

Nasz znak : RG -341/69/2009

Zabno, 03.12.2009 r.

Budowa Gminnego Centrum Recyklingu w Niedomicach dla prowadzenia zorganizowanej, selektywnej zbiórki odpadów z ich sortowaniem. Przebudowa i modernizacja drogi dojazdowej dla obsługi terenów techniczno – produkcyjnych.

Prosimy o wyjaśnienie i zmiany następujących zapisów SIWZ :

- 16 W związku z treścią § 3 ust. 2 wzoru umowy oraz punktu 4 SIWZ wnosimy o wykreślenie terminu i pozostawienie go do uzupełnienia na etapie podpisania umowy. Wielokrotnie bowiem podkreślano w orzecznictwie, iż Zamawiający nie może wymagać od Wykonawcy aby na etapie składania ofert przyjął sztywne daty np. zakończenia robót, skoro jest to od niego niezależne. Na etapie składania ofert nie można bowiem przewidzieć kiedy dojdzie do podpisania umowy oraz kiedy nastąpi przekazanie placu budowy. Sam Zamawiający nie jest bowiem w stanie dokładnie określić, kiedy zakończy się procedura postępowania o zamówienie publiczne.
17. Prosimy Zamawiającego o uzupełnienie projektu umowy poprzez dodanie katalogu możliwych zmian umowy o poniższe :
- „1. Zamawiający, dla zapewnienia prawidłowej realizacji zadania, dopuszcza możliwość zmian postanowień zawartych w niniejszej umowie, w tym w szczególności dotyczy to przedmiotu zamówienia, terminu wykonania umowy, ustalonego wynagrodzenia, w następujących przypadkach :
- a) zaszły okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy,
 - b) udzielenia Wykonawcy zamówień dodatkowych lub uzupełniających, od wykonania których uzależniona jest realizacja umowy,
 - c) zmiany przepisów prawnych w tym zmiany stawki podatku VAT,
 - d) sytuacji niezależnych od stron umowy lub w przypadku działania siły wyższej, powodującej konieczność wprowadzenia zmian do umowy. Poprzez działanie siły wyższej należy rozumieć zdarzenie bądź połączenie zdarzeń obiektywnie niezależnych od stron umowy, które zasadniczo i istotnie utrudniają wykonywanie części lub całości zobowiązań wynikających z umowy, których strony umowy nie mogły przewidzieć i którym nie mogły zapobiec, ani ich przewyciężyć i im przeciwdziałać poprzez działanie z należytą starannością ogólnie przewidzianą dla cywilnoprawnych stosunków zobowiązaniowych. Wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie poinformować Zamawiającego o fakcie siły wyższej,
 - e) wprowadzenia robót zamiennych,
 - f) gdy potrzeba wprowadzenia zmian do umowy wynika z zmian natury technicznej, w tym zmian dokumentacji projektowej,
 - g) przerw w realizacji robót budowlanych powstałych z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy,
 - h) zlecenia przez Zamawiającego robót dodatkowych lub zamiennych, jeżeli termin ich zlecenia, rodzaj lub zakres uniemożliwiają dotrzymanie pierwotnego terminu zakończenia realizacji umowy,
 - i) zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji : danych, zgód lub pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów,
 - j) prace objęte umową zostały wstrzymane przez właściwe organy, co uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu umowy,
 - k) przerw w realizacji robót budowlanych powstałych z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy,
 - l) zlecenia przez Zamawiającego robót dodatkowych lub zamiennych, jeżeli termin ich zlecenia, rodzaj lub zakres uniemożliwiają dotrzymanie pierwotnego terminu zakończenia realizacji umowy,
 - m) zaszła konieczność uzyskania niemożliwych do przewidzenia na etapie planowania inwestycji : danych, zgód lub pozwoleń osób trzecich lub właściwych organów,
 - n) prace objęte umową zostały wstrzymane przez właściwe organy, co uniemożliwia terminowe zakończenie realizacji przedmiotu umowy.”
18. Prosimy o dodanie w § 19 zdania :
- „Odrębnej zgody nie wymaga jednak dokonanie przez Wykonawcę cesji wierzytelności na bank finansujący jego działalność.”
- Ponieważ działalność budowlana jest z reguły objęta koniecznością pozyskania środków finansowych. Powszechnym jest, że bank jako zabezpieczenia udzielonego kredytu żąda przedstawienia cesji wierzytelności z kontraktu. Z uwagi na specyfikę cesji i jej beneficjenta, jakim jest bank, nie stanowi ona żadnego zagrożenia dla Zamawiającego z tytułu praw i zobowiązań w zakresie wykonawstwa
- 19 Ze względu, iż umowa winna sprawiedliwie rozkładać uprawnienia i obowiązki Stron, wnosimy by w § 12 ustęp 3 wzoru umowy uzyskał poniższą treść :
- „3. Jeżeli kary umowne nie pokrywają szkody, Strony zastrzegają sobie prawo dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do wysokości poniesionej szkody”

- 20 Ze względu na rażąco wysoką wysokość kar umownych, prosimy o obniżenie ich wysokości w sposób następujący : w § 12 wzoru umowy
- „1 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu :
- 1) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 3 umowy, liczonej za każdy dzień zwłoki,
 - 2) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych w przy odbiorze końcowym, odbiorze pogwarancyjnym lub odbiorze po upływie okresu rękojmi - w wysokości 0,05 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 3 umowy, za każdy dzień zwłoki liczonej od upływu terminu na usunięcie wad wyznaczonego w § 15 ust. 5 umowy,
 - 3) za spowodowanie przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 3 umowy, liczonej za każdy dzień przerwy”
21. Ze względu na złamanie zasady równości praw i obowiązków, zwracamy się z zapytaniem do Zamawiającego, czy zgodzi się na zmianę treści § 12 ust. 4, by obowiązki Wykonawcy odpowiadały (były analogiczne jak w § 12 ust. 2 wzoru umowy) obowiązkom Zamawiającego :
- „4) z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn ~~leżących po stronie~~ zawinionych przez wykonawcę w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 3 umowy.”
- 22 Ze względu na to, iż interesy Zamawiającego na wypadek niewykonania zobowiązania przez Wykonawcę są zabezpieczone instytucją kar umownych, zwracam się z zapytaniem czy Zamawiający zgodzi się na usunięcie sformułowania :
- „lub żądać wykonania przedmiotu umowy po raz drugi.” z treści § 14 ust. 2b
- 23 W związku z faktem, iż to Zamawiający jest stroną procesu budowlanego w przedmiocie uzyskania pozwolenia na budowę (art. 28 ust. 2 ustawy z 7 lipca 1994 Prawo budowlane), czy pozwolenia na użytkowanie obiektu (art. 57 ust. 1 Prawo budowlane), działania lub zaniechania Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do ewentualnego obciążenia Wykonawcy możliwymi konsekwencjami. Dlatego proponujemy, by zapisy dotyczące określenia przedmiotu Umowy dotyczyły prac projektowych i robót budowlanych z wyłączeniem kwestii formalnych leżących po stronie Zamawiającego i będących jego obowiązkami
- 24 W § 6 ust. 1 wzoru umowy prosimy o dokonanie uściśleń obowiązków Zamawiającego poprzez dodanie kolejnych podpunktów w poniższej postaci :
- „4) uzyskanie pozwolenia na budowę inwestycji,
 - 5) udostępnienie Wykonawcy kopii dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Zamawiającego tytułu do nieruchomości na której jest realizowany Przedmiot Umowy (załącznik nr 4 do Umowy),
 - 6) protokolarnie przekazanie terenu budowy Wykonawcy wraz ze wskazaniem granicy placu budowy,
 - 7) udostępnienie Wykonawcy terenu na zaplecze techniczno – socjalne,
 - 8) odebranie wykonanych robót w terminach wyznaczonych w umowie,
 - 9) terminowa zapłata należności za wykonane prace,
 - 10) uzyskanie pozwolenia na użytkowanie inwestycji,
 - 11) Zamawiający zapewni Wykonawcy dostęp do energii elektrycznej i wody w ilościach niezbędnych do realizacji przez Wykonawcę przedmiotu umowy.”
25. W związku z wprowadzeniem we wzór umowy, szerokiego katalogu przyczyn umożliwiających Zamawiającemu odstąpienie od umowy prosimy o dodanie do § 17 następujących zapisów :
- „Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy jeżeli :
- a) Zamawiający nie dokonuje zapłaty faktur Wykonawcy w okresie 1 miesiąca od terminu zapłaty faktur ustalonego w § 5 niniejszej umowy.
 - b) Zamawiający odmawia bez uzasadnionych przyczyn odbioru robót, odmawia podpisania protokołu odbioru lub nie przekazuje placu budowy”.
- 26 Zwracamy się o zmianę § 13 wzoru umowy. Naszym zdaniem Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za wszelkie działania na terenie budowy, a także za wszelkie szkody osób trzecich w związku z wykonywaniem robót. Do szkód na terenie budowy zastosowanie ma art. 652 Kodeksu Cywilnego, który odsyła w zakresie odpowiedzialności za szkody do zasad ogólnych. Zgodnie z Wyrokiem z dnia 18 marca 1971 r. Sądu Najwyższego :
- „Przepis art. 652 k.c., regulujący odpowiedzialność Wykonawcy, odsyła w zakresie jej podstawy do zasad ogólnych, a więc w przypadku szkód wyrządzonych osobom trzecim – od zasad odpowiedzialności za czyny niedozwolone (art. 415 i nast. K.c.) Do przyjęcia zatem odpowiedzialności Wykonawcy za szkodę nie wystarczy powołanie się na przepis art. 652 k.c., gdyż niezbędne jest stwierdzenie, jak zasada odpowiedzialności deliktowej – ze względu na okoliczności konkretnego przypadku – ma miejsce (I CR 6/71)”
- W związku z powyższym proponujemy następującą zmianę w/w zapisu umowy :
- „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania na terenie budowy jak i szkody osób trzecich wynikłe w związku z wykonywaniem robót, zgodnie z zasadami odpowiedzialności przewidzianymi w Kodeksie Cywilnym.”
27. W związku z w/w argumentacją pytamy Zamawiającego, czy wyraża zgodę na zmianę § 15 ustępu 4 w następujący sposób :
- „Zamawiający ma prawo przerwać odbiór końcowy, jeżeli z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę nie wykonał on przedmiotu umowy w całości, nie wykonał wymaganych prób i sprawdzeń oraz nie przedstawił dokumentów, o których mowa w ust. 1.”
28. Prosimy o następującą zmianę § 5 ustępu 1 :

„Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w § 4 rozliczone będzie na podstawie faktur przejściowych i faktury końcowej VAT wystawionej przez Wykonawcę w oparciu o protokół odbioru częściowego lub końcowego robót, a ewentualne usterki wynikające z protokołów zostaną usunięte w okresie gwarancji”.

Naszym zdaniem, przy tak dużej inwestycji jaką Budowa „Gminnego Centrum Recyklingu w Niedomicach” dla prowadzenia zorganizowanej, selektywnej zbiórki odpadów takich jak : szkło, papier, tektura, opakowania z tworzyw sztucznych z ich sortowaniem Przebudowa i modernizacja drogi dojazdowej dla obsługi terenów techniczno–produkcyjnych.” Wystąpienie drobnych wad jest wręcz nieuniknione. Jednak ich usunięcie gwarantuje Zamawiającemu odpowiednio długo okres gwarancji, który naszym zdaniem stanowi odpowiednie zabezpieczenie dla interesu Zamawiającego. W związku z powyższym uważamy naszą prośbę za uzasadnioną.

29. Zwracany się z pytaniem do Zamawiającego o możliwość wykreślenia z § 1 ustępu 3. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Wykonawcę żadnego obowiązku w postaci składania oświadczeń o zapoznaniu się z dokumentacją określającą przedmiot zamówienia i tym bardziej o stwierdzeniu jej kompletności z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć. Pragniemy przypomnieć Zamawiającemu, iż zgodnie z art. 29 Prawa zamówień publicznych podstawowym obowiązkiem Zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Dokonanie tego opisu powinno nastąpić w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że Wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast art 31 Pzp wymienia obowiązek Zamawiającego w postaci opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Celem w/w uregulowań jest jasne i jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych, co ma umożliwić potencjalnym Wykonawcom podjęcie decyzji o tym czy są w stanie spełnić wszelkie wymogi postawione przez Zamawiającego w SIWZ. Powyższą argumentację potwierdza wyrok z dn 9 października 2008 r KIO przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych :

„Zamawiający tak musi opisać przedmiot, aby Wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi i jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą (muszą) zaoferować Zamawiającemu, aby ten uznał ich ofertę za spełniającą wymagania specyfikacji, a przy tym, jak tę ofertę skonstruować, by mogła być ona uznana jako najkorzystniejsza”. (KIO/UZP 1021/08) Ponadto „Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 p.z.p. (wyrok z dn. 22 sierpnia 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych KIO/UZP 821/08).

Mając na uwadze powyższą argumentację, za nie dopuszczalne należy przyjąć pozostawienie w/w zapisu we wzorze umowy.

Zgodnie z zapisem art. 38 ust. 1 Ustawy Pzp Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten pozwala na wyjaśnienie jedynie wątpliwości związanych z treścią siwz; nie można więc na jego podstawie domagać się zmian do specyfikacji, polemizować z treścią jej zapisów na innej drodze niż protest czy też zadawać zamawiającemu pytania związane wprawdzie z postępowaniem, ale niebędące przedmiotem siwz –

Komentarz Becka Jerzy Pieróg Prawo zamówień publicznych wydanie 9, Warszawa 2009.

Z Państwa pisma wynikają tylko propozycje wprowadzenia do wzoru umowy nowych zapisów lub żądania zmian zapisów, co nie mieści się w pojęciu wyjaśnienia treści siwz.

Natomiast termin do wniesienia protestu dotyczącego zapisów siwz już upłynął - ogłoszenie zostało opublikowane w BZP w dniu 19.11.2009 pod nr 215143 i siwz również w tym dniu została umieszczona na stronie zamawiającego.

BURMISTRZ

mgr inż. Stanisław Kusior