**Gmina Śrem**

**Plac 20 Października 1**

**63-100 Śrem**

**Pismo: BP.271.13.2019.BS/4** Śrem dnia: 2019-03-08

**O D P O W I E D Ź**

**na zapytania w sprawie SIWZ**

*Szanowni Państwo,*

Uprzejmie informujemy, do Zamawiającego wpłynęła prośba o wyjaśnienie zapisu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) w trybie **przetarg nieograniczony**, na:

**Budowa kładki pieszo- rowerowej nad kanałem ulgi rz. Warty wraz ze ścieżką pieszo rowerową do Zbrudzewa oraz w kierunku Mechlina**,

Treść wspomnianej prośby jest następująca :

1.Czy do oferty należy załączać kosztorysy wskaźnikowe branży drogowej i mostowej wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów?

**Odpowiedź: Zamawiający nie żąda załączania kosztorysów wskaźnikowych branży drogowej i mostowej wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów.**

2. Czy do oferty należy załączyć WYKAZ CEN (TABELA ELEMENTÓW RYCZAŁTOWYCH)?

**Odpowiedź: Zamawiający nie żąda załączania wykazu cen (tabela elementów ryczałtowych)**

3. Prosimy o jednoznaczne określenie, czy wycinka drzew ma być przeprowadzona przez nadleśnictwo czy Wykonawcę?

- PFU pkt. 1.6.1.1 5): Wyznaczenie granicy wycinki drzew oraz karczowanie pni i korzeni należy do Wykonawcy a samą wycinkę drzew przeprowadzi nadleśnictwo.

- PFU pkt. 1.6.5.1: Wycinkę drzew wraz z transportem dłużyc na miejsce wyznaczone przez Zamawiającego przeprowadzi Wykonawca.

**Odpowiedź:**

**1. Wycinka lasów na działkach leśnych (Lasy Państwowe) - wykonują Lasy Państwowe, a karczowanie pni i korzeni wykonuje Wykonawca,**

**2. Wycinka lasów, pojedynczych drzew poza terenem Lasów Państwowych - wykonuje w całości Wykonawca.**

4. Prosimy o uszczegółowienie wymogów dotyczących zaplecza Zamawiającego (wg pkt. 1.5.15 DM.00.00.00.)

**Odpowiedź: pkt 1.5.15 otrzymuje brzmienie:**

**1.5.15. Zaplecze Zamawiającego**

**Wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć Zamawiającemu, Inżynierowi i Inspektorom Nadzoru Inwestorskiego, pomieszczenia biurowe, na terenie budowy.**

5. Prosimy o udostępnienie dokumentów, o których mowa w pkt. 2.2.11 PFU: "W projekcie koncepcyjnym dołączono warunki techniczne likwidacji kolizji wydane przez poszczególnych gestorów sieci".

**Odpowiedź: O dokumenty o których mowa w pkt. 2.2.11 PFU - warunki techniczne likwidacji kolizji występuje projektant w trakcie opracowywania dokumentacji projektowej.**

6. Prosimy o przekazanie WWiORB na pale prefabrykowane.

**Odpowiedź: Zamawiający nie dysponuje WWIORB na pale prefabrykowanie, projekt i dobór pali nastąpi na etapie opracowania dokumentacji projektowej.**

7. Zamawiający w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu określa kryterium długości rękojmi jako "dobrowolny okres wydłużenia rękojmi" oraz precyzuje minimalny okres rękojmi na 60 m-cy. Nie precyzuje górnej granicy rękojmi. Natomiast w formularzu ofertowym wskazuje na możliwość wydłużenia rękojmi max o 24 miesiące. Czy należy przyjąć, że górna granica okresu rękojmi to łącznie 84 m-ce?

**Odpowiedź: Tak, górna granica okresu rękojmi to łącznie 84 m-ce.**

8. W SIWZ (str. 9) zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych. Proszę o określenie co zamawiający przez to rozumie. Podkreślić należy, że aby w ogóle doszło do złożenia oferty równoważnej przez wykonawcę, zamawiający musi najpierw opisać "równoważność", a następnie wykonawca ma udowodnić w swojej ofercie, że oferowany przez niego produkt (lub rozwiązanie) tę opisaną przez zamawiającego równoważność spełnia.

**Odpowiedź: Zamawiający poprawi zapisy dot. równoważności w treści SIWZ, poprzez ich modyfikację.**

9. Uprzejmie prosimy o przesunięcie godziny złożenia ofert na 12.00. Umożliwi to wykonawcom spokojne dostarczenie ofert na czas.

**Odpowiedź: Zamawiający zmieni godzinę składania ofert na 12.00.**

10. W celu rzetelnego przygotowania ofert przetargowych, zwracamy się z prośbą o przesunięcie terminu składania ofert do dnia 19.03.2019.

**Odpowiedź: Zamawiający przesunie termin składania ofert na 15.03.2019 r.**

11. Wykonawca wnioskuje o zmianę §7 ust. 8 i 9 oraz §15 ust 5 projektu umowy, w ten sposób by nie uzależniać wypłaty wynagrodzenia i co za tym idzie daty rozpoczęcia biegu okresu rękojmi wykonanych robót, od daty dokonania bezusterkowego odbioru robót.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (wyrok Sądu Najwyższego z 26 września 2012 r., II CSK 84/12).

W art. 647 K.c. ustawodawca posłużył się jednak tylko pojęciem odbioru robót, nie zaś bezusterkowego odbioru. Powyższe wskazuje, że nie było wolą ustawodawcy uzależnianie odbioru robót od braku jakichkolwiek wad (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07). Utożsamienie sytuacji, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją, gdy są one dotknięte wadami czyniłoby w istocie zbędne przepisy o rękojmi za wady, które chronią Zamawiającego , realizujące się dopiero po odebraniu dzieła (wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07).

Ponadto, zostałaby naruszona równowaga pomiędzy inwestorem a wykonawcą, poprzez uzależnienie odbioru, a tym samym płatności należnego wykonawcy wynagrodzenia, od wykluczenia istnienia jakichkolwiek wad w chwili oddania przedmiotu zamówienia (por. wyroki Sądu Najwyższego z 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997/6-7/90; z 30 października 2002 r., V CKN, 1287/00; z 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03; z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009/1/7; z 9 września 2011 r., I CSK 696/10).

W tej kwestii wypowiedział się także Sąd Najwyższy w wyroku z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12., w którym czytamy, że inwestor jest zasadniczo zobowiązany do odbioru robót budowlanych zgłoszonych do odbioru (art. 647 K.c.). Z czynności odbioru należy sporządzić protokół, w którym konieczne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

**Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ. Zwrócić należy uwagę na fakt, że Zamawiający będzie dokonywać płatności w częściach.**

12. Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w §16 wzoru umowy. Wykonawca pragnie zaznaczyć, że wskazane kary umowne mogą być stosowane kumulatywnie przez Zamawiającego, co przy nie określeniu limitu maksymalnego kar umownych, jak również biorąc pod uwagę wysokość zastrzeżonych kar, prowadzi do wniosku, ze kary te są rażąco wygórowane.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że ustanawianie przez Zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2006 roku, nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie m.in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. Zważyć bowiem należy, że kara umowna co do istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. Należy mieć również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy wskazał, iż "kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela". Ponadto w jednym ze swoich ostatnich orzeczeń (wyrok z 14 stycznia 2016 r., sygn. akt IV CSK 223/15) Sąd Najwyższy podkreślił, że obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz akceptowania krótkiego terminu realizacji zamówienia (np. budowy obiektu). Wykonawca jest także często zmuszony zaakceptować wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy, co w ocenie SN jest niedopuszczalne.

Zwracamy jednocześnie uwagę, iż w postanowieniach umów większości prowadzonych obecnie postępowań publicznych, których przedmiotem jest realizacja podobnych zakresowo inwestycji infrastrukturalnych, kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy kształtuje się na poziomie 10% wartości kontraktu brutto. Wysokość kar umownych z tytułu zwłoki w realizacji umowy, jakich żądać może Zamawiający, często jest dodatkowo ograniczona w treści umowy do wysokości kar z tytułu odstąpienia od umowy, tj. do wysokości 10% wartości kontraktu brutto. W ocenie Wykonawcy jest to zasadne działanie skutkujące z jednej strony dostateczną i proporcjonalną ochroną Zamawiającego w przypadku winy Wykonawcy, zaś z drugiej strony nie stwarzającą zagrożenia dla działalności firmy Wykonawcy i nie stwarzające nadmiernego ryzyka finansowego po stronie Wykonawcy.

Dodatkowo Wykonawca podnosi fakt, iż w §16 ust. 4 pkt 2 wskazana została kara z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której zapłaty może żądać Wykonawca od Zamawiającego. Kara ta wynosi 10% łącznej kwoty wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy.

Mając powyższe na względzie wnosimy o wprowadzenie limitu kar umownych w wysokości 10% wartości kontraktu netto.

**Odpowiedź: Zamawiający wprowadzi do wzoru umowy limit kar umownych w wysokości 20% wartości kontraktu brutto.**

13. Wnosimy o sprowadzenie kar w §16 ust. 1 pkt 5 oraz §16 ust. 4 pkt 2 do jednej wartości tj, 10% łącznej kwoty wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy.

**Odpowiedź: Zamawiający postanawia zmienić zapisy §16 ust. 1 pkt 5 i ustanawia wysokość kary z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy z 20 % na 10 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy. Wzór umowy zostanie zmodyfikowany.**

14. Wykonawca wnosi o zmianę zapisów §16 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy z 0,5% na 0,01% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki.

**Odpowiedź: Zamawiający postanawia zmienić zapisy §16 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy z 0,5% na 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Wzór umowy zostanie zmodyfikowany.**

15. Wykonawca wnosi o zmianę zapisów §16 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy z 0,5% na 0,01% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki.

**Odpowiedź: Zamawiający postanawia zmienić zapisy §16 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy z 0,5% na 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Wzór umowy zostanie zmodyfikowany.**

16. Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisów §16 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy.

**Odpowiedź: § 16 ust. 1 pkt 7 zostanie zmodyfikowany, stosownie do treści odp. Na pytanie nr 17.**

17. Wykonawca wnosi o zmianę zapisów §16 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy z 2% wynagrodzenia umownego na 5000,00 zł.

**Odpowiedź: Zamawiający postanawia zmienić zapisy §16 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy z 2% wynagrodzenia umownego na 10.000 zł. Wzór umowy zostanie zmodyfikowany.**

18. Wnosimy o zmianę zapisów umowy w zakresie §3. Prosimy o uwzględnienie w umowie sytuacji wystąpienia siły wyższej. W obecnym brzmieniu umowa zmusza Wykonawcę do przewidzenia wystąpienia chociażby klęsk żywiołowych, czy innych sytuacji, na których wystąpienie Wykonawca może nie mieć wpływu, a które znacząco mogą wpłynąć na termin realizacji zadania. Dodatkowo, Wykonawca oświadcza, że dołoży wszelkich starań, aby dotrzymać terminów umownych. Proponujemy wprowadzenie do umowy poniższych zapisów:

A. Termin wykonania przedmiotu zamówienia może ulec przesunięciu o czas wynikły wskutek siły wyższej, warunków atmosferycznych uniemożliwiających rozpoczęcie bądź kontynuowanie robót, lub mających wpływ na przerwy w realizacji robót.

B. Przez siłę wyższą Strony rozumieją zdarzenie nagłe, nieprzewidywalne i niezależne od woli Stron, uniemożliwiające wykonanie Umowy na stałe lub na pewien czas, któremu nie można zapobiec, ani przeciwdziałać przy zachowaniu należytej staranności.

C. W razie zaistnienia zdarzenia stanowiącego przypadek wystąpienia siły wyższej, Wykonawca zobowiązuje się niezwłocznie zawiadomić Zamawiającego (a następnie potwierdzić pisemnie) o rozpoczęciu okresu występowania siły wyższej, w dniu zaistnienia zdarzenia stanowiącego przypadek siły wyższej.

D. W razie braku zawiadomienia w dniu zaistnienia zdarzenia stanowiącego przypadek siły wyższej, nie będzie możliwe przesunięcie ustalonego terminu.

E. W razie wystąpienia przypadku siły wyższej, data ustalona dla zakończenia robót będzie przesunięta o czas, w którym siła wyższa uniemożliwiła kontynuację robót pod warunkiem, że ma to bezpośredni wpływ na realizację przedmiotu umowy, o czym Strony zdecydują w Protokole Uzgodnień podpisanym przez Wykonawcę oraz Zamawiającego.

F. Zmiana terminu realizacji wymaga pisemnego aneksu do niniejszej umowy.

**Odpowiedź: Zamawiający w całości uwzględnia proponowane zmiany umowy. Wzór umowy zostanie zmodyfikowany.**

19. Wykonawca wnosi o ustanowienie górnego limitu drugiego kryterium wyboru ofert, tj. "Dobrowolnego okresu wydłużenia rękojmi" w wysokości 10 lat - 120 mc.

Brak określenia górnej granicy może skutkować oferowaniem bardzo długich okresów rękojmi przez nierzetelne firmy. Przy tak wysokiej wadze kryterium 40% będzie to skutkowało nieuzasadnionym podnoszeniem cen przez oferentów.

**Odpowiedź: Zamawiający określił górny limit drugiego kryterium wyboru ofert "Dobrowolnego okresu wydłużenia rękojmi" w wysokości 84 m-ce. Informacja ta znajduję się we wzorze formularza ofertowego.**

Informujemy, że zgodnie z wymogiem art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), stanowisko Zamawiającego zostało rozesłane do wszystkich wykonawców, którym przekazano SIWZ.

Zamawiający

Sławomir Baum