

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr OR.VII.272.19.2019 pn.
**„Przebudowa odcinka drogi powiatowej nr 3531S wykorzystywanej jako dojazd do gruntów rolnych
w gminie Krzyżanowice, sołectwie Bieńkowice, obrębie geodezyjnym Bieńkowice”.**

I. Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Informuję, iż zamawiający otrzymał pytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie w/w postępowania. Działając na podstawie art. 38 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), **przedstawiam poniżej treść zapytania wraz z wyjaśnieniami:**

Pytanie nr 1:

Z uwagi na podanie daty zakończenia realizacji w dacie, wnosimy o podanie daty podpisania umowy w celu oszacowania realności wykonania zadania.

Odpowiedź:

Zamawiający informuję, iż umowa zostanie podpisana w terminie związania z ofertą tj. do 30 dni od upływu terminu składania ofert.

Pytanie nr 2:

W przypadku odmowy na ww pytanie, wnosimy o zmianę powyższych zapisów jako niezgodnych z dotychczasową linią orzecznictwa KIO.

W treści wzoru umowy określili Państwo konkretną datę zakończenia robót, obarczając zwłokę karami, nie uzależniając zakończenia od konkretnego terminu rozpoczęcia robót.

Mając na względzie fakt, że nie jest możliwe ustalenie, kiedy zostanie podpisana Umowa po przeprowadzeniu postępowania, na co wpływ mają:

- możliwe odwołania,
- wezwania wykonawców do wyjaśnień oraz uzupełnienia,
- wezwania w sprawie rażąco niskiej ceny,
- czas niezbędny dla Zamawiającego do oceny niewiadomej liczby ofert, które zostaną złożone w postępowaniu, takie działanie jest niedopuszczalne
- możliwe wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą
- możliwa zmiana daty składania oferty.

Oprócz naruszenia ww. przepisów wskazujemy, iż taki sposób ustalania terminów naraża w sposób bezpośredni wykonawcę z którym podpiszą Państwo umowę na szkodę, która spowodowana może być niedotrzymaniem terminów umownych (karą umowną) podczas gdy składając ofertę Wykonawca, ani też Zamawiający nie ma możliwości precyzyjnego określenia czasu jaki będzie miał na realizację Zamówienia.

Podnoszone tu kwestie znalazły swoje odzwierciedlenie w licznych i jednoznacznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołu Arbitrów przy Prezesie UZP zgodnie z którym naruszenia przepisów Pzp o których mowa w piśmie mają wpływ na ważność zawieranej z wykonawcą Umowy. Stwierdzenie naruszeń w wyżej określonym zakresie może także w przypadku zamówień dofinansowywanych ze środków UE powodować naliczenie korekty finansowej, co jest nie bez znaczenia w niniejszej sprawie.

Mając na uwadze wyrok z dnia 25 czerwca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1123/10) „W przypadku zbyt późnego zakończenia postępowania, a precyzyjny termin jego zakończenia nie

jest możliwy do przewidzenia, chociażby ze względu na wnoszenie środków ochrony prawnej, może się okazać, że planowane do sporządzenia ceny ofertowej czynniki zbyt dalece zmieniają się i świadczenie przedmiotu zamówienia stanie się nieopłacalne dla wykonawcy. W związku z tym, przewidujący wykonawca będzie musiał zwiększyć koszty obliczane do oferty, co może wpłynąć na brak konkurencyjności jego oferty w stosunku do usługodawcy obecnie świadczącego zamawianą usługę".

Na szczególną uwagę zasługują tezy dotyczące wadliwości wyznaczenia terminu kalendarzowego skutkującego koniecznością unieważnienia postępowania postawione np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 54/10), gdzie Izba w sytuacji faktycznej analizowanej w sprawie uznała, że unieważnienie postępowania było konieczne i uzasadnione, ponieważ w przeciwnym wypadku zawarto by umowę o świadczenie niemożliwie, która jest nie ważna. Szywno określony termin w postępowaniu przede wszystkim nie daje pewności ogółowi wykonawców, co do możliwości świadczenia oraz stawia pod znakiem zapytania składanie ofert w postępowaniu. Oczywiście Zamawiający po fakcie może się bronić, że złożono oferty w postępowaniu, jednakże jest to wynikiem ryzyka, które w sposób nieuzasadniony zostało przez Zamawiającego przerzucone na wykonawcę. Na trudnym rynku zamówień publicznych wykonawca nie ma wyboru, bowiem nie składając ofert jego działalność może być skazana na likwidację.

Z powołanych wyżej względów wnosimy o dokonanie niezbędnej modyfikacji SIWZ przez wskazanie w liczbie dni kalendarzowych od daty podpisania umowy terminu wykonania prac dla danego postępowania, bez wskazania daty kalendarzowej jako określenia terminu zakończenia prac. Nawet jeśli wg opinii Zamawiającego planowany termin wykonania prac, np. z uwagi na nieskomplikowany charakter, jest możliwy do wykonania nawet w przypadku wydłużenia się procedury przetargowej to nadal stanowi niejednoznaczną informację dla wykonawców. Jak bowiem wskazano wyżej, termin realizacji jest istotnym elementem przy szacowaniu wartości oferty.

Odpowiedź:

Nie dotyczy – udzielono odpowiedzi na w/w pytanie.

Pytanie nr 3:

Wnosimy o zmianę z "opóźnienia" na zwłokę.

Wykonawca nie może odpowiadać za opóźnienia w dotrzymaniu terminów umownych zależne np. od Zamawiającego.

Na poparcie niniejszego stanowiska można wskazać wyrok SN z dnia z 17.06.2003 r. III CKN 122/01: "Kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania." W art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, które następuje przez zapłatę kary umownej, a w art. 484 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody. Ustawowe określenie "bez względu na wysokość poniesionej szkody" nie może być utożsamiane z określeniem "niezależnie od poniesienia szkody"

Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 roku, sygnatura akt II CSK 331 /2012 za opóźnienia, które są wynikiem złych warunków atmosferycznych w trakcie realizacji kontraktów na roboty budowlane nie powinna być naliczona kara umowna za ten okres. Z sentencji tego wyroku wynika, że zła pogoda wyłącza odpowiedzialność wykonawcy, skoro nie ma on z tego powodu możliwości ukończenia robót w terminie.

Odpowiedź:

Zamawiający informuję, iż nie dokonuje zmian w tym zakresie.

Pytanie nr 4 :

Wnosimy o zmianę wysokości kar do 0,1 % - która jest powszechnie przyjęta w tego typu zamówieniach i nie narusza zasady miarkowania kar umownych.

Wprawdzie możliwość dochodzenia kary umownej nie jest uzależniona wprost od wystąpienia szkody, jednak ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 9 kwietnia 2006 r., sygn. akt V CSK 34/06). Co więcej, Sąd Najwyższy podniósł, że oceniając, czy kara umowna jest rażąco wygórowana, czy nie, należy kierować się wysokością rzeczywiście poniesionej szkody (rozumianej szeroko jako wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania; tak m.in. SN w wyroku z 1 4 kwietnia 2005, sygn. akt II CK 626/04), a dokładniej - wysokością odszkodowania, jakie byłoby należne wierzycielowi na zasadach ogólnych. Wynika to z brzmienia art. 484 § 2 k.c., który odnosząc się do: rażąco wygórowanej kary, implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkodą a żadaną karą. I choć na etapie decydowania o tym, czy kara umowna się należy, czy nie, istnienia szkody poniesionej przez wierzyciela nie bierze się w ogóle pod uwagę (szkoda nie ma bowiem znaczenia dla ustalenia, czy kara się należy, czy nie), to przy ocenie wysokości kary umownej w związku z jej miarkowaniem trzeba wziąć pod uwagę nie tylko jej istnienie, ale i rozmiar.

Ponadto Wykonawcy kalkulując wycenę biorą pod uwagę wszystkie okoliczności i ryzyka wskazane w dokumentacji przetargowej co przy tak postawionych warunkach może podrożyć wycenę.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie dokonuje zmian w tym zakresie.

**Z up. STAROSTY
Beata Bańczyk
Sekretarz Powiatu**

Sporządziła: Anita Stuchły wew.385