



L.dz. DT/792/.823/844/2018

Warszawa, 13.02-2018 r.

Wykonawcy  
biorący udział w postępowaniu

## ODPOWIEDZI NA ZAPYTANIA

### ZMIANA SIWZ

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej wraz z wykonaniem wielobranżowej dokumentacji projektowej w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażem podziemnym i miejscami parkingowymi naziemnymi oraz infrastrukturą techniczną przy ul. Chyrowskiej 1/ul. Złotopolskiej 8 w Warszawie, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, numer sprawy TBS/PZP/6/2018.**

Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Północ Sp. z o.o., zwana dalej „Zamawiającym”, informuje że w dniach: 08 i 13 lutego 2018 roku, zostały zadane pytania z prośbą o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

Zgodnie z art. 38 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2017, poz. 1579 z późn.zm.), zwanej dalej „ustawą”, Zamawiający przedstawia poniżej treść zapytań i odpowiedzi, bez ujawniania źródła zapytania oraz zmiany do SIWZ:

#### Pytanie 1

Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy wskazane w § 11 wzory umowy kary umowne naliczane będą za opóźnienie zwykle 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 literaturze w 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 zwykłe 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:

W 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”;

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 roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 KC w związku z art. 471 KC)”<sup>8</sup>;

„[...] 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 kary umownej jest konsekwencją ujęcia kary umownej w przepisach art. 483 i 484 KC jako surogatu odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej j...]”<sup>9</sup>.

Mając zatem na uwadze przyjęte i niekwestionowane w tym zakresie stanowisko orzecznictwa i doktryny nauk prawnych<sup>10</sup> wypracowane na gruncie przepisów dotyczących kar umownych, należy uznać, że kara umowna wskazana w § 11 wzoru umowy 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 Zamawiającego 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**

**Jak zostało zapisane w projekcie umowy, stanowiącym rozdział IV do SIWZ, kary umowne naliczane będą za opóźnienie (zwykłe), a nie za zwłokę.**

#### **Pytanie 2**

Zamawiający w sposób szczegółowy ustalił harmonogram dla wykonawcy, sam natomiast nie wskazał terminu na akceptację koncepcji. Niesie to za sobą duże ryzyko dla wykonawcy, który musi wkalkulować w cenę ryzyko wystąpienia opóźnień a co za tym idzie ryzyko nałożenia kar umownych. Wobec powyższego wykonawca będzie zmuszony podać cenę porywająca to ryzyko. Zatem zamawiający może spodziewać się wyższych ofert, a to może skutkować podejrzeniem o niegospodarność.

Wnosimy zatem o doprecyzowanie zapisu dotyczącego procedury odbiorowej.

### **ODPOWIEDŹ**

**Zamawiający zmienia zapis w Rozdziale V – Opis Przedmiotu Zamówienia:**

**Pkt 1.2 otrzymuje brzmienie**

**„1.2 W przypadku konieczności wystąpienia o odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych należy wykazać je na etapie opracowania koncepcji programowo-przestrzennej.**

**Zamawiający wybierze wariant studium realizacji inwestycji i po jego zaakceptowaniu Wykonawca wykona koncepcję programowo – przestrzenną. Po zaakceptowaniu koncepcji programowo – przestrzennej Wykonawca przystąpi do opracowania dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej. Zamawiający dokona akceptacji koncepcji programowo – przestrzennej w terminie 14 dni od jej złożenia u Zamawiającego”.**

#### **Pytanie 3**

Zamawiający zastrzega sobie 21 dniowy termin na udzielenie odpowiedzi wykonawcy. Jak zatem ma się ten zapis do terminów narzuconych harmonogramem Wykonawcy? Czy zamawiający przewiduje zmianę 180 dniowego terminu realizacji w razie opóźnień spowodowanych udzielaniem odpowiedzi w ciągu 21 dni na zapytania jakie skieruje wykonawca? Tak długo termin udzielania odpowiedzi może skutkować opóźnieniami i niemożnością realizacji przez wykonawcę prac w terminie. Co narazi wykonawcę na koszty.

#### **Odpowiedź**

**Intencją ogłoszonego zamówienia publicznego jest zawarcie umowy i wybranie wykonawcy który zrealizuje przedmiot zamówienia. Wszelkie przewidywane zmiany umowy zostały opisane w projekcie umowy, stanowiącym Rozdział IV do SIWZ.**

**Pytanie 4**

Zamawiający w SIWZ przy określeniu kryteriów wpisał 4 warunki spełnienia aspektu społecznego. Jednak w projekcie umowy zawarł już tylko informację dotyczącą zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Czy tyczy się to osób z pkt 18.3) SIWZ czy również osób, nie kwalifikujących się do grup z punktów 18.3) 1-4, ale zatrudnionych przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę?

**Odpowiedź**

**Odpowiedź na pytanie zawiera precyzyjny zapis z projektu umowy, stanowiącym rozdział IV do SIWZ w § 5 OBOWIĄZKI WYKONAWCY ust. 8 który brzmi:**

**„Rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczy wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę, osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia: główny projektant, bezpośredni nadzór nad projektantami wykonującymi czynności w umowie, nadzór autorski, a także osoby wskazane przez Wykonawcę w ofercie w kryterium „Aspekt społeczny”.**

**Pytanie 5**

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**

**Zamawiający nie dokonuje zmian w projekcie umowy. Kwestie dot. nadzorów autorskich zostały opisane w projekcie umowy, stanowiącym rozdział IV do SIWZ w § 2 ZAKRES PRZEDMIOTU UMOWY pkt 4) ETAP IV.**

**Pytanie 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**

**Odpowiedź została udzielona do pytania 5.**

**Pytanie 7**

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 w kalkulować 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**

**Pytanie zostało zadane nieprecyzyjnie, Zamawiający nie ma możliwości odnieść się do pytania.**

**Założeniem i intencją ogłoszonego zamówienia publicznego jest zawarcie umowy i wybranie wykonawcy który zrealizuje przedmiot zamówienia.**

**Pytanie 8**

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 Zamawiający potwierdził iż zdaje sobie sprawę z faktu iż umowa w zakresie braku limitu kar jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

**Odpowiedź**

**Zdaniem Zamawiającego, określone w projekcie umowy, wysokości kar umownych są adekwatne do przedmiotu zamówienia i nie stanowią naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, a w kontekście opóźnienia należy zwrócić uwagę na zapisy § 4 ust. 5 i § 17 ww. projektu umowy.**

**W odpowiedzi na pytania:**

1. jaka jest przewidywana powierzchnia planowanych 25 lokali?
2. jaka ma być planowana powierzchnia użytkowa oraz jaka jest przewidywana powierzchnia zabudowy?
3. ile Państwo przewidują miejsc parkingowych naziemnych i czy przewidywane są parkingi podziemne.
4. jaka ilość kondygnacji Państwo przewidują?

**Zamawiający odpowiada, że informacje powyższe znajdują się w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym rozdział V do SIWZ, w wytycznych do projektowania, oraz że Zamawiający oczekuje w wyniku zawarcia umowy, między innymi opracowania koncepcji programowo-przestrzennej w trzech wariantach, która ma przedstawić powyższe założenia do wyboru Zamawiającego.**



Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy pzp Zamawiający zmienia zapisy SIWZ w następujący sposób:

1. Rozdział IV – Projekt umowy”

**§ 7 WARUNKI PŁATNOŚCI ust. 1 otrzymuje brzmienie:**

1. Za wykonanie całości przedmiotu umowy, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości ..... złotych brutto, zawierające należny VAT.....% w kwocie ..... złotych, w czterech częściach:

1) I część po protokolarnym odbiorze bez uwag kompletnej koncepcji programowo-przestrzennej, w wysokości .....zł netto, .....zł brutto;

2) II część – płatna w dwóch transzach:

a) 80% płatne po protokolarnym odbiorze bez uwag kompletnego projektu budowlanego wraz z wnioskiem o pozwolenie na budowę, zawierającym urzędowe potwierdzenie złożenia, w wysokości .....zł netto, .....zł brutto;

b) 20% płatne po uzyskaniu prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę w wysokości .....zł netto, .....zł brutto;

3) III część po protokolarnym odbiorze bez uwag dokumentacji projektowo-wykonawczej wraz z kompletnymi uzgodnieniami i zgodami na wykonanie robót nią objętych w wysokości .....zł netto, .....zł brutto;

4) IV część – za pełnienie nadzoru autorskiego pisemnie potwierdzonym przez Zamawiającego, po zakończeniu robót realizowanych na podstawie dokumentacji objętej przedmiotem umowy oraz uzyskaniu prawomocnego pozwolenia na użytkowanie, w wysokości .....zł netto, .....zł brutto.

2. Rozdział V – opis Przedmiotu zamówienia:

Pkt 1.2 otrzymuje brzmienie

„1.2 W przypadku konieczności wystąpienia o odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych należy wykazać je na etapie opracowania koncepcji programowo-przestrzennej.

Zamawiający wybierze wariant studium realizacji inwestycji i po jego zaakceptowaniu Wykonawca wykona koncepcję programowo – przestrzenną. Po zaakceptowaniu koncepcji programowo – przestrzennej Wykonawca przystąpi do opracowania dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej. Zamawiający dokona akceptacji koncepcji programowo – przestrzennej w terminie 14 dni od jej złożenia u Zamawiającego.

Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami Zamawiający przekaże Wykonawcom, którzy zadali pytania oraz którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, oraz zamieści na własnej stronie internetowej.

Wprowadzone zmiany mają moc wiążącą i stanowią integralną część SIWZ.

Członek Zarządu  
TBS Warszawa Północ Sp. z o.o. Prezes Zarządu  
TBS Warszawa Północ Sp. z o.o.

Grzegorz Janaszek

Michał Amaroziak