

Ożarowice, dnia 9 grudnia 2022 r.

Gmina Ożarowice
ul. Dworcowa 15
42-625 Ożarowice

ZPIZ.271.17.2022

**Wykonawcy ubiegający się
o udzielenie zamówienia**

WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia „**Przebudowa drogi gminnej nr 687039S (ul. Zubrza, ul. Kolejowa, ul. Wolności) w Gminie Ożarowice – w formule zaprojektuj i wybuduj**”

Zamawiający działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”) udostępnia treść zapytań Wykonawców oraz wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

Pytania nr 1

1. § 2 ust. 1 pkt 3:

Pytanie: „Zważywszy na wiele niezależnych od Wykonawcy czynników determinujących termin wykonania umowy, Wykonawca postuluje ustalenie terminu końcowego wykonania umowy w taki sposób, by Wykonawca nie mógł być obciążony odpowiedzialnością za ich niedotrzymanie oraz by nie istniała konieczność ubiegania się przez Wykonawcę o zawarcie aneksu terminowego do umowy. Zmiany powinny polegać w szczególności na tym, że termin na wykonanie robót budowlanych powinien biec od daty uzyskania przez Wykonawcę pozwolenia na budowę, w miejsce z góry narzuconej daty kalendarzowej.

W związku z powyższym Wykonawca postuluje wprowadzenie zmian w tym zakresie.

2. § 4 ust. 7:

Pytanie: czy uprawnienia opisane w tym zapisie Zamawiający może realizować dowolnie? Wykonawca postuluje ustalenie kolejności korzystania przez Zamawiający z tych uprawnień, w szczególności poprzez wyznaczenie Wykonawcy terminu na usunięcie wad lub braków, a dopiero w dalszej kolejności zlecenie usunięcia wad podmiotowi trzeciemu.

3. § 4 ust. 10 i 11:

Pytanie: Z uwagi na ujęcie czynności w ramach nadzoru autorskiego w wynagrodzeniu za prawidłowe wykonanie umowy, Wykonawca na podstawie art. 99 ust. 1 p.z.p. zwraca się z

wnioskiem o precyzyjne określenie ilości i zakresu czynności, jakie mieszczą się w pierwotnie ustalonym wynagrodzeniu, a jakie będą podlegać dodatkowemu wynagrodzeniu (np. na ilu spotkaniach i naradach technicznych ma brać udział wykonawca). Dowolność w tym zakresie stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. i nie pozwala Wykonawcy na skalkulowanie oferty.

4. § 16 ust. 1:

Pytanie: W celu zachowania równowagi stron Wykonawca wnosi o dodanie zapisu, zgodnie z którym Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną za odstąpienie od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego – w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto; Brak jest przesłanek dla tak rażącej dysproporcji w uprawnieniach stron i ustanowienie kar umownych wyłącznie na korzyść Zamawiającego.

5. § 16 ust. 6:

Pytanie: Z uwagi na niedopuszczalność łączenia kar umownych za odstąpienie od umowy z innymi karami (np. za zwłokę) wykonawca postuluje usunięcie tego zapisu, celem uniknięcia niepotrzebnych sporów sądowych w tym zakresie.

6. § 17 ust. 2 pkt 1 lit. b:

Pytanie: W orzecznictwie KIO kwestionuje się możliwość wprowadzania w umowach ogólnych klauzul uprawniających Zamawiającego do swobodnego ograniczania zakresu robót (zob. Sygn. akt: KIO 1372/15, wyrok z dnia 22 lipca 2015 r.: „W sytuacji, w której Zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Tymczasem zawarte w ofercie zobowiązanie wynika z treści SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia. Zakres przedmiotu zamówienia opisany przez Zamawiającego w SIWZ w sposób jednoznaczny stanowi podstawę złożenia oferty przez wykonawcę i takiego też zakresu realizacji zamówienia wykonawca oczekuje w toku wykonania zamówienia, za co przysługuje mu określone w treści umowy wynagrodzenie.

Jeśli zatem Zamawiający w niczym nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe – w ocenie Izby – czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznaczny. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty. Zamawiający zatem powinien tak opisać w SIWZ zasady związane z likwidacją jednostek, gdzie usługa stanowiąca przedmiot zamówienia ma być świadczona, aby określić granice ryzyka wykonawcy uzasadnienie charakterem przedmiotu zamówienia i wynikające z nakładów, które wykonawca musi ponieść w związku z określonym pierwotnie w SIWZ zakresem przedmiotu zamówienia”.

Mając na uwadze przytoczone orzecznictwo Wykonawca postuluje wprowadzenie enumeratywnego katalogu zdarzeń (uzasadnionych z technicznego punktu widzenia), po zaistnieniu których Zamawiający będzie uprawniony do zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy. W szczególności wykonawca wnosi o wykreślenie sformułowania „w szczególności” z katalogu przesłanek uprawniających do zmiany umowy.

7. § 18 ust. 3:

Pytanie: czym kierował się Zamawiający, ustalając, że Wykonawca będzie uprawniony do uzyskania wyższego wynagrodzenia jedynie do wysokości 50% wzrostu kosztów i cen materiałów? Tak duże ograniczenie może nie uchronić Wykonawcy przed poniesieniem rażącej straty w przypadku znacznego wzrostu kosztów, w związku z czym Wykonawca postuluje usunięcie tego zapisu.

8. § 18 ust. 7:

Pytanie: Ponieważ obowiązek zapewnienia waloryzacji w przypadku wzrostu kosztów i cen materiałów wynika wprost z przepisów p.z.p. (art. 439), Wykonawca postuluje wyłączenie tej waloryzacji z limitu ustalonego w tym zapisie. W przeciwnym razie zapisy dotyczące waloryzacji są w praktyce martwe, nie spełniają podstawowego celu i w żadnej mierze nie zapewniają ochrony interesu Wykonawcy, narażając go na poniesienie straty.

9. §19 ust. 1 pkt 6:

Pytanie: W ocenie Wykonawcy ten zapis jest sprzeczny z art. 465 ust. 7 p.z.p., zgodnie z którym konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy. Trzykrotne dokonanie bezpośredniej płatności nie może być uznane za „wielokrotne” – w ocenie Wykonawcy dopiero 10-krotna bezpośrednia zapłata spełnia ustawową przesłankę odstąpienia od umowy. Wykonawca postuluje więc dokonanie zmiany zapisu w tym zakresie.

Odpowiedzi

1. Termin uzyskania pozwolenia na budowę, z wyjątkiem terminów administracyjnych, jest zależny wyłącznie od Wykonawcy. Jednocześnie, jeżeli termin uzyskania pozwolenia na budowę zostanie wydłużony z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, w szczególności będzie następstwem działania organów administracji publicznej, termin realizacji zamówienia zostanie wydłużony.
2. Zamawiający będzie mógł skorzystać z uprawnień wskazanych w pkt 2-4, jeżeli Wykonawca nie będzie wywiązywał się ze swoich zasadniczych obowiązków, w szczególności z powodu braku usunięcia wad w wyznaczonym terminie.
3. Zamawiający zaznacza, że zamówienie jest realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w związku z czym częstotliwość i zakres wykonywania czynności nadzoru autorskiego są zależne wyłącznie od Wykonawcy i jakości opracowanej przez niego dokumentacji projektowej. W przypadku niedopracowanej dokumentacji opracowanej przez Wykonawcę przejmie on na siebie ryzyko częstszego wykonywania czynności nadzoru autorskiego, natomiast Zamawiający nie będzie ponosił dodatkowych kosztów z winy leżącej po stronie Wykonawcy. Mając na uwadze, że Zamawiający wymaga pełnienia nadzoru autorskiego w minimalnym stopniu niezbędnym do zrealizowania inwestycji i jest to koszt pośredni, opis przedmiotu zamówienia jest wyczerpujący.
4. Zamawiający podtrzymuje zapisy Umowy.
5. Zamawiający podtrzymuje zapisy Umowy. Zamawiający zauważa, że wszystkie kary dotyczą różnych zaniechań, a jednocześnie określono limit kar umownych.
6. Zamawiający zaznacza, że zmiana, o której mowa w § 17 ust. 2 pkt 1 lit. b w związku z § 17 ust. 7, nie dotyczy możliwości jednostronnego ograniczenia zakresu zamówienia, o której mowa w art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Jest zatem zgodna z ustawą Pzp. Zamawiający podtrzymuje zatem zapis umowy.
7. Zamawiający zaznacza, że zmiana wynagrodzenia następuje na podstawie wskaźnika wzrostu cen, przy czym Zamawiający nie może ponosić całkowitego kosztu zmiany sytuacji gospodarczej. Podkreślić przy tym należy, że ograniczenie działa dwustronnie. Określenie współczynnika elementu niewaloryzowanego jest w pełni zasadne.
8. Przedmiotowy zapis jest wymagany na podstawie art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, dlatego też zostaje podtrzymany.
9. Mając na uwadze, że zaistniała sytuacja nie powinna występować w ogóle, procedura kontroli zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom została określona w umowie, a jednocześnie, że wyraz „wielokrotnie” użyty w art. 465 ust. 7 ustawy Pzp nie ma swojej

ustawowej definicji, Zamawiający zmienia § 19 ust. 1 pkt 6 projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że otrzymuje brzmienie:

„wystąpiła konieczność pięciokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o której mowa w § 10 ust. 18, lub konieczności dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości Umowy”

Z upoważnienia

(-) Monika Brenza

Zastępca Wójta Gminy Ożarówice