

Wyjaśnienie i zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ)

Nasz znak:
ZP.271.5.2017

Data:
2017-07-12

Dotyczy: przetargu nieograniczonego pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z budową wiaduktu nad linią kolejową nr 353 Poznań- Skandawa wraz z przebudową układu komunikacyjnego drogowo-kolejowego.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164; dalej: uPzp), w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 10.07.2017 r., udzielam wyjaśnień jn.:

Pytanie nr 1:

Wzór umowy, § 17 ust. 1 pkt 3):

Zwracamy się o zmianę tego zapisu na następujący: „niedotrzymania przez Wykonawcę uzgodnionego terminu usunięcia wad w czasie okresu gwarancji- karę umowną w wysokości 5.000,00 PLN (pięć tysięcy złotych) za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wad;

Odpowiedź: Na podstawie art. 38 ust. 4 uPzp, zmienia § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), dotychczasową treść zastępuje się następującą:

„niedotrzymania przez Wykonawcę uzgodnionego terminu usunięcia wad w czasie okresu gwarancji Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 5.000,00 PLN (pięć tysięcy złotych) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w usunięciu wad;”

Pytanie nr 2:

Wzór umowy, § 17 ust. 1 pkt 5):

Zwracamy się o zmianę wysokości kary umownej z 0,5%- jako rażąco wygórowanej przy tego rodzaju naruszeniu umowy- na 0,2 % wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1;

Odpowiedź: Treść SIWZ pozostaje bez zmian.

Pytanie nr 3:

Wzór umowy, § 17 ust. 1 pkt 6):

Zwracamy się o zmianę wysokości kary umownej z 0,5%- jako rażąco wygórowanej przy tego rodzaju naruszeniu umowy- na 0,1 % wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1;

Odpowiedź: Na podstawie art. 38 ust. 4 uPzp, zmienia § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), dotychczasową treść zastępuje się następującą:

„nieprzedłożenia Zamawiającemu kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, lub jej zmiany, poświadczonych za zgodność z oryginałem- Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,3 % wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1;”

Pytanie nr 4:

Wzór umowy, § 17 ust. 1 pkt 7):

Zwracamy się o zmianę wysokości kary umownej z 0,5%- jako rażąco wygórowanej przy tego rodzaju naruszeniu umowy- na 0,2 % wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1;

Odpowiedź: Na podstawie art. 38 ust. 4 uPzp, zmienia § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), dotychczasową treść zastępuje się następującą:

„braku zmiany umowy o podwykonawstwo, w zakresie terminu zapłaty, której przedmiotem są dostawy lub usługi w zakresie terminu zapłaty- Zamawiający naliczy Wykonawcy karę umowną w wysokości 0,3 % od wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1;”

Pytanie nr 5:

Wzór umowy, § 17 ust. 1 pkt 9):

Zwracamy się o zmianę wysokości kary umownej z 0,01%- jako rażąco wygórowanej przy tego rodzaju naruszeniu umowy- na 0,005 % wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1;

Odpowiedź: Na podstawie art. 38 ust. 4 uPzp, zmienia § 17 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), dotychczasową treść zastępuje się następującą:

„nieudokumentowania przez Wykonawcę, na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w § 6 ust. 2, że pracownicy fizyczni wykonując czynności w zakresie realizacji zamówienia, polegające na bezpośrednim fizycznym wykonywaniu robót budowlanych, są zatrudnieni przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę zgodnie z postanowieniem § 6- Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 0,005 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 12 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w niewykazaniu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę pracowników fizycznych wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, polegające na bezpośrednim fizycznym wykonywaniu robót budowlanych, zgodnie z zobowiązaniem wynikającym z § 6 ust. 1;”

Pytanie nr 6:

Wzór umowy, § 20 ust. 1 pkt 1a):

Zwracamy się o potwierdzenie, że w przypadkach określonych w § 20 ust. 1 pkt 1a) wzoru umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie utracone w wyniku ograniczenia zakresu robót (spodziewany zysk), zgodnie z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 649(4) § 3 Kodeksu cywilnego.

Odpowiedź: Zgodnie z § 20 ust. 1 pkt 1 lit. a wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ): „w przypadku ograniczenia robót Wykonawcy przysługiwało będzie wynagrodzenie z tytułu robót już wykonanych oraz materiałów i urządzeń zgromadzonych na terenie budowy na poczet realizacji robót podlegających ograniczeniu. Wynagrodzenie zostanie ustalone na podstawie inwentaryzacji tych robót, materiałów i urządzeń dokonanej na terenie budowy”. Zamawiający zna treść art. 694 (4) § 3 KC i będzie stosował jego zapisy, mając na uwadze, iż Wykonawca przystępując do postępowania musi liczyć się z możliwością nieuzyskania przez Zamawiającego środków umożliwiających całościową realizację umowy. Zamawiający informuje o tym ryzyku i ryzyko to powinien uwzględnić wykonawca składając ofertę.

Jednocześnie, w ocenie Zamawiającego, art. 694 (4) § 3 KC dotyczy braku gwarancji zapłaty, nie zaś sytuacji ograniczenia zakresu przedmiotu umowy, aneksem podpisanym przez Strony, w przypadkach określonych w umowie.

Pytanie nr 7:

Wzór umowy, § 1 ust. 2 pkt 1):

Zwracamy się o usunięcie sformułowania „i najlepszą praktyką inżynierską”- z uwagi na nieostrość tego pojęcia i możliwość niejednoznacznej jego interpretacji (sprzeczność opisu przedmiotu zamówienia z wymaganiami art. 29 ust. 1 PZP).

Odpowiedź: Treść SIWZ pozostaje bez zmian. Zapis nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 1 uPzp.

Pytanie nr 8:

Wzór umowy, § 1 ust. 3:

Zwracamy się o usunięcie sformułowania „niezależnie od tego, czy prace te zostały jednoznacznie określone w umowie, czy wynikają wprost lub pośrednio z innych okoliczności wymienionych w ust. 2” - z uwagi na niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie (sprzeczność OPZ z wymaganiami art. 29 ust. 1 PZP).

Pytanie nr 9:

Wzór umowy, § 2 ust. 9:

Zwracamy się o usunięcie tego postanowienia w całości, jako wprost naruszającego wymagania art. 29 ust. 1 PZP i art. 31 ust. 1 PZP i w niedozwolony sposób przerzucającego na Wykonawcę ryzyko rzetelnej wyceny wartości oferty, co potwierdza orzecznictwo KIO. Wykonawca nie będzie związany przedmiotowym postanowieniem wzoru umowy, jako bezzwzględnie nieważnym.

Zgodnie z cyt. przepisami, Zamawiający odpowiada za taki opis przedmiotu zamówienia, aby każdy z oferentów mógł uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Okoliczności te muszą być opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, co oznacza, że Wykonawca nie jest odpowiedzialny ani nie może ponosić negatywnych skutków wadliwego opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawca nie odpowiada za dokumentację techniczną ani jej spójność z pozostałymi dokumentami przygotowanymi przez Zamawiającego ani nie ponosi kosztów usunięcia błędów tej dokumentacji, także jeśli wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Zgodnie z Pkt 2 Wyroku KIO 871/13 z 30.04.2013 r.: „Zrzeczenie się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad dokumentacji projektowej wykraczają daleko poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej i naruszają art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), gdyż zobowiązują wykonawcę do wliczenia w cenę ofertową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty.” Nadto, zgodnie z Wyrokiem KIO 809/12 z 09.05.2012 r., „obciążające wykonawcę ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru lub kosztów prac będące w świetle art. 632 § 1 KC cechą wynagrodzenia ryczałtowego doznaje modyfikacji na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.). Wykonawcy nie może bowiem obciążać ryzyko nieprzewidzenia rozmiaru prac czy ich kosztów będące wynikiem opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 i art. 31 ustawy. Należy również pamiętać, że w świetle art. 140 ust. 3 ustawy umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”.

Odpowiedź (dotyczy pytania nr 8 i 9): Treść SIWZ pozostaje bez zmian.

Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) przedmiotem umowy jest także zaprojektowanie, a nie tylko wykonanie robót budowlanych. Zatem wszystkie niezbędne prace powinien uwzględnić w dokumentacji projektowej wykonawca, który będzie następnie prowadził prace budowlane na podstawie opracowanego przez siebie projektu.

Zgodnie z treścią art. 649 KC razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy (tak np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 21 marca 2013 r.(sygn. I ACa 552/12).

Wykonawca, który jest podmiotem profesjonalnie działającym w obrocie gospodarczym w zakresie przedmiotu zamówienia, zgadzając się na wynagrodzenie ryczałtowe musi sobie zdawać sprawę, że nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Opis przedmiotu zamówienia został jasno i precyzyjnie określony w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (załącznik nr 4 do SIWZ), wykonawca musi dokonać wyceny ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i ująć ich koszt w cenie ofertowej.

W odpowiedzi na orzecznictwo przywołane w pytaniu nr 9, Zamawiający informuje, że w sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku, sygn. akt XII Ga 314/11 z dnia 14 lipca 2011 r., jeden z wykonawców wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając niezgodność z prawem

następujących przepisów: „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z Dokumentacją Projektową, Terenem Budowy i zweryfikował ich kompletność, dokładność i wystarczalność dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy oraz potwierdza taką kompletność, dokładność i wystarczalność Dokumentacji Projektowej dla wykonania Robót i Dokumentów Wykonawcy. Wykonawca akceptuje, że nie będą mu przysługiwały jakiejkolwiek roszczenia i zrzeka się wyrażnie wszystkich ewentualnych roszczeń przeciwko Zamawiającemu z tytułu wszelkich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej, w tym jakichkolwiek roszczeń o wypłatę jakichkolwiek zwiększonych Kosztów lub płatności w dodatku do Ceny Umownej, lub o przedłużenie Czasu na Ukończenie wskutek takich pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej”. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 27.04.2011 r. (sygn. akt KIO 806/11) uwzględniła odwołanie, nakazując usunięcie powyższego z SIWZ, uzasadniając stwierdzenia, że „zrzeczenie się przez wykonawcę wszelkich roszczeń z tytułu „pomyłek, niedokładności, rozbieżności lub braków lub innych wad Dokumentacji Projektowej” wykracza daleko poza ryzyko mieszczące się w granicach ceny ryczałtowej i narusza art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zobowiązują wykonawcę do wliczenia w cenę ofertową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty. Tym samym kwestionowane postanowienie może naruszać również art. 140 Prawa zamówień publicznych, bowiem może się okazać w trakcie wykonywania robót, że zakres zobowiązania umownego nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie”. Na orzeczenie KIO złożono skargę, którą Sąd uwzględnił stwierdzając, że wyrok KIO narusza treść art. 29, 31 w związku z art. 140 uPzp. W uzasadnieniu Sąd wskazał, między innymi, że:

- podniesiony w odwołaniu zarzut wykonawcy dotyczący naruszenia art. 29 i 31 uPzp nie dotyczył w swej istocie poprawności opisu przedmiotu zamówienia rozumianej jako zgodność opisu z normą art. 29 i 31, gdyż kwestionowane postanowienia Warunków Umownych w ogóle nie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202, poz. 2072), a wyłącznie określają wymagany przez Zamawiającego podział ryzyk odpowiedzialności stron;
- w analizowanym postępowaniu przedmiot zamówienia określony został jasno i precyzyjnie w dokumentacji projektowej, a wpływu na ocenę faktu nie mają kwestie związane z rozkładem ryzyka pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym ani też sposób rozłożenia odpowiedzialności;
- kwestionowane postanowienie nie nakłada na Wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których jest zobowiązany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Postanowienie to nie ma wpływu zatem na zakres świadczenia wynikającego z umowy, a usunięcie go nie wpłynie na prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia;
- podkreślić należy, że warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę;
- rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają;
- zgodnie z art. 353 § 1 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, a nie zmusza Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy;
- Sąd Okręgowy w Gdańsku podziela przy tym przywołany przez skarżącego pogląd Sądu Okręgowego we Wrocławiu wyrażony w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14.04.2008 r. (sygn. akt X Ga 677/08), w którym stwierdzono, iż niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.

Ważnym jest by takie działanie nastąpiło poprzez zamieszczenie odpowiednich postanowień w specyfikacji w sposób jawny dla wszystkich wykonawców i przed upływem terminu składania ofert;

Ponadto zgodnie z:

- Wyrokiem SN z 20.11.1998 r. sygn. akt: II CKN 913/97: „Ryzyko polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagał zapłaty wynagrodzenia wyższego”;
- Wyrokiem SN z 06.05.2004 r. sygn. akt: II CK 315/03: „Nie ma podstaw do żądania przez wykonawcę umowy o roboty budowlane podwyższenia wynagrodzenia ustalonego w niej z inwestorem ryczałtowo”;
- Wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16.03.2010 r., sygn. akt I Aca 67/10: „ryzyko wyłącza też możliwość domagania się wynagrodzenia nawet na innej podstawie prawnej (bezpodstawne wzbogacenie), formułowanie w związku ze zwiększeniem zakresu robót budowlanych roszczenia o zapłatę w nawiązaniu do przepisów o nienależnym świadczeniu (art. 410 kc) jest niedopuszczalne w związku z treścią art. 632 § 1 i 2 kc”.

Wobec powyższego, mając na uwadze jasno sprecyzowany przedmiot umowy, oraz ustalone wynagrodzenie zapisy § 1 ust. 3 i § 2 ust. 9 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) nie są sprzeczne z art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 uPzp.

Pytanie nr 10:

Wzór umowy, § 9 ust. 1 pkt. 1) i ust. 4:

Zwracamy się o potwierdzenie, że w razie zawieszenia realizacji przedmiotu zamówienia z powodów ważnych dla Zamawiającego oraz niezależnych od Wykonawcy, Zamawiający pokryje Wykonawcy koszty zabezpieczenia robót i koszty utrzymania terenu budowy w okresie zawieszenia robót, lub też koszty demobilizacji i ponownej mobilizacji sprzętu i personelu.

Odpowiedź: W przypadku określonym w § 9 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) Zamawiający pokryje koszty „zabezpieczenia i ochrony zarówno terenu budowy i wszystkiego, co się na nim znajduje, jak i innych prac, realizowanych poza terenem budowy”.

Pytanie nr 11:

Wzór umowy, § 11 ust. 19:

Zwracamy się o zmianę tego zapisu na następujący: „Za dzień dokonania odbioru częściowego lub końcowego, uznaje się dzień wskazany w podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Stron umowy odbioru częściowego lub końcowego robót.” Sam fakt późniejszego sporządzenia i podpisania protokołu nie świadczy, że roboty nie zostały wykonane z chwilą ich zgłoszenia do odbioru.

Odpowiedź: Treść SIWZ pozostaje bez zmian.

Pytanie nr 12:

Wzór umowy, § 19 ust. 3:

Zwracamy się o zmianę tego zapisu na następujący:

„Wykonawca jest uprawniony do odstąpienia od umowy w zakresie niewykonanej części umowy w przypadku, gdy:

- 1) Zamawiający pozostaje w opóźnieniu w płatnościach, jeśli zwłoka nieprzerwanie trwa dłużej niż 30 (trzydzieści) dni, pomimo udzielenia Zamawiającemu dodatkowego terminu do spełnienia niewykonanego w terminie świadczenia;
- 2) Zawieszenie realizacji umowy wynikające z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego trwa dłużej niż 60 (sześćdziesiąt) dni.”

Odpowiedź: Treść SIWZ pozostaje bez zmian.

Pytanie nr 13:

Wzór umowy, § 19 ust. 6 pkt. 1):

Zwracamy się o zmianę tego zapisu na następujący:

„Wykonawca przekazał w całości realizację umowy innej osobie lub dokonał cesji swoich wierzytelności z naruszeniem postanowień umowy”.

Naszym zdaniem taki zapis jest bardziej jednoznaczny i nie stwarza niebezpieczeństwa jego różnorodnej interpretacji.

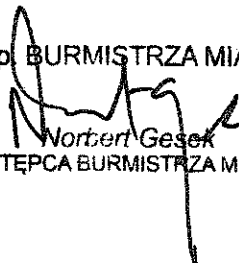
Odpowiedź: Treść SIWZ pozostaje bez zmian.

Ponadto, na podstawie art. 38 ust. 4 uPzp, zmienia się § 11 ust. 15 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), dotychczasową treść zastępuje się następującą:

„Przystąpienie do odbioru końcowego następuje w terminie nie dłuższym niż 5 dni roboczych od dnia zgłoszenia robót do odbioru wpisem do Dziennika budowy. Odbiór nie może trwać dłużej niż 10 dni roboczych”.

Z poważaniem

Z up. BURMISTRZA MIASTA


Norbert Gesek
ZASTĘPCA BURMISTRZA MIASTA