

Przebudowa oczyszczalni ścieków w Miłomłynie

WYJAŚNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA Nr: PGD/Miłomłyn/002

na Rozbudowę oczyszczalni ścieków w miejscowości Miłomłyn – I etap – dostawa technologii

W trakcie prowadzonego postępowania przetargowego do końca dnia, w którym upływała połowa terminu wyznaczonego na składanie ofert wpłynęły następujące wnioski do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ:

Pytanie Wykonawcy:

Dział III pkt. 2 pozycja 3 w tabeli SIWZ „Zdolność techniczna lub zawodowa” – prosimy o wyjaśnienie jak należy rozumieć pojęcie: „tytuł (...) technologa oczyszczania ścieków”. W jaki sposób się go zdobywa i jakie dokumenty mają potwierdzić posiadanie tego tytułu? Ponadto Technolog przeważnie powiązany jest z prowadzeniem, nadzorowaniem prac rozruchowych/ eksploatacyjnych i nie powinien jednocześnie odpowiadać za zamówienie i dostawę urządzeń na obiekty. Technolog odpowiedzialny jest za uzyskanie wymaganego efektu oczyszczenia ścieków a nie za prawidłową/kompletną dostawę każdego najdrobniejszego urządzenia/wyposażenia technologicznego. Prosimy o korektę zapisu zawartego w tabeli oraz opisu kryterium III w pkt. 2 SIWZ.

Odpowiedź Zamawiającego:

Jak wykonawca sam odpowiedział w trzecim zdaniu swojego pytania „Technolog” powiązany jest z prowadzeniem, nadzorowaniem prac rozruchowych/ eksploatacyjnych. Ponadto w żadnej części SIWZ ani jej załącznikach zamawiający nie wymaga żeby Technolog miał odpowiadać za zamówienie i dostawę urządzeń na obiekty. Zamawiający wyjaśnia jednocześnie, że tytuł technologa oczyszczalni ścieków jest nadawany absolwentom szkół średnich lub wyższych na kierunkach ochrona środowiska, inżynieria środowiska, oczyszczanie ścieków, chemia.

Pytanie Wykonawcy:

Dział VI cyt.: „Wykonawcy pozostają związani ofertą przez okres 60 dnia licząc od daty wyznaczonej na składanie ofert” natomiast w Formularzu ofertowym (załącznik nr 1) wskazano cyt.: „Jestem związany ofertą przez okres 30 dni licząc od terminu składania ofert.” Prosimy o jednoznaczne wskazanie terminu związania ofertą.

Odpowiedź Zamawiającego:

Rozdział VII SIWZ – Opis sposobu przygotowania ofert, punkt 1 brzmi:

„Zaleca się przygotowanie ofert z wykorzystaniem załączników do niniejszej SIWZ”. Zamawiający jednocześnie wraz ze Specyfikacją udostępnia formularz ofertowy w wersji umożliwiającej jego edycję i zachęca Wykonawców do skorzystania z tej możliwości. Termin związania ofertą zgodnie z ustawą pzp wynosi 60 dni.

Pytanie Wykonawcy:

Dział 13 pkt. 5a. SIWZ – prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający udostępni odpłatnie Wykonawcy dostęp do wody i energii elektrycznej na potrzeby prowadzonych robót (rozliczanie poprzez oddzielne podliczniki).

Odpowiedź Zamawiającego:

Tak.

Pytanie Wykonawcy:

Formularz oferty (załącznik 1) – prosimy o wyjaśnienie, czy w zakresie wskazania części zamówienia do powierzenia podwykonawcy należy wskazać „dostawę urządzeń”?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie może udzielić jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie ponieważ nie jest Wykonawcą składającym ofertę. Logicznie jednak rozumując jeżeli Wykonawca składający ofertę jest jednocześnie dostawcą oraz instalatorem urządzeń, wówczas najprawdopodobniej nie powierza wykonania części zamówienia podwykonawcom, jeżeli Wykonawca jest dostawcą i nie wykonuje prac instalacyjnych najprawdopodobniej zleca usługę instalacji podwykonawcy, jeżeli natomiast Wykonawca składający ofertę jest odpowiedzialny jedynie za instalację to najprawdopodobniej zamierza powierzyć podwykonawcom dostawę urządzeń. Każdorazowo kwestia podwykonawstwa pozostaje zależna od Wykonawcy zamówienia.

Pytanie Wykonawcy:

Dział 13 pkt. 18 i 21 SIWZ – prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, że Wykonawca nie jest zobowiązany do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Jednocześnie prosimy o podanie terminu uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla przedmiotowej inwestycji w związku z koniecznością oszacowania kosztów związanych z utrzymaniem rękopami za wady i gwarancji jakości.

Odpowiedź Zamawiającego:

Wykonawca nie jest zobowiązany do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Organ nadzoru budowlanego winien w terminie do 21 dni, od dnia złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie wykonać obowiązkową kontrolę obiektu budowlanego, a następnie niezwłocznie wydać pozwolenie. Biorąc jednak pod uwagę fakt, iż SIWZ przewiduje w kryterium oceny ofert okresy gwarancji zróżnicowane czasem jednego roku kalendarzowego 24, 36, 48 i 60 miesięcy w ocenie Zamawiającego kwestia jednego miesiąca nie wydaje się być znaczącą dla przygotowania oferty.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

Pytanie Wykonawcy:

Proszę o informację, czy wykazując się potencjałem kadrowym, należy wziąć pod uwagę zapis SIWZ (rozdział III, pkt 2, poz 3 w tabeli), mówiący o doświadczeniu w okresie ostatnich 3 lat, czy zapis SIWZ (rozdział X, Kryterium III, pkt 2) mówiący o doświadczeniu w okresie 5 lat.

Odpowiedź Zamawiającego:

Warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Każdy Wykonawca składający ofertę w postępowaniu winien posiadać doświadczenie w okresie trzech lat. Natomiast w celu umożliwienia zdobycia dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” Zamawiający przydzielił dodatkowe punkty za doświadczenie zdobyte także w okresie dwóch lat wcześniej. Wynika to z faktu, że uruchomienie technologii oczyszczalni ścieków jest czynnością dość rzadko wykonywaną. Jeżeli zatem wykonawca w okresie ostatnich trzech lat wykonał jedną usługę opisaną w Rozdziale III SIWZ to spełnia warunki udziału w postępowaniu i jego oferta jest oceniana oraz jeżeli dodatkowo wyznaczona przez niego osoba do realizacji zamówienia w okresie pięciu lat kierowała 5 podobnymi usługami oferta otrzyma 100 punktów w kryterium oceny ofert.

Pytanie Wykonawcy:

Proszę też o potwierdzenie, czy do oferty oprócz formularza JEDZ należy dołączyć załączniki nr 2 i 3 do SIWZ.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą informacji wymienionych w załącznikach 2 oraz 3.

Ponadto w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego jeden z Wykonawców przesłał Zamawiającemu pismo, które w ocenie Zamawiającego nie spełnia dyspozycji art. 38 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ nie jest zwróceniem się o wyjaśnienie treści SIWZ lecz żądaniem zmodyfikowania zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób odpowiadający temu Wykonawcy.

Przepisy ustawy Pzp nie dają możliwości stawiania takich wymagań Zamawiającemu przez Wykonawców jednak w celu równego traktowania Wykonawców Zamawiający przedstawia poniżej swoje stanowisko w tej sprawie:

Żądanie Wykonawcy:

Dział II pkt. 2 SIWZ cyt.: „Wykonawcy wszystkich części zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za zrealizowanie zamówienia w wyznaczonym terminie” – przywołany zapis należy uznać za całkowicie bezskuteczny i niemożliwy do wykonania zarówno na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) jak też na gruncie Kodeksu cywilnego (Kc).

Solidarna odpowiedzialność na gruncie przepisów art. 141 w związku z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy jedynie wykonawców występujących wspólnie i zawierających wspólnie umowę w sprawie zamówienia publicznego (inaczej – zobowiązanie do zrealizowania ściśle określonego zakresu, w określonym terminie, za określone wynagrodzenie) w konkretnym postępowaniu. Jak zostało wskazane w SIWZ roboty budowlane dotyczące modernizacji oczyszczalni ścieków stanowiąc będą przedmiot odrębnego postępowania przetargowego prowadzonego niezależnie od przedmiotowego postępowania (na dzień składania pisma nieogłoszonego) zakończonego zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, której zakresem będzie realizacja określonych robót budowlanych przez określonego wykonawcę.

Solidarna odpowiedzialność na gruncie przepisów art. 6471 Kodeksu cywilnego dotyczy jedynie relacji na linii inwestor (zamawiający)-wykonawca-podwykonawca(y)-dalszy podwykonawca(y).

Zamawiający nie ma prawa dochodzić solidarnej odpowiedzialności w realizacji konkretnej umowy od stron (wykonawców) odrębnych umów.

W umowie w sprawie zamówienia publicznego stroną jest Zamawiający i Wykonawca, choćby ten drugi składał się z wielu podmiotów. Nie może wobec powyższego żadnej solidarnej odpowiedzialności ze stroną trzecią, stroną zupełnie innej umowy (na tym etapie nieokreślonej w nieokreślonym stanie faktycznym i prawnym). Zamawiający swoim działaniem wprowadza wobec wykonawcy świadczenie niemożliwe do spełnienia, czym powoduje nieważność (art. 387 § 1 Kc).

Wnioskujemy o wykreślenie postanowienia zawartego w pkt. 2 dział II SIWZ.

Stanowisko Zamawiającego:

Art. 336 Kodeksu cywilnego:

„§ 1. Kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników)”.

Art. 338 Kodeksu cywilnego:

„Zobowiązanie może być solidarne, chociażby każdy z dłużników był zobowiązany w sposób odmienny albo chociażby wspólny dłużnik był zobowiązany w sposób odmienny względem każdego z wierzycieli”.

Art. 369 Kodeksu cywilnego

„Zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej”.

Czynnością prawną będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

Żądanie Wykonawcy:

Dział II pkt. 1 SIWZ cyt.: „Nieprzekraczalny termin realizacji zamówienia: 31.08.2017 r.” – prosimy o doprecyzowanie powyższego zapisu poprzez dodanie tekstu: „pod warunkiem zakończenia niezbędnych robót budowlanych (konstrukcyjno-budowlanych, sieciowych, elektrycznych i AKPiA) umożliwiającymy montaż i uruchomienie dostarczonych urządzeń”.

Stanowisko Zamawiającego:

W ocenie Zamawiającego wprowadzenie takiego zapisu spowodowałoby sprzeczność z większością pozostałych zapisów SIWZ mających zapewnić terminową realizację zamówienia.

Żądanie Wykonawcy:

Dział 13 pkt. 10 SIWZ cyt.: „Termin płatności wynosi 30 dni od daty dostarczenia faktury wraz z protokołem odbioru końcowego...” – prosimy o modyfikację powyższego zapisu i wprowadzenie możliwości częściowych odbiorów i płatności. Proponujemy następujący podział:

za dostawę urządzeń za teren budowy – do 80% wartości;

za montaż i uruchomienie - pozostałe 20% wartości.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający nie widzi takiej potrzeby z uwagi na krótki termin realizacji zamówienia oraz obowiązek wynikający z ustawy o finansach publicznych, która wymaga ponoszenia wydatków finansowanych ze środków publicznych w sposób racjonalny i celowy. W świetle art. 44 ustawy o finansach publicznych ust. 3 „Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,

b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”.

Celem Zamawiającego jest uruchomienie i użytkowanie przebudowanej oczyszczalni ścieków, a nie jedynie zakup urządzeń technologicznych.

Żądanie Wykonawcy:

Dział 13 pkt. 11 SIWZ cyt.: „Wynagrodzenie Wykonawcy nie ulegnie zmianie bez względu na jakiegokolwiek szczególne okoliczności, z wyłączeniem przypadków przewidzianych umową”. Prosimy o określenie pojęcia „szczególne okoliczności” oraz sprecyzowanie w/w „przypadków”.

Dział 13 pkt. 11 SIWZ cyt.: „Żadne nieoszacowanie, pominięcie, brak rozpoznania i doprecyzowania zakresu prac robót budowlanych oraz rozwiązań projektowych nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w niniejszej umowie”. Na Zamawiającym, jako inwestorze w procesie budowlanym, i jednocześnie Stronie umowy o roboty budowlane i dostawy z montażem (będące elementem robót budowlanych) spoczywa obowiązek dostarczenia Wykonawcy prawidłowo sporządzonej dokumentacji przetargowej, w tym dokumentacji projektowej. Z przepisów ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że to na Zamawiającym ciąży bezwzględny obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy w dokumentacji projektowej, tym bardziej te, których nie można było zauważyć na etapie składania oferty. Trudno wymagać od Wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty, w wyczerpującym stopniu zweryfikował dokumentację projektową i teren budowy, aby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót. Zgodnie z dyspozycją art.647 Kc Zamawiający jest stroną odpowiedzialną względem Wykonawcy za ewentualne wady dokumentacji projektowej i winien ponieść dodatkowe koszty (zwiększyć wynagrodzenie Wykonawcy) uwzględniając taką możliwość w postanowieniach umowy. Zgodnie z obowiązującymi poglądami doktryny i orzecznictwa wykonawca nie musi posiadać wiedzy niezbędnej do weryfikacji tego rodzaju dokumentu na etapie przetargowym. Oznacza to, że zobligowanie wykonawcy w SIWZ do analizy poprawności przedłożonej dokumentacji projektowej pod rygorem utraty prawa powoływania się na wady dokumentacji na dalszym etapie postępowania, w szczególności żądania dodatkowego wynagrodzenia za niezbędne zmiany, poprawki, uzupełnienia, a w konsekwencji próba przerzucenia na Wykonawcę odpowiedzialności za ewentualne nieprawidłowości, jest działaniem prawnie niedopuszczalnym oraz w praktyce nieskutecznym. Według stanowiska doktryny i judykatury odnoszącego się do wykonania robót budowlanych w normalnych okolicznościach trudno oczekiwać od Wykonawcy, by pomimo posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego a priori był w stanie zauważyć wszystkie błędy jedynie na podstawie analizy dokumentacji. Jak trafnie zauważono, że Wykonawca umowy o roboty budowlane nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wady dostarczonego projektu, a w szczególności jeżeli został on wykonany przez specjalistyczne biuro projektowe (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 27 marca 2000 r., sygn akt III CKN 629/98, OSNC 2000, nr 9, poz. 173; podobnie K. Zagrobelny (w:) E. Gniewek, Komentarz, 2006, s. 1065). Obowiązek wykonawcy określony w art. 651 Kc. należy rozumieć jedynie w ten sposób iż musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub o tym, że realizacja robót zgodnie z dostarczonym projektem spowoduje powstanie obiektu wadliwego (tak Sąd

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

Najwyższy w wyroku z dnia 26 czerwca 2008 r., II CSK 101/08). Należy zatem z całą stanowczością podkreślić, że Wykonawca nie musi dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania w celu wykrycia ewentualnych wad dokumentacji projektowej i technicznej która w praktyce sporządzona jest na zlecenie Zamawiającego przez profesjonalnego uczestnika procesu budowlanego w osobie projektanta. Potwierdza to również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), która w wyroku z dnia 27 kwietnia 2011 r. (KIO 806/11), wprost wskazała, że „wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za ewentualne błędy projektanta, tym bardziej za te, które nie są ujawnione na etapie składania oferty. Trudno wymagać od wykonawcy, aby jeszcze przed złożeniem oferty w takim stopniu zweryfikował dokumentację projektową (i teren budowy), żeby mógł ocenić jej prawidłowość i brak ewentualnych błędów, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonania robót”. Izba jednocześnie podniosła, że „zobowiązanie wykonawcy do wliczenia w cenę ofertową ryczałtową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty narusza art. 29 ust. 1 i art. 31 ust. 1 ustawy Pzp i może również naruszać art. 140 ustawy Pzp, albowiem może się okazać, że zakres zobowiązania umownego wykonawcy nie jest tożsamy z tym, który był zakładany w ofercie.” W uzupełnieniu należy podkreślić, iż KIO wielokrotnie podkreślała, że ewentualne złożenie przez wykonawcę oświadczenia na etapie postępowania przetargowego i podpisania umowy o prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej nie oznacza, że obowiązek weryfikacji dokumentacji przy składaniu tego oświadczenia nakłada obowiązek merytorycznej kontroli przyjętych w projekcie założeń i obliczeń (wyrok KIO z 02 listopada 2009 r., KIO/UZP 1485/09). Wobec czego należy uznać, że zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 821/08) i tym samym ograniczać możliwość uzyskania dodatkowego wynagrodzenia za niezbędne do realizacji przedmiotu umowy roboty/dostawy dodatkowe.

Wobec powyższego wnioskujemy o modyfikację treści specyfikacji poprzez uwzględnienie możliwości udzielenia zamówień na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 i/lub 7 Pzp, możliwości zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia w przypadku wystąpienia wad dokumentacji projektowej skutkującej koniecznością jej zmiany.

Stanowisko Zamawiającego:

Żeby rozstrzygnąć, co oznaczają i czym różnią się pojęcia „zamówienia dodatkowe” i „roboty dodatkowe”, należy najpierw wyjaśnić dwa inne pojęcia: „przedmiot zamówienia” oraz „opis przedmiotu zamówienia” co jest fundamentalnym problemem. Z niektórych orzeczeń lub publikacji wynika, że ustawodawca zamiennie używa tych dwóch sformułowań. Przyjęcie takiej tezy jest jednak sprzeczne z obowiązującymi przepisami, tj. Pzp, kodeksem cywilnym i prawem budowlanym. Pzp odnosi się w tej kwestii w art. 29, 30 i 31.

Jedynym przepisem, który w sposób pośredni daje odpowiedź na pytanie czym jest „przedmiot zamówienia”, jest art. 140 ust. 3 Pzp, który określa: „Umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem art. 144”. Na podstawie tego zapisu należy stwierdzić, że wszystko, co wykracza poza określenia przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ jest nowym zamówieniem, a więc należy zawrzeć na nie nową umowę. Takimi nowymi zamówieniami są np. zamówienia dodatkowe, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 oraz dostawy, usługi i roboty budowlane wymienione w art. 144 ust. Jeżeli natomiast nie wykraczamy poza określenie przedmiotu zamówienia, nie możemy udzielić nowego zamówienia, ponieważ ciągle realizujemy pierwotne zamówienie, które we wspomnianych wyżej artykułach zostało nazwane „zamówieniem podstawowym”. Biorąc pod uwagę treść art. 140 ust. 1 Pzp należy także stwierdzić, że zamawiający w SIWZ określa, co jest przedmiotem zamówienia.

W Pzp występuje pojęcie „określenie przedmiotu zamówienia” ale brakuje w tym zakresie konsekwencji. W przepisach dotyczących ogłoszeń (zaproszeń) o wszczęciu procedury występuje pojęcie „określenie przedmiotu zamówienia”. Natomiast w art. 36 ust. 1 określającym zawartość SIWZ takiego pojęcia już nie ma. W pkt 3 występuje jedynie zapis „opis przedmiotu zamówienia”. Można powiedzieć, że skoro treść SIWZ nie może być sprzeczna z treścią ogłoszenia, to „określenie przedmiotu zamówienia” zawarte w ogłoszeniu lub zaproszeniu musi także występować w SIWZ.

Skoro odpowiedzi na pytanie, co jest przedmiotem zamówienia np. w przypadku roboty budowlanej, nie możemy znaleźć w Pzp to, zgodnie z art. 139, należy jej szukać w kodeksie cywilnym (dalej: kc). Roboty budowlane reguluje Tytuł XVI „Umowa o roboty budowlane”.

Biorąc pod uwagę definicję zawartą w art. 647 kc należy stwierdzić, że przedmiotem umowy, a więc przedmiotem zamówienia na robotę budowlaną jest oddanie przewidzianego w umowie obiektu. Czym jest jednak obiekt występujący w tym artykule? W polskim prawie nie ma jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie. Ustawa Prawo budowlane (dalej: pr.bud.) posługuje się pojęciem „obiekt budowlany”.

Art. 647 kc

*Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego **zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej**, a inwestor zobowiązuje się do wykonania 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.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

W art. 630 § 1 kc występuje pojęcie „prace dodatkowe”, ponieważ przepis ten jest zawarty w Tytule XV „Umowa o dzieło”. Będzie on miał także zastosowanie, jeśli zamawiający zdecyduje tak w SIWZ także w przypadku robót budowlanych, a więc przez analogię można posługiwać się pojęciem „roboty dodatkowe”, które oznacza to samo, co „prace dodatkowe”.

Należy więc stwierdzić, że „roboty dodatkowe” („prace dodatkowe”) to roboty, które są objęte przedmiotem zamówienia (dziełem, obiektem), ale „nie były przewidziane w zestawieniu prac planowych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego”. Co ma być tą podstawą, musi jednoznacznie określić zamawiający w punkcie SIWZ dotyczącym „sposobu obliczenia ceny oferty”. Natomiast co może być tą podstawą, wynika z wyżej zacytowanego w art. 630 § 1 kc. Wskazuje on, że mogą wystąpić dwa warianty wynagrodzenia kosztorysowego:

- 1) gdy zestawienie prac planowanych będące podstawą do obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego sporządza zamawiający i na jego podstawie wykonawcy obliczają cenę oferty,
- 2) gdy zestawienie planowanych prac sporządza przyjmujący zamówienie, czyli wykonawca.

W obu wariantach wykonawcy należy się dodatkowe wynagrodzenie, jeżeli ilość wykonanych prac jest wyższa niż wynika z zestawienia planowanych prac, ponieważ to właśnie zestawienie było podstawą do obliczenia ceny oferty. W odniesieniu do robót budowlanych zestawieniem planowanych prac w wariantcie pierwszym jest przede wszystkim przygotowany przez zamawiającego przedmiar robót, a w drugim wariantcie – projekt budowlany, projekty wykonawcze i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, na podstawie których sami wykonawcy ubiegający się o zamówienia publiczne sporządzają „swoje” przedmiary i określają cenę ofertową. Przy zastosowaniu wynagrodzenia kosztorysowego cena podana w ofercie jest ceną orientacyjną (wstępna). Może się ona zmienić w przypadku, gdy zmienia się ilość jednostek robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. W SIWZ, a konkretnie we wzorze umowy, powinny być zawarte precyzyjne zapisy określające sposób rozliczania wykonywanych robót. Wynagrodzenie to, raczej jednak teoretycznie niż praktycznie, może być nawet mniejsze niż podane w ofercie. Jednak zwykle jest większe, a więc podwyższanie wynagrodzenia związanego z wystąpieniem robót dodatkowych musi być dokładnie określone w zapisach SIWZ, a ściślej we wzorze umowy.

Roboty dodatkowe mogą wystąpić tylko przy zastosowaniu wynagrodzenia kosztorysowego. Nie mogą one wystąpić przy zastosowaniu przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, zdefiniowanego w art. 632 kc, ponieważ przepis ten nie zawiera takiego pojęcia i jasno określa, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Zgodnie z § 2 tego artykułu jedynie sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę, jeżeli wykonawca przekona go, że skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby mu rażącą stratą.

Roboty dodatkowe to roboty, które nie wykraczają poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Są one więc objęte przedmiotem zamówienia (zamówieniem podstawowym), ale nie były ujęte w zestawieniu planowanych prac, a to zestawienie było podstawą do obliczenia ceny oferty. Nie mamy więc tutaj do czynienia z nowym zamówieniem, ale z realizacją zamówienia, na które była zawarta umowa (można powiedzieć – umowa podstawowa). Ciągłe realizujemy ten sam przedmiot zamówienia, nie wykraczamy poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ, ale wykraczamy poza zestawienie planowanych prac.

Zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.) projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany, natomiast przedmiar robót sporządza się na podstawie projektu wykonawczego (zgodnie z par 4 ust. 3 ww. rozporządzenia oraz Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów prac budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389 z 2004r.). Wynikająca stąd zasada nadrzędności projektu budowlanego w stosunku do projektu wykonawczego i przedmiaru robót nakazuje w naszej opinii przyjąć następującą interpretację:

1. W sytuacji, gdy rozwiązania zawarte w projekcie wykonawczym są sprzeczne lub niezgodne z projektem budowlanym, nie mogą być uznane za wiążące. W przypadku rozbieżności między projektem budowlanym a wykonawczym należy zawsze uznać, że projekt wykonawczy jest obciążony błędem i należy doprowadzić go do zgodności z projektem budowlanym. Zmiana projektu wykonawczego w tym zakresie nie jest zmianą podmiotu umowy, lecz usunięciem rozbieżności między dokumentem wyższego rzędu (projekt budowlany) a dokumentem pochodnym (projekt wykonawczy). W związku z tym, wszelkie prace wykonywane w wyniku usunięcia tej rozbieżności nie są zamówieniem dodatkowym ani nie wymagają podpisania aneksu zmieniającego przedmiot umowy.
2. Analogiczna relacja nadrzędności zachodzi między projektem wykonawczym a przedmiarem. Projekt wykonawczy jest uszczegółowieniem projektu budowlanego i stanowi podstawę opracowania przedmiaru. Przedmiar stanowi wyliczenie i zestawienie planowanych prac wykonane na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. Podstawowym celem przedmiaru nie jest opisanie robót, lecz umożliwienie ich wyceny. W przypadku jakiegokolwiek rozbieżności między projektem budowlanym, projektem wykonawczym a przedmiarem bezwzględnie pierwszeństwo należy przyznać projektowi budowlanemu i wykonawczemu. Wynika z tego, że

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia

konieczność wykonania robót wynikających z dokumentacji projektowej (projektu budowlanego/projektu wykonawczego), które nie zostały ujęte w przedmiarze lub zostały ujęte w mniejszym zakresie – nie jest zmienną przedmiotu umowy i nie wymaga podpisania aneksu zmieniającego przedmiot umowy. Wykonanie takich robót nie jest również zamówieniem dodatkowym.

3. Konieczność wprowadzenia nieistotnej zmiany projektu budowlanego (zgodnie z definicją zawartą w art. 36a ust. 5 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane) wynikająca z zasad wiedzy technicznej nie jest zmianą przedmiotu umowy, o ile odbywa się w trybie w tej umowie przewidzianym. Zamawiający może przewidzieć w umowie zasady wprowadzania zmian, zarówno w dokumentacji projektowej, jak i w ilościach i rodzajach robót z zachowaniem jednak zasady niewykraczania poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim przypadku wprowadzenie zmian nie oznacza zmiany umowy, gdyż odbywa się w trybie w tej umowie przewidzianym. Skoro przedmiot zamówienia wynika z dokumentacji projektowej i zasad wiedzy technicznej, to wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszelkich prac (robót) niezbędnych do osiągnięcia zakładanego rezultatu (wybudowanie obiektu budowlanego)“.

Ww. opinia Ministra Infrastruktury została skierowana do zaopiniowana przez prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który udzielił następującej odpowiedzi:

„W szczególności należy się zgodzić z wyrażoną w ww. piśmie opinią, iż projekt budowlany ma charakter nadrzędny nad projektem wykonawczym, a przedmiar robót ma na celu umożliwienie dokonania wyceny robót, nie zaś ich opisanie. Oznacza to, że roboty opisane w projekcie budowlanym wchodzą w zakres zamówienia podstawowego, nawet jeżeli nie zostały ujęte w projekcie wykonawczym lub przedmiarze bądź też zachodzą inne rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami, a projektem budowlanym. W konsekwencji wykonanie robót, które zostały przewidziane w projekcie budowlanym, nie wymaga zawarcia z wykonawcą aneksu do umowy podstawowej ani też umowy na roboty dodatkowe.

Żądanie Wykonawcy:

Dział 13 pkt. 14 SIWZ – z uwagi na wysoki poziom kar umownych, ujętych w ppkt. c. – e., niewspółmiernie przyjęty z zakresu „przewinienia” Wykonawcy prosimy o ich korektę na niższe wartości.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający wierząc w należytą staranność Wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie wynikającą z art. 355 Kodeksu cywilnego zakłada, że nie dojdzie do sytuacji kiedy koniecznym będzie stosowanie kar umownych.

Żądanie Wykonawcy:

Dział 13 pkt. 14 SIWZ – na podstawie zasady równości stron umowy prosimy o uzupełnienie zapisu o karach umownych za odstąpienie Zamawiającego od umowy z przyczyn od niego zależnych.

Stanowisko Zamawiającego:

Oczywiście umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie o taki zapis uzupełniona.

Żądanie Wykonawcy:

Dział 13 „Podwykonawstwo” SIWZ – z uwagi na regulacje prawne prosimy o zmianę terminu zapłaty dla podwykonawców z „21 dni” na 30 dni.

Stanowisko Zamawiającego:

Art. 143b ustawy pzp: „2. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej”.

Zgodnie z Rozdziałem 13 SIWZ - Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, punkt 10: „Termin płatności wynosi 30 dni od daty dostarczenia faktury wraz z protokołem odbioru końcowego podpisanym przez Komisję odbioru robót powołaną przez Zamawiającego”.

Z uwagi na solidarną odpowiedzialność Zamawiającego wraz z Wykonawcą za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom oraz na termin płatności wynagrodzenia Wykonawcy wynoszący 30 dni w ocenie Zamawiającego zasadnym jest upewnienie się przed dokonaniem ostatecznej płatności czy Wykonawca wypłacił wynagrodzenie podwykonawcom.

Powyższe wyjaśnienia oraz stanowiska są wiążące dla wszystkich Wykonawców i należy je uwzględnić w składanych ofertach.

**SPECJALISTA DO SPRAW
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Kamil Zbroja