



Warszawa, dnia 22.06.2020 r.

WOK.DOR.970/2020

**Wszyscy Wykonawcy pobierający SIWZ**

**Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Remont obiektu teatru Warszawskiej Opery Kameralnej przy Alei Solidarności 76b w Warszawie”, nr sprawy: WOK/01/2020.**

Do Zamawiającego wpłynęły pytania, na które zgodnie z art. 38 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, udziela odpowiedzi.

Pytanie 6:

Zamawiający w § 2 ust. 2 zd. 2 projektu umowy wskazuje, że Wykonawca złoży propozycję Harmonogramu do zatwierdzenia w ciągu 5 dni od dnia podpisania Umowy.

Z kolei w Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt 5 ppkt I 1) Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do Opracowania Harmonogramu Rzeczowo – Terminowo - Finansowego. Obowiązkiem wykonawcy jest uzyskanie pisemnej akceptacji nadzoru inwestorskiego i Zamawiającego dla tego dokumentu w ciągu 5 dni od dnia podpisania Umowy”.

Biorąc pod uwagę sprzeczność tych postanowień, zwracamy się z prośbą o ujednolicenie zapisów.

Odpowiedź 6:

Zamawiający zmienia zapisy pkt. 5 pkt. I.1) Opisu Przedmiotu Zamówienia w następujący sposób:

„1) Opracowania Harmonogramu Rzeczowo-Terminowo-Finansowego. Obowiązkiem Wykonawcy jest uzyskanie pisemnej akceptacji nadzoru inwestorskiego i Zamawiającego dla tego dokumentu, który zostanie przedłożony do zatwierdzenia w ciągu 5 dni od dnia podpisania Umowy.”

Pytanie 7:

Zamawiający w § 2 ust. 4, § 3 ust. 1 pkt 3, § 4 ust. 4 pkt 1, § 5 ust. 18 projektu umowy wskazuje bardzo krótkie terminy do wykonania wskazanych tam obowiązków, nałożonych na Wykonawcę

(2, 3 dni) liczonych w dniach kalendarzowych, które mogą wypadać w okresie ustawowo wolnym od pracy, stąd też Wykonawca zwraca się z wnioskiem o dookreślenie tych dni jako dni roboczych.

Odpowiedź 7:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów dotyczących terminów wykonania obowiązków (ilości dni), z uwagi na konieczność realizacji robót w przewidzianym terminie. W przypadku, gdy ostatni dzień wyznaczonego terminu wypada na dzień ustawowo wolny od pracy (np. niedzielę), termin ulega przesunięciu na najbliższy dzień niebędący ustawowo wolnym od pracy.

Pytanie 8:

Zamawiający w § 6 ust. 3 projektu umowy wskazuje, że jeżeli zajdzie konieczność wykonania robót dodatkowych, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego oraz kierownik budowy, sporządza protokół konieczności wykonania robót dodatkowych, określając zakres rzeczowy tych robót, na których wykonanie Strony zobowiązują się zawrzeć odrębną umowę.

Należy zauważyć, że przepisy obowiązującego Prawa zamówień publicznych nie przewidują w takiej sytuacji konieczności zawierania odrębnej umowy lecz aneksu do już istniejącej umowy w przypadku spełnienia przesłanek z art. 144 ust. 1 pkt 2. Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o dostosowanie postanowień umownych do obowiązujących przepisów Pzp.

Odpowiedź 8:

Zamawiający zmienia zapisy § 6 ust. 3 projektu umowy w ten sposób, że otrzymuje on brzmienie: „Jeżeli zajdzie konieczność wykonania robót dodatkowych, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego oraz Kierownik budowy, sporządzą protokół konieczności wykonania robót dodatkowych, określając zakres rzeczowy tych robót. Protokół konieczności podlega zaakceptowaniu przez Zamawiającego w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Strony mogą zawrzeć odrębną umowę lub aneks do umowy na podstawie przepisów Pzp.”

Pytanie 9:

Zamawiający w § 6 ust. 4 projektu umowy wskazuje, że jeżeli zajdzie konieczność zaniechania wykonania Robót objętych umową, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego oraz Kierownik budowy, sporządzają protokół robót zaniechanych, określają zakres rzeczowo-finansowy tychże robót, prowadzący do odpowiedniego zmniejszenia wynagrodzenia umownego.

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wskazanie, w jaki sposób Zamawiający będzie określał wartość tych robót (secocenobud, kosztorys itp.), biorąc pod uwagę, że wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w 10 ust. 1 ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego?



Powyższe zapytanie dotyczy również § 10 ust. 5, w którym Zamawiający pisze: „gdyby z jakichkolwiek przyczyn Wykonawca wykonał instalacje i systemy odmiennie od opisanych w dokumentacji projektowej i dokumentacji zamówienia, zastosował inne od zaproponowanych urządzenia, zamawiający uprawniony jest do żądania obniżenia wynagrodzenia w pozycji danego elementu Harmonogramu.

Ponadto zwracamy się z pytaniem, czy powyższy przypadek dotyczy również sytuacji, na zastosowanie odmiennej instalacji i systemów na którą wyraził zgodę Zamawiający?

Odpowiedź 9:

Zamawiający wyjaśnia, że przy konieczności skorzystania z § 6 ust. 4 projektu umowy odpowiednie zmniejszenie wynagrodzenia umownego nastąpi w oparciu o elementy robót wyszczególnione w Harmonogramie Rzeczowo-Terminowo-Finansowym opracowanym na podstawie kosztorysu ofertowego, o którym mowa w pkt. XII.19) SIWZ.

Odnosząc się zapytania dotyczącego zastosowania instalacji i systemów odmiennych od opisanych w dokumentacji projektowej i dokumentacji zamówienia oraz zastosowania innych od zaproponowanych urządzeń, Zamawiający wyjaśnia, że przypadek ten nie dotyczy instalacji i systemów, urządzeń, a także innych wyrobów, które zostały uprzednio zaakceptowane przez Zamawiającego i nadzór konserwatorski (jeżeli dotyczy to materiałów podlegających akceptacji przez nadzór konserwatorski).

Jednocześnie Zamawiający zastrzega, że proces odbiorowy będzie dotyczył zarówno zastosowanych wyrobów jak również jakości wykonania robót budowlanych.

Pytanie 10:

Zamawiający w § 11 ust. 1 pkt 1 liter. a projektu umowy wskazuje na możliwość zapłaty należności Wykonawcy za wykonie przedmiotu umowy w oparciu m.in. o faktury częściowe za wykonane i odebrane elementy robót wyszczególnionych w uzgodnionym Harmonogramie.

Biorąc pod uwagę powyższe prosimy o wyjaśnienie, co konkretnie Zamawiający ma na myśli wskazując „elementy robót”? Biorąc pod uwagę charakter wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego jako wynagrodzenie ryczałtowe, przy którym wykonawca może żądać wynagrodzenia na postawie zaawansowania robót, niekoniecznie ukończenie całości danego elementu robót, prosimy o doprecyzowanie tego, aby na etapie realizowania kontraktu nie było w tym zakresie żadnej wątpliwości między stronami przyszłej umowy.

Odpowiedź 10:

Zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 2 projektu umowy podstawą rozliczeń finansowych z Zamawiającym jest sporządzony przez Wykonawcę, uzgodniony przez nadzór inwestorski i zatwierdzony przez Zamawiającego, Harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, sporządzony w oparciu o Kosztorys ofertowy. Dokument ten powinien zostać opracowany przez Wykonawcę w taki sposób, aby umożliwić odbiór i dokonywanie płatności za wykonane elementy robót. Harmonogram powinien zawierać roboty budowlane i dostawy podzielone na elementy, umożliwiające ich comiesięczny odbiór.

#### Pytanie 11:

Zamawiający w § 15 ust. 7 pkt 1 i 2 projektu umowy Zamawiający zastrzega kary umowne z nw. tytułów:

- 1) za opóźnienie w dotrzymaniu terminu zakończenia realizacji Umowy – w wysokości 0,5 % całkowitego wynagrodzenia wykonawcy brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od dnia następnego po upływie terminu określonego w § 2 ust. 1 Umowy;
- 2) za opóźnienie, za wyjątkiem przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w czynnościach zmierzających do usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze oraz w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,2 % całkowitego wynagrodzenia wykonawcy brutto za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, aż do dnia ostatecznego usunięcia wady, niezależnie od podmiotu, który ujawnioną wadę usunął;

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy możliwe jest zastąpienie w w/w w § 15 ust. 7 pkt 1 i 2 projektu umowy słowa "opóźnienie" wyrażeniem „zwłoka”. Opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, natomiast termin „zwłoka” to kwalifikowane opóźnienie, którego dopuszcza się, tylko ten podmiot, który nie wykonał umowy w terminie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, czyli od niego zależnych. Tak więc uzasadnieniem dla takiej zmiany jest potrzeba wykluczenia interpretacji, iż wykonawca będzie obciążony dotkliwymi sankcjami w postaci kar umownych i odstąpienia od umowy nawet w sytuacji, gdyby wykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło wskutek okoliczności niezależnych od wykonawcy (np. bezprawnych działań lub zaniechań osób trzecich). Potwierdzeniem słuszności takiej zmiany jest stanowisko Sądu Najwyższego zajęte w wyroku z dnia 20 marca 1968 r., sygn. akt II CR 419/67, w którym stwierdził, że w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 kc), kary umownej nie nalicza się.

Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o modyfikację § 15 ust. 7 pkt 1 i 2 projektu umowy:

03-933 Warszawa, ul. Obrońców 31, tel. +48 22 628 30 96, sekretariat@operakameralna.pl  
KONTO BANKOWE Bank Pekao SA nr 28 1240 6247 1111 0000 4980 2685, REGON 000278741, NIP 525 000 96 77

WARSZAWSKA OPERA KAMERALNA JEST INSTYTUCJĄ FINANSOWANĄ ZE ŚRODKÓW SAMORZĄDU WOJEWÓDZTWA MAZOWIECKIEGO

cyf



- 1) za zwłokę w dotrzymaniu terminu zakończenia realizacji Umowy – w wysokości 0,5 % całkowitego wynagrodzenia wykonawcy brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od dnia następnego po upływie terminu określonego w § 2 ust. 1 Umowy, jednak nie więcej niż 10 % wartości przedmiotu umowy brutto”.
- 2) za zwłokę, za wyjątkiem przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w czynnościach zmierzających do usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze oraz w okresie gwarancji i rękojmi – w wysokości 0,2 % całkowitego wynagrodzenia wykonawcy brutto za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, aż do dnia ostatecznego usunięcia wady, niezależnie od podmiotu, który ujawnioną wadę usunął, jednak nie więcej niż 10 % wartości przedmiotu umowy brutto;

Umieszczenie tego zapisu ograniczającego wysokość kary umownej umożliwi podjęcie decyzji o przystąpieniu do przetargu wykonawcą realizującym liczne kontrakty. Może mieć to wpływ na krąg zainteresowanych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji.

Odpowiedź 11:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy dotyczących kar umownych. Zamawiający wyjaśnia, że kary mają charakter mobilizujący i dyscyplinujący dla Wykonawcy. Zamawiający z powodu planowanego rozpoczęcia sezonu artystycznego w ostatnim kwartale 2020 r. nie może sobie pozwolić na nieuzasadnione przedłużenia realizacji umowy.

Pytanie 12:

Zamawiający w § 15 ust. 7 pkt 3-7 projektu umowy zastrzega sobie prawo naliczania kar umownych w wysokości odpowiednio: 0,5 %, 5%, 3%, 3% całkowitego wynagrodzenia brutto oraz 1000 zł za każdy fakt wystąpienia zdarzenia, o którym mowa w tych postanowieniach.

W ocenie Wykonawcy kara w tak wysokich wysokościach jest niewspółmierna do wartości zamówienia. W skrajnym przypadku może doprowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego. Tak rażąco wygórowane kary umowne można jedynie podważać na drodze sądowej. Zgodnie bowiem z treścią art. 484 § 2 kc, „jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest wygórowana.” Dlatego też wnosimy o obniżenie zastrzeżonych w ww. § 15 ust. 7 pkt 3-7 wysokości kar umownych.

*cyf*

Modyfikacja tych zapisów zmniejszających wysokość kary umownej umożliwi podjęcie decyzji o przystąpieniu do przetargu wykonawcą realizującym liczne kontrakty. Może mieć to wpływ na krąg zainteresowanych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i może prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji.

Odpowiedź 12:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy dotyczących wysokości kar umownych. Zamawiający wyjaśnia, że kary mają charakter mobilizujący i dyscyplinujący dla Wykonawcy, a nie są bezwzględny narzędnym mającym na celu ukaranie Wykonawcy. Zamawiający deklaruje współpracę z Wykonawcą, mając na względzie odpowiednie przepisy prawa. Niemniej jednak Zamawiający wskazuje, że wszystkie zapisy umowne, winny być respektowane i przestrzegane przez Wykonawcę. Po stronie Zamawiającego pracuje zespół osób odpowiednio przygotowanych do prowadzenia nadzoru, z którymi należy uzgadniać realizację projektu.

Pytanie 13:

Zamawiający w Rozdziale XVII pkt 1 SIWZ żąda, aby przed podpisaniem umowy Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w łącznej wysokości 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie, w jednej ze wskazanych w tym punkcie formie.

Zwracamy się z wnioskiem o zmniejszenie poziomu zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 10 % na 5 % ceny całkowitej podanej w ofercie. Wskazany poziom zabezpieczenia jest na poziomie maksymalnym, i w naszej ocenie na poziomie niewspółmiernym do charakteru realizowanej inwestycji. Jego spełnienie może powodować znaczne utrudnienie w możliwości przystępowania do przetargu podmiotów realizujących wiele inwestycji, a mogących zrealizować inwestycję z uwagi na ograniczenia w możliwości pozyskiwania żadanego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tak więc postawiony warunek może mieć wpływ na krąg zainteresowanych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i prowadzić do utrudnienia uczciwej konkurencji.

Odpowiedź 13:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zastępca Dyrektora ds. Administracyjnych

*Agnieszka Tyrańska*  
Agnieszka Tyrańska

RADCA PRAWNY

Anna Wietrzyńska-Pavlov

03-933 Warszawa, ul. Obrońców 31, tel. +48 22 628 30 96, sekretariat@operakameralna.pl

KONTO BANKOWE Bank Pekao SA nr 28 1240 6247 1111 0000 4980 2685, REGON 000278741, NIP 525 000 96 77

WARSZAWSKA OPERA KAMERALNA JEST INSTYTUCJĄ FINANSOWANĄ ZE ŚRODKÓW SAMORZĄDU WOJEWÓDZTWA MAZOWIECKIEGO