

dnia 18 lutego 2018 r.

**Gmina Drawno
Urząd Miejski w Drawnie
ul. Kościelna 3, 73-220 Drawno**

Znak sprawy: **PIOŚ.271.06.2019.MP**

E-mail: poczta@drawno.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. **„Budowa ujęcia wody w miejscowości Borowiec na dz. nr ew. 172/8 obręb Barnimie”**

Data ogłoszenia: 12.02.2019 r.

**ZAPYTANIE WYKONAWCY O WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ
WRAZ WNIOSKAMI O ZMIANĘ SIWZ**

Działając w imieniu i na rzecz

(dalej jako: „Uczestnik” lub „Wykonawca”), w związku z ogłoszonym w dniu 12.02.2019 r. postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa ujęcia wody w miejscowości Borowiec na dz. nr ew. 172/8 obręb Barnimie” (znak sprawy: PIOŚ.271.06.2019.MP), niniejszym na podstawie art. 38 ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwracam się o udzielenie odpowiedzi na niżej zadane pytania oraz zmianę warunków SIWZ:

1. W § 1 wzoru umowy Zamawiający przewiduje, że przedmiot zamówienia obejmuje opracowanie i zatwierdzenie dokumentacji hydrologicznej. Dokumentację Hydrologiczną zatwierdza właściwy Starosta. W związku z powyższym, czy Zamawiający przewiduje udzielenie przyszłemu Wykonawcy stosownego pełnomocnictwa do reprezentacji Zamawiającego przed organami administracji publicznej, czy też będzie samodzielnie występował przed organami, a rolą Wykonawcy będzie jedynie opracowanie i przygotowanie stosownej dokumentacji hydrologicznej. W wypadku, gdy Zamawiający przewiduje, że zatwierdzenie ma uzyskać Wykonawca, zwracam się o załączenie stosownego wzoru pełnomocnictwa.
2. Uczestnik zwraca się zapytanie, kto ma uzyskać pozwolenie wodnoprawne na eksploatację ujęcia? Czy koszt uzyskania pozwolenia, w tym opłaty, obciążają Wykonawcę?

3. Uczestnik zwraca się zapytaniem kto ma uzyskać opinię higieniczną w PSSE Zamawiający? Czy koszty jego uzyskania obciąża Wykonawcę?
4. Uczestnik zwraca się zapytaniem kto wykonuje dokumentację do zgłoszenia urządzeń w UDT i rejestruje urządzenia: Zamawiający? Czy koszty ich uzyskania obciążają Wykonawcę?
5. W związku z zapisem § 1 ostatnie zdanie, zgodnie z którym „ przedmiar robót należy traktować, jako pomocniczy”, oraz zapisem części XI SIWZ Opis i sposób obliczenia ceny, która przewiduje, że „Cena oferty zawierać będzie wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia **wynikające wprost z SIWZ, Opisu przedmiotu zamówienia, Projektów budowlanych i wykonawczych, Specyfikacji Technicznych i przedmiaru robót** oraz **ujmie wszystkie inne koszty i składniki w nich nie zawarte, a bez których nie można wykonać zamówienia**” uczestnik zwraca się zapytaniem czy przedmiar ma charakter wiążący czy nie?

Wobec stanowiska doktryny jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej ¹ przedmiar jeżeli ma charakter pomocniczy, ma wówczas jedynie unaoczniać skalę robót. Tymczasem z uwagi na zapis części XI SIWZ przedmiar ma charakter wiążący, albowiem cena musi ujmować wszystkie jego pozycje. Tymczasem w wypadku między rozbieżnością pomiędzy załączonym przedmiarem a przedłożoną dokumentacją (np. brak robót, które wynikają z dokumentacji projektowej, a nie są ujęte w przedmiarach), który z dokumentów ma stanowić podstawę kalkulacji ceny?

6. Uczestnik wnosi o zmianę zapisu SIWZ w zakresie w jakim przewiduje on oznaczony co do dnia termin wykonania umowy na dzień 30.09.2019 r. oraz zmianę § 2 wzoru umowy:

Uczestnik proponuje, aby zapis opisu przedmiotu zamówienia brzmiał „ **w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy**” zaś § 2 wzoru umowy: *Wykonawca zobowiązuje się wykonać wszystkie roboty budowlane związane z realizacją przedmiotu umowy określonego w §1 niniejszej umowy i zgłosić Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego przedmiotu umowy, **w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy***”

Zamawiający w części IV ogłoszenia o zamówieniu „Termin Wykonania Zamówienia” wskazał „wymagany termin realizacji a) zakończenie robót budowlanych: termin wykonania : 30.09.2019 r. od dnia zawarcia Umowy”

Nie sposób przyjąć, aby termin wykonania umowy mógł być ustalony na ściśle określony dzień, albowiem w wypadku wydłużającej się procedury wyłonienia wykonawcy byłby on z góry zagrożony i niemożliwy do zachowania przez wybranego wykonawcę. Wówczas spełnienie świadczenia, z uwagi na zakreślony termin byłoby

¹ Por. Soszyńska-Purtak, Paulina. Przedmiar w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Publikacje Elektroniczne ABC wraz z przywołanym tam orzecznictwem KIO

niemożliwie (por. art. 387 k.c.). Zamawiający przewiduje, że skoro otwarcie ofert nastąpi w dniu 01.03.2019 r. to należy przyjąć, że w ciągu 14 do 30 dni nastąpi wybór oferty, a następnie zawarcie umowy. Konsekwencją powyższego należy przyjąć, że Zamawiający przewiduje ok. 6 miesięcy na wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast w wypadku wydłużającej się procedury wyłonienia wykonawcy, termin wykonania przedmiotu zamówienia będzie ulegał skróceniu, a w niektórych wypadkach może być z góry niemożliwy do zachowania (np. w wypadku odwołania od czynności Zamawiającego, rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej i ponownego odwołania). Jest okolicznością notoryjną, że procedura wyłonienia wykonawcy ulega niejednokrotnie wydłużeniu z przyczyn niezależnych od Zamawiającego. Już sam fakt, że zostaną sformułowane pytania do SIWZ może skutkować wydłużeniem postępowania, naturalną konsekwencją czego jest skrócenie terminu wykonania.

Pozostawiając przedmiotowy zapis w niezmienionej postaci potencjalny Wykonawca z góry musi kalkulować ryzyko krótszego wykonania przedmiotu zamówienia. Nadto, może on, nie swojej winy, mieć krótszy termin wykonania przedmiotu umowy, niż wynika to z celu umowy, zasad wiedzy technicznej i sztuki budowlanej oraz dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu „*Okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, to zdarzenie, które w normalnym przebiegu wydarzeń było mało prawdopodobne do przewidzenia. Nieprzewidywalność ta powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych*”².

Mając na uwadze przywołaną powyżej argumentację, imieniem Uczestnika zwracam się o zmianę opisu przedmiotu zamówienia oraz odpowiedniego zapisu wzoru umowy.

7. Uczestnik zwraca się o zmianę § 4 ust. 15 wzoru umowy, który przewiduje, że „**Wykonawca i/lub Podwykonawca niniejszej umowy przedkłada każdorazowo Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi wynikające z niniejszej umowy, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, Procedurę określoną w zdaniu powyżej stosuje się odpowiednio do wszystkich zmian umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi**”. Na podstawie art. 143b ust. 8 pzp Wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiotem został wskazany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi. Wyłączenie, o którym mowa w zdaniu pierwszym, nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł. Zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo.

² Por. Nowicki, Józef Edmund. Art. 144. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2018.

Wobec powyższego Uczestnik zwraca się o określenie niższej wartości, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy i usługi np. od kwoty 10.000,00 zł. Zapis w brzmieniu wskazanym w SIWZ skutkuje tym, że każda dostawa i usługa niezależnie od jej wartości, która będzie związana z przedmiotem zamówienia będzie podlegała notyfikacji Zamawiającemu.

8. Uczestnik wskazuje, że § 8 ust. 3 wzoru umowy przewiduje 3 dni roboczych na zgłoszenie uwag do projektu, terenu budowy stosownie do treści art. 651 k.c. pod rygorem utraty uprawnienia do powoływania się na niezgłoszone przeszkody lub przeszkody zgłoszone z opóźnieniem w przypadku niewykonania przedmiotu umowy w terminie określonym w § 2 wzoru umowy, jest niezgodny z obowiązującymi przepisami.

Uczestnik podnosi, że przepis art. 651 k.c. nie daje podstaw do formułowania wymogu dokonania powiadomienia liczonego od dnia, w którym wykonawca przy dołożeniu należytej staranności mógł taką wiedzę uzyskać. Dodatkowo, Zamawiający nie może zastrzegać utraty prawa na powoływanie się na braki np. dotyczące dokumentacji projektowej. Uczestnik wskazuje, że „Wykonawca dzieła, który ma obowiązek wykonywać je według projektu, opracowanego na zlecenie zamawiającego przez osobę trzecią, nie zawsze ma obowiązek szczegółowego sprawdzania tego projektu w celu wykrycia jego wad, nie musi być bowiem specjalistą od projektowania, a jedynie musi umieć odczytać projekt i realizować wykonanie dzieła zgodnie z projektem i zasadami technologicznymi obowiązującymi w danej dziedzinie”³.

Uczestnik wskazuje, że „Uchybienie przez wykonawcę obowiązkowi wynikającemu z art. 651 k.c. (tj. zgłoszenia zastrzeżenia) nie może wywierać żadnego skutku prawnego w odniesieniu do sfery sytuacji prawnej jednostki projektowania, która pozostaje z inwestorem w odrębnym stosunku prawnym zawiązanym w wyniku zawarcia umowy o prace projektowe czy umowy o pełnienie nadzoru autorskiego”⁴.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca zwraca się o nadanie § 8 ust. 3 wzoru umowy otrzymał brzmienie „W przypadku, gdy po rozpoczęciu realizacji przedmiotu umowy **Wykonawca** stwierdzi wystąpienie przeszkód uniemożliwiających prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy, zgodnie z art. 651 k.c., jest on zobowiązany do zgłaszania ich na piśmie **Zamawiającemu** w nieprzekraczalnym”

9. Uczestnik wskazuje, że zgodnie z § 10 ust. 4 wzoru umowy, przewiduje że „do każdej faktury dołączyć należy dowód potwierdzający zapłatę wymaganego wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Jako dowód rozumieć należy – kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem faktury podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy wraz z dowodem dokonania przelewu zafakturowanej sumy na konto podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy”. Czy Zamawiający zaakceptuje jako dowód zapłaty wynagrodzenia oświadczenie o potrąceniu Wykonawcy i oświadczenie podwykonawcy o braku zaległości z zapłatą wynagrodzenia?

³ tak m.in. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2016 r. V CSK 535/15

⁴ por. też J.A. Strzępka, *Rękojmia za wady prac projektowych*, M. Praw. 2010, nr 17, s. 934

10. Uczestnik wskazuje, że § 10 ust. 7 wzoru umowy przewidujący jest niezgodny z obowiązującymi przepisami oraz aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ „odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 p.z.p.⁵”.

Uczestnik wnosi o wykreślenie zapisu § 10 ust. 7 wzoru umowy.

11. Uczestnik wnosi o zmianę terminów przewidzianych w § 11 wzoru umowy, wnosi o zmianę terminów zgłoszenia robót dodatkowych na 7 dni roboczych oraz zmiany terminu sporządzenia protokołu, o którym mowa w ust. 3 z 7 dni roboczych na 10 dni roboczych.

Dodatkowo, uczestnik wskazuje, iż stosownie do treści § 11 ust. 4 wzoru umowy przewiduje, że „Wykonanie robót dodatkowych bądź zamiennych może nastąpić wyłącznie na podstawie aneksu do niniejszej umowy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych”. Powyższy zapis stanowi warunek potestatywny dla wykonania robót dodatkowych. Uczestnik wskazuje, iż wykonanie robót jest uzależnione od zawarcia aneksu. W wypadku, gdy Uczestnik we właściwym czasie zgłosi roboty dodatkowe oraz zostanie sporządzony protokół, o którym mowa w § 11 ust. 2 wzoru umowy, zawarcie aneksu jest uzależnione od woli Zamawiającego.

Uczestnik wnosi, aby w umowie znalazł się zapis, który obliguje Zamawiającego do zawarcia aneksu w wypadku zaakceptowania przez Zamawiającego protokołu, o którym mowa w § 11 ust. 2 wzoru umowy.

12. Uczestnik wnosi o zmianę § 16 ust. 2 pkt 1 wzoru umowy i zwrot 70% zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia sporządzenia protokołu końcowego.

Uzależnienie zwrotu 70 % zabezpieczenia od uznania przez Zamawiającego robót za należyte wykonane po odbiorze końcowym robót stanowi warunek potestatywny, podczas gdy okoliczność dokonania odbioru stanowi potwierdzenie wykonania robót przez Wykonawcę i dostateczną podstawę do zwrotu zabezpieczenia.

13. Uczestnik, w zakresie § 17 wzoru umowy zwraca się o zmianę kary umownej z kary za opóźnienie na karę za zwłokę.
14. Uczestnik wnosi o wykreślenie zapisu § 21 ust. 5 wzoru umowy w zakresie w jakim przewiduje wyłączenie stosowania art. 494 k.c. Przepisy art. 494 k.c. i jest przepisem

⁵ por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2018 r. KIO 1951/18

bezwzględnie obowiązującym, albowiem w wypadku odstąpienia od umowy na podstawie przepisów ustawy zasady ogólne, których nie można wyłączyć.

15. Uczestnik wskazuje, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia projektem budowlanym oraz ogólną mało precyzyjną specyfikacją techniczną, w związku z czym Wykonawca zwraca się o uzupełnienie SIWZ o projekt wykonawczy zgodny z par 4.1. Rozporządzenia 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.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak w niniejszym zapytaniu i wniosku.