

Świerzno, 07.07.2016 r.

Zamieszczono na stronie internetowej Gminy Świerzno: www.bip.swierzno.pl

Dotyczy przetargu nieograniczonego „Przebudowa drogi gminnej oraz remont zjazdów i przepustów na odcinku Gostyń-Dąbrowa w kierunku Redlin”

Numer ogłoszenia: 99193 - 2016; data zamieszczenia: 22.06.2016

Wyjaśnienie nr 2 dotyczące SIWZ

Działając w trybie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) informuję o otrzymaniu od wykonawców zapytań dotyczących SIWZ.

1. Dotyczy Specyfikacji Technicznej

Prosimy Zamawiającego o zamieszczenie na stronie www. następującej Specyfikacji Technicznej:

- D-02.03.01c odnoszącej się do geowłókniny;
- D-05.03.26a warstwa przeciwspekaniowa.

2. Dotyczy lokalizacji

Prosimy Zamawiającego o wskazanie na mapie poglądowej lokalizacji przebudowywanego odcinka drogi.

3. Dotyczy umowy o roboty budowlane - § 3 ust. 4 projektu umowy.

Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie że wystąpienie przez niego o stosowne pozwolenie na użytkowanie nastąpi niezwłocznie po dokonaniu odbioru zadania.

4. Dotyczy umowy o roboty budowlane – § 7 ust. 4 projektu umowy.

Prosimy Zamawiającego o wyjaśnienie znaczenia powyższej jednostki redakcyjnej i potwierdzenie, że podstawą do odmowy dokonania odbioru będzie wystąpienie wad o charakterze istotnym tj. takich wad, które uniemożliwiają eksploatację przedmiotu umowy, zgodnie z jego przeznaczeniem, zaś istnienie drobnych usuwalnych wad nie będzie stanowił podstawy do odmowy odbioru przedmiotu umowy i wystawienia związanej z tymi czynnościami fakturami VAT. Dodatkowo zwracamy uwagę Zamawiającego zgodność powyższego zapytania z powszechnie ugruntowanym poglądem tak judykatury jak i nauki prawa, w zakresie zasad odbioru i rozliczania robót budowlanych, zgodnie z którym przystąpienie do odbioru i brak wad istotnych skutkuje koniecznością odbioru częściowego lub całkowitego obiektu i zapłaty przez Inwestora wynagrodzenia. Usunięcie w pełni usuwalnych wad następuje natomiast w ramach odrębnego uprawnienia Zamawiającego (Inwestora) związanego z rękojmią za wady i gwarancją jakości (vide np. wyrok Sadu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 9.07.2013 r. sygn. akt. V A Ca 332/13 LEX nr 1356526).

5. Dotyczy umowy o roboty budowlane – § 9 ust. 4 projektu umowy.

Prosimy Zamawiającego o zmianę brzmienie ww. jednostki redakcyjnej poprzez przyjęcie terminu dla usunięcia wad 14 dni lub innym terminie uzgodnionym przez strony. Zasadność zmiany powyższej jednostki redakcyjnej winniką z obiektywnych względów niezależnych często ani od wykonawcy ani też od Zamawiającego. Na przeszkodzie bowiem w usunięciu ww. usterek stanąć mogą bowiem przesłanki związane z niesprzyjającymi warunkami środowiskowymi czy też zapewnieniem należytego okresu związanego z procesem naprawczym i obowiązującą w tym zakresie technologią. – z uwagi ponadto na charakter przedmiotowego zamówienia ustalone przez Zamawiającego terminy usunięcia awarii oraz pozostałych wad są technologicznie często niemożliwe do dotrzymania.

6. Dotyczy umowy o roboty budowlane – § 10 ust. 3 projektu umowy.

Prosimy Zamawiającego o usunięcie powyższej jednostki redakcyjnej jako pozostającej w całkowitej sprzeczności z zasadą równości iści stron a ponadto z przepisami prawa zamówień publicznych. Zarówno Kodeks Cywilny jak i ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazują okoliczności w których Zamawiający bądź Wykonawca mogą odstąpić od Umowy. Przyznanie Zamawiającemu jednostronnego prawa do rozwiązania umowy nie ma w związku z tym żadnego uzasadnienia prawnego i z uwagi na terminowy charakter przedmiotowej umowy jest wykluczony. Faktycznie z uwagi na sposób sformułowania przedmiotowej jednostki redakcyjnej przyznanie Zamawiającemu uprawnienia do jednostronnego rozwiązania umowy w każdej sytuacji gdy Zamawiający uzna że wykonawca

nie wywiązał się lub wywiązał się nienależycie jest uprawnieniem zbyt daleko idącym i nie znajduje uzasadnienia w interesie publicznym do którego ochrony powołany jest Zamawiający. Wymaga przez to wskazania, iż z uwagi na określenia kar umownych oraz możliwość dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania a także konieczność doręczenia przez Wykonawcę stosownego zabezpieczenia Zamawiający w sposób odpowiedni zabezpieczył swoje interesy w przypadku nie wywiązywania się lub nienależyciego wywiązywania się z Wykonawcy z warunków planowanej umowy.

7. Dotyczy umowy o roboty budowlane – § 10 ust. 4 projektu umowy.

Prosimy Zamawiającego o:

- odpowiednią zmianę wyżej wskazanej jednostki redakcyjnej poprzez przyjęcie jako podstawy do naliczenia kary umownej po stronie Zamawiającego okoliczności, za którą Zamawiający ponosi winę, tj. „zwłoki” w miejsce „opóźnienia”. Dotychczasowe sformułowanie skutkuje bowiem obciążeniem Wykonawcę lub Zamawiającego karami umownymi w sytuacji w której nieterminowe zobowiązania umownego jest skutkiem okoliczności za które nie ponosi on winy lub ewentualnie w przypadku braku zmiany przedmiotowej jednostki redakcyjnej prosimy o:

- wyjaśnienie znaczenia ww. jednostki redakcyjnej i potwierdzenie, że wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności w formie kar umownych za opóźnienia, które powstały z przyczyn całkowicie od niego niezależnych.

- obniżenie wysokości kary umownej za odstąpienie od umowy jak również za okoliczności wskazane w lit. d-e która w ocenie Zapytującego są rażąco wygórowane, i pozostają w sprzeczności z funkcją kar umownych.

8. Dotyczy oświadczenia o powiązaniach z pozostałymi członkami grupy kapitałowej

Wykonawca zwraca uwagę, iż oświadczenie jakiego wymaga Zamawiający w załączniku 4 ust. 4 do SIWZ jest niezgodne z ustawą PZP.

Wykonawca, który należy do grupy kapitałowej – co ma miejsce w większości dużych firm – nie jest w stanie przed złożeniem oferty wypełnić takiego oświadczenia ze względu na brak wiedzy czy jakkolwiek inny podmiot z jego grupy kapitałowej również zamierza złożyć ofertę w przetargu.

Ponadto zgodnie z ustawą PZP artykułem 24b ust. 1, to obowiązkiem Zamawiającego jest zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienia dotyczących powiązań pomiędzy przedsiębiorcami z jednej grupy kapitałowej. O takie wyjaśnienie Zamawiający zwraca się do Wykonawcy dopiero po otwarciu ofert.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o usunięcie niezgodnego z ustawą Pzpi zapisu punktu 4 z załącznika nr 4 do SIWZ- LISTA PODMIOTÓW NALEŻĄCYCH DO TEJ SAMEJ GRUPY KAPITAŁOWEJ, o treści:

4. Oświadczamy, że z pozostałymi członkami grupy kapitałowej, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu łączą nas następujące powiązania:
(akcje, udziały, umowy, najem, dzierżawa, itd.)

Odpowiedzi Zamawiającego:

Ad. 1 Wymienione specyfikacje zostały zamieszczone wraz z wyjaśnieniem nr 1 w dniu 07.07.2016 r.

Ad. 2 Lokalizacja przebudowywanego odcinka drogi wynika z dokumentacji technicznej zamieszczonej w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym (załącznik nr 8 do SIWZ).

Ad. 3 Zamawiający potwierdza, że wystąpi bez zbędnej zwłoki o stosowne pozwolenie na użytkowanie.

Ad. 4 Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza normalne ich wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Natomiast pozostałe wady świadczą tylko o nienależyтым wykonaniu zobowiązania. Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, odstąpienie od umowy, a co za tym idzie – rzutują na kwestię wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty, przy czym zważywszy na charakter robót budowlanych, gdy poszczególne roboty mają charakter robót oddzielnych, uprawnienia te odnoszą się tylko do tej części robót, do których wady się odnoszą. Wady zaś nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30.03.2006 r., I ACa 1900/05; podobnie wyrok SN z 07.03.2013, II CSK 476/12).

W oparciu o powyższe wyjaśnienie Zamawiający przychyła się do opinii Wykonawczy i informuje, że w § 7 ust. 4 projektu umowy dokonana zostanie stosowna zmiana zapisu.

Ad. 5 Zamawiający przyjmuje sugestie i wyjaśnienia zawarte w zapytaniu i informuje o dokonaniu zmiany zapisu w § 9 ust. 4 projektu umowy.

Ad. 6 Zamawiający informuje, że kwestionowany zapis dotyczący prawa Zamawiającego jednostronnego rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym zostanie usunięty z projektu umowy będącego załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Ad. 7 Zarówno zwłoka, jak i opóźnienie oznacza niewykonanie zobowiązania w terminie wynikającym z czynności prawnej (najczęściej ustalonym w umowie). Jednak pojęcie opóźnienia jest szersze od pojęcia zwłoki. Opóźnienie to każdy przypadek niewykonania zobowiązania w terminie, a zwłoka to szczególny przypadek opóźnienia jako działania lub zaniechania zawnionego.

Zamawiający pozostawia w projekcie umowy bez zmian zapisy dotyczące kar umownych z tytułu „opóźnienia”. Jednocześnie informuje o obniżeniu kar umownych zapisanych w § 10 ust. 4 lit. d i lit. e projektu umowy.

Ad. 8 W trybach, w których składa się oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, każdy wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. W przypadku niezłożenia w określonym terminie (w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert) - wraz z wnioskiem lub ofertą - listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, a także złożenia tej listy lub informacji zawierających błędy - zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawców do złożenia listy lub informacji w wyznaczonym terminie (art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d zdanie drugie). Wezwanie do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do złożenia tej samej listy albo informacji w trybie art. 26 ust. 3 nie jest dopuszczalne.

Wskazać bowiem należy, że zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 5 postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie natomiast do art. 24b ust 1 zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy.

Zgodnie z powyższym na etapie składania ofert Zamawiający może żądać od wykonawcy złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.


WÓJT
Krzysztof Atras