

Znak sprawy: PZP.271.2.2015
Dotyczy: **Wyjaśnienie do SIWZ**

Informuję, że w dniu 10.09.2015r. wpłynęło do zamawiającego zapytanie od FIRMY X dotyczące zapisów SIWZ w prowadzonym postępowaniu o zamówienie publiczne na wykonanie robót budowlanych „Przebudowa nawierzchni drogi w m. Stara Kopernia- etap II”.

Treść zapytania (wniosku) nr 1

Dotyczy Projektu Umowy – § 5 ust.10

Prosimy Zamawiającego o usunięcie powyższej jednostki redakcyjnej jako całkowicie nie do pogodzenia z zasadą rozkładu obowiązków pomiędzy stronami. Ponadto zauważyć należy, że zgodnie z istotą umowy o roboty budowlane – po stronie Wykonawcy leży obowiązek wykonania prac budowlanych zaś po stronie Inwestora – Zamawiającego przedstawienie odpowiedniej dokumentacji umożliwiającej prowadzenie prac budowlanych wraz z niezbędnymi na potrzeby prac budowlanych pozwoleniami i zezwoleniami. Brak jest zatem podstaw do obciążania Wykonawcy ewentualnymi kosztami zajęcia pasa drogowego.

Wyjaśnienie nr 1 :

Zamawiający może dowolnie określać obowiązki Wykonawcy. Istotne jest tylko to, aby obowiązki te związane były z realizacją przedmiotu zamówienia.

W drodze umowy strony mogą określić, iż uzyskanie określonych zezwoleń oraz pozwoleń będzie spoczywało na Wykonawcy. Wbrew ocenie FIRMY X praktyka, iż na Wykonawcy spoczywa obowiązek uzyskania określonych pozwoleń lub zezwoleń, nie jest bardzo rzadka. Bardzo często zdarza się, iż w umowie obowiązek uzyskania określonego pozwolenia obciąża Wykonawcę, a nie Zamawiającego. Zatem nie ma podstaw do usunięcia § 5 pkt 10.

Treść zapytania (wniosku) nr 2

Dotyczy Projektu Umowy - § 9 ust. 9

Prosimy Zamawiającego o usunięcie powyższej jednostki redakcyjnej jako sprzecznej z zasadą równości stron. W ocenie Wykonawcy powyższy zapis stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego. Na etapie realizacji zamówienia mogą pojawić się warunki, które były niedoprzewidzenia na etapie projektowania, a które wymagać będą zastosowania np. zupełnie innej technologii, co z kolei związane będzie z koniecznością poniesienia przez Wykonawcę wyższych od planowanych kosztów. Powyższe koszty nie mogą obciążać tylko jednej ze stron projektowanego stosunku prawnego.

Wyjaśnienie nr 2 :

Jak zostało to wskazane wyżej, Zamawiający może skonstruować zapisy umowy, w taki sposób, aby należycie zabezpieczyły one jego interesy. Zarzut wykorzystywania pozycji dominującej jest zatem chybiony, gdyż zapisy te muszą uwzględniać interesy Zamawiającego, a nie Wykonawcy. Ten ostatni powinien tak sporządzić swoją ofertę, aby wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w tym potrzebę wykonania robót zamiennych. Czyli nie ma podstaw do usunięcia § 9 ust. 9.

Treść zapytania (wniosku) nr 3

Dotyczy Projektu Umowy - § 11 ust. 2 punkt 2

Odpowiednią zmianę wyżej wskazanej jednostki redakcyjnej poprzez przyznanie prawa do dochodzenia kary umownej w wysokości analogicznej jak zastrzeżonej na tą okoliczność dla Zamawiającego tj. 25% . wynagrodzenia umownego za przedmiot umowy. Dotychczasowe brzmienie przedmiotowej jednostki redakcyjnej uprawniającej do kary umownej we wskazanej wysokości wyłącznie dla Zamawiającego uznać należy za jednostronne i istotnie godzące w zasadę równowagi stron projektowanego stosunku prawnego i faktycznie stanowi nadużycie pozycji Zamawiającego względem Wykonawcy, które nie ma żadnego celu w ochronie interesu Zamawiającego do którego powołane zostały normy prawa zamówień publicznych.

Wyjaśnienie nr 3 :

Zgodnie z § 11 ust. 2 pkt 2 projektu umowy Wykonawca płaci Zamawiającemu karę umowną za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym lub odbiorze gwarancyjnym - w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego za wykonany przedmiot odbioru za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad; w razie zwłoki w usunięciu wad w terminie dodatkowym kara ulega podwyższeniu o 100% licząc od dnia upływu terminu dodatkowego. Natomiast FIRMA X domaga się, aby tożsamy zapis został przyznany na jej korzyść. Jest to niemożliwe z przyczyn oczywistych.

Przecież wady te może usunąć tylko Wykonawca. W związku z czym w jaki sposób można naliczyć Zamawiającemu kary umowne z tego powodu, skoro on nie usuwa żadnych wad.

Prawdopodobnie FIRMA X wskazując swoje zastrzeżenia, miała na uwadze inny zapis projektu umowy. Jednakże zacytowała § 11 ust. 2 pkt 2 projektu umowy. Zamawiający nie ma natomiast obowiązku ustalać, o jaki faktycznie zapis projektu umowy chodziło Wykonawcy. Przyjąć zatem należy, iż FIRMA X miała na celu zmianę § 11 ust. 2 pkt 2 projektu umowy. Jednakże zapis ten w żaden sposób, nie może zostać zmieniony, ani inaczej skonstruowany, aby przewidywał kary umowne dla Wykonawcy z powodu nie usunięcia wad przez Zamawiającego, gdyż na tym ostatnim nie ciąży obowiązek usuwania żadnych wad.

Treść zapytania (wniosku) nr 4

Dotyczy Projektu Umowy - § 11 ust.2 punkt 3

Prosimy Zamawiającego o usunięcie jednostki redakcyjnej uprawniającej Zamawiającego do zapłaty kary umownej w przypadku przerwy w realizacji robót. Określenie powyższych podstaw zapłaty kary umownej nie znajduje bowiem żadnego uzasadnienia zarówno w interesie publicznym, do którego ochrony powołane są normy prawa zamówień publicznych, jak i w charakterze projektowanej inwestycji. Wykonawca bowiem zobowiązuje się do wykonania określonego obiektu w ściśle określonym terminie. W toku realizacji inwestycji może natomiast dość do uzasadnionego przestoju w pracach – np. awarii sprzętu, która skutkować będzie wstrzymaniem robót na określony czas bez jednak wpływu na możliwość dotrzymania ostatecznego określonego przez Zamawiającego terminu. W przypadku natomiast jego nie dotrzymania Zamawiający stosowną przewidział karę umowną. Brak jest przez to uzasadnienia do obciążania karą umowną w przypadku przerwy w realizacji prac – która można rozumieć bardzo szeroko.

Wyjaśnienie nr 4 :

§ 11 ust. 2 pkt 3 projektu umowy ma na celu zabezpieczenie interesów Zamawiającego w postaci wykonywania umowy przez Wykonawcę. Nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż Wykonawca może mieć przestoje w wykonywaniu umowy, jeżeli przestoje te nie będą miały wpływu na termin wykonania umowy.

Dodatkowo nie można się zgodzić z twierdzeniem, iż przestoje w realizacji robót nie są sprzeczne z interesem publicznym. Pamiętać należy, iż termin wykonania umowy, jest granicznym momentem, w którym Wykonawca może wykonać umowę. Wykonawca może tą umowę wykonać wcześniej. Co też leży w interesie publicznym, gdyż im szybciej zostaną wykonane roboty, tym szybciej przedmiot zamówienia będzie eksploatowany.

W związku z czym brak jest podstaw do usunięcia kary umownej opisanej w § 11 ust. 2 pkt 3 projektu umowy, gdyż jej usunięcie, dawałoby przyzwolenie de facto Wykonawcy, na przestoje w robotach. Na co nie ma zgody.

Treść zapytania (wniosku) nr 5

Dotyczy Projektu umowy - § 12 ust. 3 punkt 1a

Wykonawca prosi o wyjaśnienie znaczenia powyższej jednostki redakcyjnej i potwierdzenie, że odmowa dokonania odbioru odnosi się tylko i wyłącznie do takich wad, które uniemożliwiają eksploatację przedmiotu umowy, zgodnie z jego przeznaczeniem, zaś istnienie drobnych usuwalnych nie będzie stanowić podstawy do odmowy odbioru przedmiotu umowy i uznania, że Wykonawca nie wykonał przedmiotu umowy w ustalonym terminie - a w konsekwencji do naliczenia mu kar umownych. Zgodnie, bowiem z powszechnie obowiązującym poglądem w panującym w orzecznictwie jak i nauce prawa, tylko istnienia wad istotnych tj. uniemożliwiający eksploatację przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem stanowić może podstawę do odmowy dokonania odbioru.

Wyjaśnienie nr 5 :

Należy potwierdzić, iż § 12 ust. 3 pkt 1 ppkt a) projektu umowy dotyczy wyłącznie wad istotnych, które uniemożliwiają eksploatację przedmiotu umowy, zgodnie z jego przeznaczeniem.

Treść zapytania (wniosku) nr 6

Dotyczy Projektu Umowy - § 16 ust. 1 punkt 5

Prosimy Zamawiającego o usunięcie jednostki redakcyjnej uprawniającej Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku przerwy w realizacji robót. Określenie powyższych podstaw odstąpienia nie znajduje bowiem żadnego uzasadnienia zarówno w interesie publicznym, do którego ochrony powołane są normy prawa zamówień publicznych, jak i w charakterze projektowanej inwestycji. Wykonawca bowiem zobowiązuje się do wykonania określonego obiektu w ściśle określonym terminie. W toku realizacji inwestycji może natomiast dość do uzasadnionego przestoju w pracach – np. awarii sprzętu, która skutkować będzie wstrzymaniem robót na określony czas bez jednak wpływu na możliwość dotrzymania ostatecznego określonego przez Zamawiającego terminu. W przypadku natomiast jego nie dotrzymania Zamawiający stosowną przewidział kare umowną. Brak jest przez to uzasadnienia do odstąpienia od umowy w przypadku przerwy w realizacji prac – która można rozumieć bardzo szeroko.

Wyjaśnienie nr 6 :

W myśl § 16 ust. 1 pkt 5 projektu umowy Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy gdyby Wykonawca przerwał realizację robót i przerwa ta trwała dłużej niż 1 miesiąc. Z zapisu tego wynika, iż aby Zamawiający mógł odstąpić od umowy, przerwa w wykonywaniu robót musi być bardzo długa i wynosić aż jeden miesiąc. Firma X jako podstawę do usunięcia tego zapisu, przytacza przykład, gdy prace nie mogą być wykonywane, gdyż ulegnie popsuciu sprzęt, potrzebny do realizacji robót.

Trudno sobie wyobrazić sytuację, aby z tego powodu tak długo Wykonawca nie wykonywał robót. To na Wykonawcy ciąży obowiązek nieprzerwanego realizowania robót. Zatem jeżeli Wykonawca nie może kontynuować robót z powodu usterek sprzętu, to powinien zdobyć zastępczy sprzęt, który umożliwiłby mu dalsze wykonywanie robót.

Fakt, iż Zamawiający przewidział również kary umowne z tytułu przerwy w wykonywaniu robót przez Wykonawcę, jest bez znaczenia. Kary umowne jak również możliwość odstąpienia od umowy, są uprawnieniami Zamawiającego, z których może skorzystać, a nie musi. W związku z czym brak jest podstaw do twierdzenia, iż skoro Zamawiający przewidział kary umowne, to nie może przewidzieć w umowie z tego samego powodu prawa do odstąpienia. Zamawiający może wybrać jedno z tych uprawnień, tj. albo nałożyć na Wykonawcę karę umowną lub odstąpić od umowy. Jak również może nie skorzystać z żadnego z tych uprawnień. Co jednak nie przeszkadza, aby Zamawiającemu przysługiwałyby takie alternatywne uprawnienia.

Ponadto Firma X jest niekonsekwentna. W punkcie 4 wystąpiła do Zamawiającego z prośbą o usunięcie kar umownych z tytułu przestoju.

Natomiast obecnie wnosi o usunięcie prawa do odstąpienia przez Zamawiającego, argumentując, iż przestój w pracach Wykonawcy jest już obłożony karami umownymi. Co też dowodzi braku należytego przemyślenia argumentów, które uzasadniałyby usunięcie § 16 ust. 1 pkt 5 projektu umowy.

Treść zapytania (wniosku) nr 7

Prosimy o wprowadzenie zmian w zapisach w ST w zakresie wolnej przestrzeni próbek betonu asfaltowego (AC 11 S 50/70) pobranych z drogi z warstwy ścieralnej (próbki rdzenie z drogi) oraz ich określenie na poziomie 2,0-5,0%. Obecny zapis dotyczący zawartości wolnej przestrzeni wynoszący 3,0-5,0% nie uwzględnia wymagań na etapie projektowania MMA, w którym ten zakres dla próbek formowanych w laboratorium mieści się pomiędzy 2,0 a 4,0%. Przy uwzględnieniu zagęszczenia na poziomie 98% górny poziom wolnej przestrzeni powinien być przesunięty do 5,0% - co uwzględniono w SST. Nie wiadomym natomiast jest, dlaczego ograniczono wolną przestrzeń od dołu, tj. 3,0%. Taki zapis oznacza, że wykonawca nie może dogęszczać mieszanki do 100%. W praktyce oznacza to ograniczanie trwałości zmęczeniowej warstwy, która wzrasta wraz z gęstością objętościową (i maleje ze wzrostem wolnej przestrzeni). W konsekwencji może dojść do szybszego zniszczenia warstwy na skutek spękań zmęczeniowych.

Wyjaśnienie nr 7 :

Zamawiający podtrzymuje wymagania ST w zakresie wolnych przestrzeni dla mieszanki MMA AC11S, które wynoszą odpowiednio dla kategorii KR1-KR2: od 2 do 4% przy projektowaniu mieszanki oraz od 1,5 do 4% dla badań powykonawczych ułożonej mieszanki.

Wójt Gminy Żagań