

Suwałki, dnia 9 sierpnia 2017 r.

ZP.271.79.796.2017.DZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP.271.79.2017 prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn: Budowa hali sportowo-widowiskowej przy ulicy Zarzecze 26

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) Zamawiający odpowiada na pytania postawione w piśmie z dnia 1 sierpnia 2017 r. przez jednego z Wykonawców:

Treść pytania nr 1:

Zamawiający określił wymagania w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez żądanie należytego wykonania w szczególności wykonania zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **jednego zadania polegającego na budowie/remontie/przebudowie budynku o wartości minimum 10.000.000,00 złotych**. Tak ustanowiony warunek pozwala na wykazanie się doświadczeniem np. remontu budynku mieszkalnego, sortowni śmieci, hali magazynowej etc.

Przedmiotem zamówienia jest budowa hali sportowej tymczasem roboty remontowe zasadniczo różnią się od budowy budynku od podstaw. Czy Zamawiający zmieni warunek poprzez uszczegółowienie w zakresie żądania wykazania się doświadczeniem w budowie budynku użyteczności publicznej zawierającego halę sportową o wartości min 10 mln zł?

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę warunków zamówienia.

Treść pytania nr 2:

Zamawiający wymaga od wykonawców wykazanie się zdolnością zawodową i techniczną w zakresie doświadczenia poprzez żądanie jednokrotnej realizacji. Czy zamawiający zmieni warunek poprzez żądanie co najmniej dwukrotnej realizacji uwzględniając poniższe uzasadnienie ?

Jednokrotne realizacja nie daje gwarancji należytego wykonania a doświadczenie zdobywa się poprzez powtarzalność tych samych realizacji co daje gwarancje należytego wykonania. Potwierdza to wiele wyroków KIO m.in. 3027/2014 z20.01.2014 cyt. „ *wybudowanie jednego obiektu mostowego, a wymagane jest doświadczenie przy realizacji dwóch takich obiektów* *nie stanowi również o nadmierności warunku. Jak wskazano powyżej, doświadczenie zawodowe nabywa się przez praktykę. Jest to wiedza praktyczna nabyta w trakcie wykonywania zadań. Można sobie wyobrazić nieskomplikowane zadania, których jednokrotne wykonanie jest w zupełności wystarczające do nabycia wiedzy praktycznej pozwalającej na prawidłowe wykonanie takiego zadania po raz kolejny. Jednakże w przypadku zadań znacznie skomplikowanych, tak jak w niniejszym postępowaniu, doświadczenie zdobyte przy jednokrotnym wykonaniu obiektu mostowego, z pewnością nie gwarantuje wystarczającej biegłości do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, tym bardziej, że przedmiotowy warunek dotyczy wykonania obiektów mniejszych oraz o niższej wartości. Wobec powyższego nie można uznać, że omówione powyżej warunki zawężają grono wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Opis sposobu ich spełnienia jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, choć z pewnością został ustalony na wysokim poziomie, jednak - adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że warunki udziału mają zapewnić wyłonienie wykonawcy zdolnego do prawidłowego wykonania zamówienia. Wykonawcy niespełniający samodzielnie ww. warunków mogą ubiegać się*

o zamówienie wspólnie z innymi podmiotami lub korzystając z potencjału podmiotów trzecich”

Wymaganie legitymowania się doświadczeniem na poziomie wyższym niż jednokrotna realizacja podobnego zamówienia nie skutkuje naruszeniem zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym nie wpływa na naruszenie art. 22 ustawy PZP

Nadmieniamy, że Ministerstwo Sportu, które dofinansowuje inwestycje sportowe zwraca szczególną uwagę w prawidłowym doborze zarówno doświadczonych projektantów jak i doświadczenia wykonawców realizujących obiekty sportowe.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę warunków zamówienia.

Treść pytania nr 3:

Prosimy o zmianę w projekcie umowy kar za opóźnienie na kary za zwłokę.

Opóźnienie i zwłoka oraz związane z nimi skutki dla stron umowy regulują przepisy kodeksu cywilnego. Określeń tych nie należy używać zamiennie. Uprawnienia strony dotkniętej zwłoką bądź tylko opóźnieniem znacznie się różnią. W obu przypadkach mamy do czynienia z nieterminowością wykonania przyjętych zobowiązań wynikających np. z umowy.

Jednak zwłoki, czasem nazywanej opóźnieniem kwalifikowanym, dopuszcza się tylko ten dłużnik, który nie wykonał umowy w terminie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, czyli od niego zależnych, w przeciwieństwie do tzw. opóźnienia zwykłego, które następuje już wówczas, gdy termin nie zostanie dotrzymany z przyczyn niezależnych od opóźniającego się.

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy.

Treść pytania nr 4:

Wnosimy o zmianę kar umownych określonych w par 9

Ust 1 pkt 2 ,3– z 0,2 % na 0,02%

Ust 1 pkt 4 i 5 – z 0,5% na 0,1%

Odpowiedź na pytanie nr 4:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę kar umownych.

Treść pytania nr 5:

Wnosimy o dopisanie do § 8 projektu umowy treści jak niżej lub podobnej:

Zamawiający zapłaci wykonawcy kary umowne:

- za opóźnienie w przekazaniu placu budowy przez Zamawiającego w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia;
- za opóźnienie w rozpoczęciu lub zakończeniu odbioru przez Zamawiającego w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia;
- w przypadku odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy w wysokości 10% wynagrodzenia umownego.

Uwzględnienie w projekcie umowy powyższych kar umownych zrównoważy prawa i obowiązki stron.

Zamawiający w postępowaniu posiada szczególnie uprzywilejowaną pozycję, jednakże znaczące naruszenie przez Zamawiającego równowagi stron umowy może zostać zakwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga o sygn. akt IV Ca 508/05).

Określając wysokość kar umownych, Zamawiający powinien kierować się zdrowym rozsądkiem. Zbyt restrykcyjne kary umowne w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych koniecznością ich dochodzenia przez Zamawiającego może prowadzić nie tylko do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania zamówienia.

Z uwagi na fakt, iż to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, korzystanie z tak uprzywilejowanej pozycji nie może jednak przejawiać się w kształtowaniu wzoru umowy w sposób, który rażąco będzie naruszał równowagę stron umowy. Mimo możliwości przerzucenia znacznego ryzyka na wykonawcę zamawiający powinni dążyć do przygotowania umowy, która nie tylko zabezpieczy ich interesy, ale będzie także odpowiedzią na potrzeby rynku. Zbyt rygorystyczne postanowienia umowy mogą doprowadzić do niezrealizowania inwestycji lub niezrealizowania jej w oczekiwanym przez zamawiającego terminie.

Jeśli Zamawiający zmieni wysokość kar umownych dla wykonawcy to analogicznie i dla Zamawiającego w celu zachowania równowagi stron.

Odpowiedź na pytanie nr 5:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów umowy.

Treść pytania nr 6:

Prosimy o potwierdzenie, że cena ryczałtowa, o której mowa w projekcie umowy pozostaje stała w zakresie robót ujętych w dokumentacji załączonej do SIWZ, natomiast nie obejmuje robót tam nieprzewidzianych, a ponadto, iż obowiązek uwzględnia w wynagrodzeniu wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy dotyczy wyłącznie kosztów możliwych do oszacowania na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji, nie obejmuje zaś kosztów niemożliwych do przewidzenia na etapie oferowania, w szczególności wynikających z błędów/braków od wskazanych w dokumentacji warunków gruntowych, wodnych, archeologicznych, ujawnia się nie zinwentaryzowanych lub błędnie zinwentaryzowanych instalacji podziemnych itp., oraz że w przypadku konieczności wykonania robót wynikających z zaistnienia ww okoliczności wykonawca otrzyma wynagrodzenie dodatkowe.

Zwracamy uwagę, iż chociaż zgodnie z art. 632 k.c. "Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac", to jednak należy pamiętać, iż rozmiar i koszt prac, o których mowa w treści i tego przepisu, dotyczy wyłącznie rozmiaru prac ujętych w dokumentacji przetargowej oraz kosztów możliwych do oszacowania na podstawie dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji oraz odbytej wizji lokalnej, nie obejmuje zaś kosztów robót, których wykonanie okazało się konieczne w celu realizacji przedmiotu zamówienia wskutek zaistnienia okoliczności niemożliwych wcześniej do przewidzenia. Rozszerzenie zakresu zamówienia o roboty nieprzewidziane w dokumentacji projektowej lub koszty niemożliwe do wyceny na etapie oferowania byłoby sprzeczne z art. 140 ust. 3 Pzp w związku z art. 58 § 1 KC, jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Prace nieprzewidziane w dokumentacji projektowej nie stanowią, bowiem przedmiotu zamówienia objętego ceną oferty. Zwracamy uwagę, że na etapie oferowania żaden wykonawca nie ma możliwości zweryfikowania dokumentacji projektowej i terenu budowy w takim stopniu, aby móc ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku realizacji robót, jak również nie ma obiektywnej możliwości i wykluczenia wystąpienia nieprzewidzianych warunków terenu budowy. W związku z powyższym, wycena wszelkich utrudnień, które mogą zajść w toku realizacji umowy nie jest możliwa. Zobowiązanie Wykonawcy do uwzględnienia w cenie, (bo do tego *de facto* sprowadza się postanowienie o

braku dodatkowego wynagrodzenia) wszelkich utrudnień związanych z realizacją zadania byłoby sprzeczne z art. 140 ust. 3 Pzp w związku z art. 58 § 1 KC, jako wykraczające poza określenie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. w wyroku w sprawie KIO/UZP 184/10), która stwierdziła jednoznacznie, że przerzucanie na wykonawcę całego ryzyka gospodarczego wynikającego z błędów i braków dokumentacji projektowej jest niedopuszczalne. W powyższym wyroku Izba stwierdziła m.in., iż ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji projektowej, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 ustawy Pzp na roboty dodatkowe.

Odpowiedź na pytanie nr 6:

Cena ryczałtowa pozostaje stała w zakresie robót ujętych w dokumentacji projektowej, szczegółowych specyfikacjach technicznych oraz w formularzu cenowym załączonym do SIWZ, nie obejmuje robót tam nieprzewidzianych.

Zmiana wynagrodzenia została uregulowana w art. 144 ust 1 Ustawy Pzp., który stanowi, że w przypadku wystąpienia dodatkowych robót budowlanych nieobjętych zamówieniem podstawowym, które będą niezbędne do realizacji zamówienia i zostaną spełnione łącznie warunki określone w art. 144 ust. 1 Ustawy Pzp. jest możliwość zmiany wynagrodzenia.

Treść pytania nr 7:

Wnosimy o wprowadzenie dodatkowych zapisów do projektu umowy:

Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy (oprócz przypadków określonych w przepisach Kodeksu Cywilnego) w przypadku, gdy Zamawiający:

- nie uregulował w terminie wskazanym w umowie zobowiązań finansowych wobec Wykonawcy
- zawiadomi Wykonawcę, iż wobec zaistnienia uprzednio nieprzewidzianych okoliczności nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań umownych wobec Wykonawcy.

Odpowiedź na pytanie nr 7:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie ww. zmian do umowy.

Treść pytania nr 8:

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający załączył do SIWZ całą dokumentację projektową i techniczną potrzebną do wykonania przedmiotu zamówienia oraz że dokumentacja ta jest kompletna i odzwierciedla stan faktyczny w zakresie warunków realizacji zamówienia, zaś brak jakichkolwiek dokumentów istotnych dla oceny warunków realizacji inwestycji nie obciąża Wykonawcy.

Odpowiedź na pytanie nr 8:

Zamawiający potwierdza że załączył do SIWZ kompletną dokumentację techniczną dotyczącą inwestycji pn. „Budowa hali sportowo – widowiskowej przy ulicy Zarzecze 26 w Suwałkach.”

Treść pytania nr 9:

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dysponuje wszelkimi wymaganymi prawem decyzjami administracyjnymi oraz uzgodnieniami niezbędnymi w celu wykonania zamówienia, które zachowują ważność na okres wykonania zadania, a skutki ewentualnych braków w tym zakresie nie obciążają Wykonawcy.

Odpowiedź na pytanie nr 9:

Zamawiający informuje że dla inwestycji pn. „Budowa hali sportowo – widowiskowej przy ulicy Zarzecze 26 w Suwałkach.” dysponuje decyzją pozwolenia na budowę NR 43/2017 z

dnia 03.03.2017r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego o pozwoleniu na budowę znak AGP.6740.50.2017.GM.

Treść pytania nr 10:

Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku napotkania na niezainwentaryzowane lub błędnie zainwentaryzowane instalacje podziemne, w stosunku do stanu wynikającego z dokumentacji projektowej załączonej do SIWZ i stanowiącej podstawę wyceny oferty, w przypadku konieczności dokonania ich przebudowy lub naprawy, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie dodatkowe, a termin wykonania zamówienia ulegnie stosownemu wydłużeniu.

Treść pytania nr 11:

Prosimy o potwierdzenie, że przypadku napotkania na niewybuchy, niewypały lub obiekty o znaczeniu historycznym, będzie to skutkowało stosownym przedłużeniem terminu wykonania zamówienia, co najmniej o czas, w którym wykonawca nie mógł realizować robót, a w przypadku konieczności wykonania robót nieprzewidzianych w dokumentacji załączonej do SIWZ na skutek zaistnienia ww. okoliczności, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie dodatkowe.

Treść pytania nr 12:

Prosimy o potwierdzenie, iż w przypadku stwierdzenia odmiennych od wskazanych w dokumentacji warunków geologicznych lub gruntowo-wodnych, w szczególności w przypadku konieczności wykonania robót odwodnieniowych lub ziemnych w zakresie przekraczającym zakres przyjęty do wyceny oferty na podstawie załączonej do SIWZ dokumentacji, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie dodatkowe, a termin wykonania zamówienia ulegnie stosownemu wydłużeniu.

Odpowiedź na pytania 10-12

Zamawiający dokonał modyfikacji w § 13 Umowy i przewidział przedłużenie terminu realizacji zamówienia ww. przypadkach.

Warunki zmiany wynagrodzenia zostały uregulowane w art. 144 ust 1 Ustawy Pzp.

Treść pytania nr 13:

Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku wystąpienia braków lub błędów w zakresie opisu przedmiotu zamówienia określonego w dokumentacji załączonej do SIWZ i stanowiącej podstawę wyceny oferty, w przypadku konieczności wykonania robót wynikających z zaistnienia ww. okoliczności Wykonawca otrzyma wynagrodzenie dodatkowe, a termin wykonania zamówienia ulegnie stosownemu wydłużeniu.

Odpowiedź na pytanie nr 13:

Zamawiający w §13 projektu umowy wymienił wszystkie przesłanki dotyczące zmiany umowy w tym realizacji robót dodatkowych przez Wykonawcę.

Treść pytania nr 14:

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający udostępnił Wykonawcom wszelkie niezbędne dane mogące mieć wpływ na ryzyko i okoliczności realizacji przedmiotu umowy. Prosimy również o potwierdzenie, że Zamawiający udostępnił Wykonawcom wszelkie dane dotyczące urządzeń podziemnych i ich lokalizacji, zaś brak jakichkolwiek dokumentów lub danych w tym zakresie bądź ujawnienie się stanu odmiennego od wskazanego w przekazanych przez Zamawiającego dokumentach - w przypadku, gdy na skutek takiej sytuacji niezbędne będzie wykonanie robót dodatkowych (nieobjętych dokumentacją projektową) stanowić będzie podstawę do wydłużenia terminu realizacji oraz zapłaty wynagrodzenia dodatkowego.

Odpowiedź na pytanie nr 14:

Zamawiający informuje, że udostępnił Wykonawcom wszelkie posiadane przez siebie dane niezbędne do realizacji robót.

Treść pytania nr 15:

Prosimy o potwierdzenie, że data zgłoszenia przez wykonawcę gotowości do odbioru jest równoznaczna z terminem wykonania przedmiotu umowy.

W przypadku wykonania przedmiotu umowy, powyższy zapis daje możliwość w trakcie spisywania protokołu odbioru końcowego uznania umowy za wykonaną w wyznaczonym terminie oraz pozwala na uniknięcie zarzutu zwłoki wykonawcy w sytuacji, gdy rzeczywistym powodem przekroczenia terminu są czynności odbioru albo odraczanie odbioru pod bezzasadnym zarzutem istnienia wad lub usterek wykonanych robót lub nieobecności przedstawicieli komisji.

Podobne stanowisko zajął Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 18 kwietnia 2013 roku (sygn. I FSK 943/12) - Wykonanie usługi następuje w momencie faktycznego zakończenia prac i zgłoszenia tego faktu inwestorowi z wezwaniem go do odbioru prac. Natomiast samo sporządzenie protokołu zdawczo-odbiorczego stanowi jedynie potwierdzenie wykonania usługi.

Odpowiedź na pytanie nr 15:

Termin zakończenia zamówienia oznacza faktyczne zakończenie robót, zgłoszone przez Kierownika budowy w dzienniku budowy i potwierdzone przez Nadzór Inwestorski.

Z up. PREZYDENTA
Marcin Klimczyk
SEKRETARZ MIASTA

NACZELNIK
Wydziału Zamówień Publicznych
Dorota Zwolińska
mgr *Dorota Zwolińska*