedzi:**

**Pytanie nr 1**

„W nawiązaniu do Art. 29 i Art. 142 ustawy PZP prosimy o podanie precyzyjnej daty lub czasu trwania umowy. Zwracamy uwagę, że termin ten musi być „pewny”, zarówno co do faktu jak i chwili nadejścia ( wyrok Sądu Najwyższego V CSK 277/15 z dnia 13.01.2016 r.). Pozostawienie takiego zapisu powoduje, że Wykonawca nie ma możliwości dokonania rzetelnej wyceny, gdyż zawiera Umowę na czas nieoznaczony, jednakże ufamy ze tak doświadczony Zamawiający zdaje sobie sprawę iż  tak skonstruowane zapisy spowodują iż oferty złożone w przetargu będą znacznie większe niż rynkowe naruszając tym samym zasadę gospodarności  w wydatkowaniu środków publicznych. Dodatkowo prosimy o potwierdzenie iż Zamawiający zdaje sobie sprawę iż obecne zapisy SIWZ mogą powodować w skrajnym wypadku niszczenie przedsiębiorczości w skutek bankructwa Wykonawcy, który nie poprawnie wkalkulował nieokreślony termin realizacji. Dodatkowo wykonawca zwraca uwagę iż postępowanie tak przygotowane jest wadliwe. Uprzejmie proszę o potwierdzenie że wykonawca poprawnie zrozumiał zapisy SIWZ a tym samym ma zgodzić się na złamanie zasady uczciwej konkurencji. Być może jednak Zamawiający takimi zapisami chce zmonopolizować rynek i faworyzować danego oferenta- jeśli tak prosimy o takie potwierdzenie to nie będziemy ofertować przedmiotowego zamówienia narażając się jedynie na koszty przygotowania oferty a będąc z góry skazani na przegraną”

**Odpowiedź Zamawiającego:**

W rozdziale VII SIWZ Zamawiający określił termin realizacji zamówienia.

Zamawiający zmienia treść zapisów SIWZ w rozdziałach VII i XX. Zmodyfikowana SIWZ stanowi załącznik do niniejszego Komunikatu.

**Pytanie nr 2**

„Prosimy o potwierdzenie, iż poprawnie interpretujemy zapisy SIWZ. Czy w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego niewłaściwego wykonywania obowiązków przez wykonawcę, Zamawiający poda uzasadnienie faktyczne i prawne, a Wykonawca będzie miał prawo się do tego odnieść i złożyć Plan Naprawczy? Jeśli Zamawiający chce inaczej postępować z Wykonawcą w ww. okoliczności prosimy o potwierdzenie powyższego gdyż Wykonawca pragnie wkalkulować dodatkowe obciążenia finansowe w wypadku gdy Zamawiający nie przewiduje instytucji Planu Naprawczego. Zamawiający z pewnością zdaje sobie sprawę z krzywdzenia wykonawców wskazując brak możliwości przedłożenia planu naprawczego.”

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający przewidział i opisał we wzorze umowy - w § 5, procedurę odbioru dokumentacji. Zamawiający zamierza postępować zgodnie z nią.

**Pytanie nr 3**

„Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy wskazane w § 10 ust. 1-4 SIWZ kary umowne naliczane będą za opóźnienie zwykłe czy też za jego kwalifikowaną formę tj. za zwłokę?

W tym miejscu należy wskazać, że instytucja kary umownej została określona w art. 483 § 1 KC jako suma pieniężna dla naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Co do zasady zatem, kara umowna przewidziana w art. 483 § 1 KC stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy, a zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 KC)1. Wobec powyższego, zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 KC - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności2.

Ponadto należy wskazać, że przedstawiciele doktryny nauk prawnych negują możliwość takiego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego, w którym nastąpi całkowite oderwanie kary umownej od przesłanki winy. Stanowisko to uzasadnione jest tym, że całkowite wyłączenie przesłanki negatywnej dochodzenia kar umownych w postaci winy dłużnika spowodowałoby, iż kara umowna przybrałaby postać zobowiązania o charakterze wyłącznie gwarancyjnym, co pozostawałoby w sprzeczności z jej istotą, jako świadczenia powiązanego z odpowiedzialnością kontraktową dłużnika

Jak trafnie podnosi się w literaturzew myśl art. 476 KC opóźnienie (inaczej „opóźnienie zwykłe” lub opóźnienie sensu stricto) ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności. Opóźnienie zwykle nie stwarza co do zasady negatywnych następstw prawnych dla dłużnika (z wyjątkiem zobowiązania pieniężnego i obowiązku zapłaty odsetek). Zwłoka (inaczej: opóźnienie kwalifikowane) ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Oceny, czy chodzi o okoliczności, za które dłużnik ewentualnie odpowiada, dokonuje się według ogólnych zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471-474 KC). Podkreślenia wymaga to, że bogata linia orzecznicza Sądu Najwyższego wskazuje, że w przypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania, kara należy się tylko wtedy, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika, a nie do niezawinionego przez niego opóźnienia.

Przykładowo należy w tym zakresie wskazać na następujące orzeczenia:

razie kary umownej zastrzeżonej na spadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 KC). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 KC domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność”3;

niezbędną przesłanką dochodzenia kary umownej jest tylko takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 KC)

„Kara umowna (art. 483 § 1 KC) należy się wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność i jeżeli wierzyciel doznał szkody [...]”'.

„niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (określonego obowiązku kontraktowego) z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania

,,[...] w wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego oznacza to, że kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (476 KC) - nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 KC domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Powyższa przesłanka roszczenia o zapłatę kąty umownej jest konsekwencją ujęcia kary umownej w przepisach art. 483 i 484 KC jako surogatu odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej j...]”9.

Mając zatem na uwadze przyjęte i niekwestionowane w tym zakresie stanowisko orzecznictwa i doktryny nauk prawnych 10 wypracowane na gruncie przepisów dotyczących kar umownych, należy uznać, że kara umowna wskazana w § 10 ust. 1-4 SIWZ obejmować może jedynie takie przypadki niedotrzymania terminu realizacji Umowy, które pozostają przez Wykonawcę zawinione, a zatem zwłokę (jako kwalifikowaną formę opóźnienia) a nie opóźnienie zwykłe.

Należy podkreślić, że kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Prócz funkcji represyjnej i kompensacyjnej kary umownej, pełni ona ważną rolę dla zabezpieczenia wykonania zobowiązania, zwiększając tym samym realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Jednocześnie istotne znaczenie ma funkcja symplifikacyjna kary umownej, która stanowi ułatwienie dochodzenia przez wierzyciela kary umownej w procesie. Wierzyciel bowiem nie ma obowiązku wykazania ani faktu powstania szkody, ani jej wysokości. Zobligowany jest jedynie udowodnić, że kara umowna została skutecznie zastrzeżona oraz że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania.

W związku z przeprowadzonym powyżej dowodem prosimy o potwierdzenie, iż w przypadku dalszego utrzymywania przez Zmawiającego naliczania kar za opóźnienia Zamawiający celowo ukształtował tak zapisy SIWZ aby:

Naruszyć dyscyplinę finansów publicznych w skutek kształtowania zapisów SIWZ w taki sposób który skutkuje podwyższeniem poziomu kosztowego ofert wykonawców w skutek niemożliwego do oszacowania ryzyka

Umożliwić zasadę uczciwej konkurencji poprzez faworyzowanie podmiotów posiadających historie współpracy z Zamawiającym a tym samym monopolizując rynek”

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający wskazał kary umowne w § 10 ustęp 4 i zgodnie z postanowieniami tego ustępu kary naliczane będą w związku z opóźnieniem.

**Pytanie nr 4**

„Wykonawca zwraca się z prośbą o wprowadzenie przez Zamawiającego do treści umowy maksymalnego limitu kar umownych, jakimi może zostać obciążony Wykonawca. Stosownie do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2005 r. (IA Ca 1114/2005) miernikiem, który pozwala ocenić czy kara umowna jest rażąco wygórowana może być rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób naliczania kary umownej (brak maksymalnego limitu kar umownych), w praktyce może doprowadzać do naliczania niewspółmiernie wysokich i nieadekwatnych do rzeczywiście poniesionej szkód kar umownych.  W tym miejscu zwracamy się z zapytaniem do Zamawiającego czy naprawdę miał na myśli takie kształtowanie zapisów SIWZ, które było by ukierunkowane na czynienie szkody Wykonawcy ?

Bardzo uprzejmie prosimy również aby Zmawiający potwierdził iż zdaje sobie sprawę z faktu iż umowa w zakresie braku limitu kar jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jeśli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami oraz wykracza poza przyjętą w obrocie uczciwość kupiecką. Prosimy o informację czy Zmawiający rzeczywiście miał na celu wywyższyć się ponad Wykonawcę i sprawować rolę ,,kata” wymierzającego tak dotkliwe kary wykonawcy.  W przedmiotowej sprawie, brak zastrzeżenia maksymalnego limitu kar umownych, w sposób zdecydowany wykracza poza przyjęte w obrocie zwyczaje kupieckie.

Mamy również nadzieje że Zamawiający zmieni zapisy dot. limitu kar gdyż będąc profesjonalnym podmiotem z pewnością wie, iż  możliwość naliczenia rażąco wysokiej kary umownej jest sprzeczne z treścią art. 484 §1 KC, która określa karę umowną jako surogat odszkodowania. W sytuacji gdy brak zastrzeżenia maksymalnego limitu kar umownych może spowodować naliczenie kary przekraczającej wielokrotnie wartość szkody, kara umowna traci swój charakter odszkodowawczy, a zyskuje przymiot nieuzasadnionego zysku wierzyciela.

W tym duchu wypowiedział się również Sąd Najwyższy w składzie Izby Cywilnej i Administracyjnej z dnia 17 marca 1988 r. (IV CR 58/99): „Kara umowna - jako rażąco wygórowana - powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania, prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”.

W związku z powyższym nasuwa się pytanie czy Zamawiający działa świadomie tak kształtując zapisy o limicie kar aby każdy oferent doliczył dodatkowo do swojej oferty 10-50% ? Mamy nadzieje że mylimy się w powyższej interpretacji gdyż Zamawiający funkcjonuje w oparciu o środki publiczne a przecież niegospodarność w ich wydatkowaniu narusza dyscyplinę zamówień publicznych.”

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający nie zmienia treści zapisów wzoru umowy w zakresie proponowanym przez Wykonawcę.

**Pytanie nr 5**

„DEFINICJA pojęcia „Wada” obejmująca swoim zakresem również wszelkie braki wynikające z niewykonania lub niewłaściwego wykonania przedmiotu umowy lub jego części jest na tyle ogólna, że w zasadzie każda jakakolwiek również najdrobniejsza usterka wchodzi w zakres tego pojęcia. Pojęcie wada powinno być definiowane na podstawie norm kodeksu cywilnego. Jeżeli jest potrzeba uszczegółowienia to nie mogą to być wszelkie usterki, ale np. usterki istotne - chociaż i takie ujęcie jest niedookreślone i może wywoływać zbędne rozbieżności interpretacyjne.

Wobec powyższego wnosimy o doprecyzowanie zapisu.”

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający nie zmienia treści zapisów wzoru umowy w zakresie proponowanym przez Wykonawcę.

**Pytanie nr 6**

„Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, jakie konsekwencje spowoduje brak jednoznacznego określenia parametrycznej liczby nadzorów autorskich, jakie muszą zostać wykonane przez Wykonawcę w trakcie trwania robót budowlanych? Brak jednoznacznej informacji w tym zakresie powoduje, że wykonawcy są zmuszeni wkalkulować w cenę ofertową kwotę, która stanowiła będzie zabezpieczenie ryzyka, jakie mogą ponieść. Kwota ta będzie więc nieadekwatna do rzeczywiście poniesionych nakładów pracy. W związku  powyższym, czy Zamawiający wyraża zgodę na wkalkulowanie w ofertę dodatkowej kwoty wynikłej z powyższego ryzyka, jakim jest brak sprecyzowania liczby nadzorów autorskich przez Zamawiającego? Oczywiście wskazujemy równocześnie, iż takie zapisy SIWZ są niegospodarne i naruszają dyscyplinę finansów publicznych, gdyż w skutek nieprecyzyjnego określenia przedmiotu umowy powodują zwiększenie ofert cenowych Wykonawców. Prosimy serdecznie tak ukształtować zapisy w zakresie przedmiotu umowy, aby nie naruszać przepisów prawa i nie działać na szkodę Wykonawców.”

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający w ramach realizacji przedmiotu zamówienia nie zleca usługi nadzoru autorskiego. Zamawiający wymaga aby Wykonawca przeniósł na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Dokumentacji będącej przedmiotem zamówienia.

**II. Jednocześnie Zamawiający informuje, że na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy pzp dokonuje zmiany treści zapisów SIWZ, w tym w treści załącznika nr 1 tj. Opisu przedmiotu zamówienia i załącznika nr 5 tj. Formularza ofertowego.**

**Zamawiający załącza zmodyfikowany SIWZ, w tym Opis przedmiotu zamówienia i Formularz ofertowy do niniejszego Komunikatu.**