



Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach

ZDM-ZPU.26.8.2021.PP

Gliwice, 01.06.2021

Zarząd Dróg Miejskich
w Gliwicach

ul. Płowiecka 31
44-121 Gliwice

NIP: 631-244-02-61
REGON: 240009251

tel. (32) 300-86-00
fax (32) 300-86-99

www.zdm.gliwice.pl

Dotyczy: Rozbudowa odcinka ul. Ziemięcickiej w Gliwicach wraz z rozbiórką i budową nowego wiaduktu nad terenem kolejowym.

Odpowiedź na zapytania do specyfikacji warunków zamówienia

Zgodnie z art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w związku ze złożonym zapytaniem do treści specyfikacji warunków zamówienia w imieniu Zamawiającego udzielam następujących wyjaśnień:

1. Jak wynika z pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia – *„W ramach realizacji zadania Wykonawca zobowiązany jest do uzgodnienia (technologia, harmonogram, itp.) planowanych robót z właścicielem terenu kolejowego (PKP PLK S.A.), właścicielem i użytkownikiem toru kolejowego (Kopalnia Piasku KOTLARNIA – Linie Kolejowe Sp. z o.o.) oraz właścicielami, administratorami istniejącego uzbrojenia terenu i opracowania we własnym zakresie wymaganej dokumentacji oraz zapewnienia (zlecenia) nadzoru nad prowadzonymi robotami przez przedstawicieli w/w jednostek”*. Wykonawca Wnosi o wyjaśnienie w oparciu o jakie obiektywne i niedyskryminujące kryteria Wykonawca winien oszacować i skalkulować czas oraz koszt niezbędnych uzgodnień? Co należy rozumieć przez *„opracowanie we własnym zakresie wymaganej dokumentacji”*? Jaka to jest wymagana dokumentacja? Jaki jest wymagany poziom jej szczegółowości?
Wykonawca zwraca uwagę, że zgodnie z art. 99 ust. 1 pzp *„Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”*. Niewątpliwie wymagania wskazane w pkt 3 OPZ mają wpływ na sporządzenie oferty, lecz nie zostały sprecyzowane w sposób dostateczny. Wykonawca zwraca uwagę, że *„Wszyscy wykonawcy obecni na rynku nie muszą wcale znać danego przedmiotu zamówienia dokładnie tak samo i wiedzieć o nim tego samego. W ramach zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji wykonawcy mają otrzymać takie same informacje pochodzące od zamawiającego, a informacje przekazywane im przez zamawiającego mają być wystarczające do przygotowania oferty”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2012 r. KIO 1207/12). Nie jest dla wszystkich wiadome jaką dokumentację wymaga Kopalnia Piasku KOTLARNIA – Linie Kolejowe Sp. z o.o. Skoro to Zamawiający jest gospodarzem postępowania, winien podać szczegółowe wymagania już w SWZ.
Sporządzony opis nie powinien pozostawiać żadnych wątpliwości bądź też możliwości dowolnej jego interpretacji. Opis winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej, obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty. *„Precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert*

ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie (por. Gawrońska-Baran Andrzel i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz Opublikowano: WKP 2021 Wyrok KIO z 6.06.2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18, LEX nr 2528926; wyrok KIO z 13.12.2019 r., KIO 2416/19, LEX nr 2770734).

Wykonawca zauważa, że Zamawiający powinien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne nie tylko ogranicza konkurencję, lecz także pozostaje w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego, gdyż większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty (por. wyrok KIO z dnia 6 września 2011 roku, KIO 1820/11).

Odpowiedź:

Wykonawca winien oszacować i skalkulować czas, koszt, zakres niezbędnych nadzorów i uzgodnień robót na infrastrukturze obcej (nie będącej własnością Zamawiającego) w oparciu o przyjętą przez siebie technologię i harmonogram prac, własne rozpoznanie oraz doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji z uwzględnieniem warunków określonych w uzgodnieniach branżowych uzyskanych na etapie projektowania.

Do obowiązków Wykonawcy należy określenie technologii oraz harmonogramu robót i w tym zakresie powinien on dokonać stosownych uzgodnień z administratorami / właścicielami terenu i uzbrojenia terenu.

Wnioski dotyczące załącznika nr 5 – wzór umowy

2. Stosownie do **§ 3 ust 2 pkt 4 Załącznika nr 5 – wzoru umowy** „Wykonawca wykona przedmiot umowy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej, wymaganiami technicznymi określonymi w dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z zachowaniem norm oraz zgodnie z przepisami prawa, w tym uzyskanymi dla inwestycji decyzjami administracyjnymi, z materiałów własnych”. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie i sprecyzowanie przedmiotu decyzji administracyjnych, jakie mając zostać uzyskane przez Wykonawcę w trakcie realizacji inwestycji.

Odpowiedź:

Wykonawca, w ramach realizacji obowiązków umownych, zobowiązany jest do uzyskania w imieniu Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

3. Zgodnie z treścią **§ 3 ust 2 pkt 22 Załącznika nr 5 – wzoru umowy** „na żądania Zamawiającego przeprowadzi badania, które nie były przewidziane niniejszą umową, jeżeli w rezultacie przeprowadzenia tych badań okaże się, że zastosowane materiały bądź wykonanie robót są zgodne z umową, to koszty tych badań obciążają Zamawiającego”. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie dlaczego materiały miałyby zostać powtórnie przebadane, jeżeli uprzednio zgodnie z treścią **§ 3 ust 2 pkt 20 Załącznika nr 5 – wzoru umowy** zostały zatwierdzone przez właściwego inspektora nadzoru inwestorskiego? Czy zatwierdzenie tych materiałów przez inspektora nadzoru skutkuje zwolnieniem z obowiązku przeprowadzenia badań? Wykonawca wnosi o wyjaśnienie i wskazanie precyzyjnych przesłanek przeprowadzenia powtórnych badań materiałów, w szczególności, że koszty przeprowadzonych badań mając zdaniem Zamawiającego obciążać w całości Wykonawcę. W oparciu o jakie obiektywne i niedyskryminujące kryteria Wykonawca winien kalkulować ryzyko związane z wystąpieniem przeprowadzenia

dodatkowych badań, nieprzewidzianych umową „na żądanie Zamawiającego”. Czy czas przestoju spowodowany przeprowadzaniem badań „na żądanie Zamawiającego”, jeśli badania nie wykażą naruszenia umowy, stanowi podstawę do przedłużenia terminu realizacji umowy?

Odpowiedź:

Przesłanką do przeprowadzenia dodatkowych badań, nie przewidzianych umową, będą uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do użytych materiałów i jakości wykonanych robót, np. w przypadku podejrzenia, że zastosowano materiały inne niż zatwierdzone lub niedotrzymano reżimu technologicznego.

Analogicznie jak w przypadku kosztów, czas przestoju spowodowany przeprowadzaniem badań „na żądanie Zamawiającego” będzie stanowił podstawę do przedłużenia terminu realizacji umowy w przypadku jeśli badania nie wykażą naruszenia umowy oraz jeśli czas ich przeprowadzenia będzie miał wpływ na termin realizacji umowy.

4. Wedle **§ 3 ust 2 pkt 23 Załącznika nr 5 – wzoru umowy** „Wykonawca zobowiązuje się do posiadania – w czasie obowiązywania niniejszej umowy (lub umów) ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (OC) z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, obejmującej swym zakresem co najmniej szkody powstałe w związku z wykonywaniem robót budowlanych i innych prac objętych przedmiotem umowy, na kwotę ubezpieczenia nie niższą niż 10.000,00 złotych (słownie: dziesięć milionów złotych, 00/100) (...)”. W tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający, przygotowując postępowanie, powinien w sposób uwzględniający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określić warunki udziału mające na celu wybór takiego wykonawcy, który zagwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Warunki udziału w sposób oczywisty powinny być związane z przedmiotem zamówienia, określone w sposób proporcjonalny i badać potencjał wykonawcy pod kątem zdolności do wykonania danego zamówienia. „W pierwszej kolejności wskazać należy, że pod pojęciami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozumieć takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału ekonomicznego itp., aby szansę udziału w postępowaniu miało jak najwięcej podmiotów oferujących jak najszerszy wachlarz usług i produktów przy jednoczesnym zagwarantowaniu, że uzyskany w ten sposób przedmiot zamówienia spełni oczekiwania i uzasadnione potrzeby zamawiającego”. (Komentarz Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych).

W ocenie Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z działaniem powodującym częściową eliminację określonych wykonawców na skutek nałożenia irrelevantnych z punktu widzenia potrzeb zamawiającego wymagań. Zamawiający formułując określone warunki zamówienia powinien uwzględnić cel jakiemu ma służyć zabezpieczenie należytego wykonania umowy. **Zamawiający żądając od Wykonawcy wykazania, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę 10.000.000,00 złotych utrudnia uczciwą konkurencję.** W ocenie Wykonawcy Zamawiający nie może żądać sumy gwarancyjnej ubezpieczenia w wysokości powodującej obowiązek zapłaty składki ubezpieczeniowej w kwocie, która będzie ograniczać wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia. Określenie wysokości sumy gwarancyjnej ubezpieczenia powodującej obowiązek zapłaty składki ubezpieczeniowej w kwocie ogranicza uzyskanie ubezpieczenia OC, a tym samym ubieganie się o udzielenie zamówienia, stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 pzp. Zdaniem Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu została złamana

zasada zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w określaniu warunków udziału poprzez „zbyt wygórowany i nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym suma ubezpieczenia gwarancyjnego winna zostać pomniejszona do kwoty adekwatnej do przedmiotu zamówienia

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia wymaganą kwotę ubezpieczenia OC z 10 000 000 na 1 000 000 zł.

Wzór umowy zostanie odpowiednio zmodyfikowany.

5. Zgodnie z treścią § 3 ust 2 pkt 31 Załącznika nr 5 – wzoru umowy Wykonawca winien zapewnić „*okolicznym mieszkańcom komunikację pieszą przez teren kolejowy*”. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w oparciu o jakie kryteria winien szacować lokalizację i koszt i ryzyka związane z realizacją takiego obowiązku. Nie znając wymogów dysponenta terenem kolejowym nie sposób na podstawie OPZ czy wzoru umowy tych kosztów chociażby w przybliżony sposób skalkulować. Z drugiej strony takie postanowienie uprzywilejowują już wykonawców, którzy współpracowali z danym operatorem kolejowym w tym przypadku Kopalnią Piasku KOTLARNIA – Linie Kolejowe Sp. z o.o.

Odpowiedź:

Wzór umowy zostanie zmodyfikowany w przedmiotowym zakresie – wymaganie zostanie usunięte.

6. Zgodnie z treścią § 3 ust 2 pkt 45 Załącznika nr 5 – wzoru umowy Wykonawca „*jest zobowiązany do bezpłatnego udostępnienia terenu budowy dla: wykonawstwa robót zlecanych przez Zamawiającego lub Użytkownika lub wykonywanych w ich imieniu lub na jego rzecz przez: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Gliwicach, Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, Wydział Usług Komunalnych Urzędu Miejskiego w Gliwicach, Wydział Gospodarowania Wodami Urzędu Miejskiego w Gliwicach, Tauron Dystrybucja S.A., Tauron Nowe Technologie S.A., operatorów sieci teletechnicznych, Polską Spółkę Gazownictwa Oddział w Zabrze, Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej w Gliwicach, Śląską Sieć Metropolitalną w Gliwicach i inne podmioty, które może wskazać Zamawiający lub Użytkownik, oraz jest zobowiązany do zawarcia z tymi podmiotami stosownego porozumienia o współpracy pracodawców w sprawie zapewnienia pracownikom bezpieczeństwa i higienicznych warunków pracy oraz o ustanowienia koordynatora ds. bhp na podstawie przepisów art. 208 Kodeksu Pracy*”. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w oparciu o jakie kryteria winien kalkulować ryzyka związane ze współdzieleniem terenu budowy z innymi podmiotami? Jak często taka sytuacja będzie się zdarzać, ile podmiotów będzie zatrudnionych na terenie budowy, przez jaki okres czasu? Czy podmioty te będą powodować przeszkody w realizacji robót powierzonych Wykonawcy, w oparciu o jakie kryteria Wykonawca ma ubezpieczyć teren budowy od ryzyk przewidzianych w art. 652 kodeksu cywilnego nie mają prawa dysponowania całym terenem budowy z uwagi na obowiązek jego współdzielenia?

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje sytuacji, w której Wykonawca zobowiązany będzie do udostępnienia terenu budowy dla wykonawstwa innych robót jw. Wzór umowy zostanie zmodyfikowany w przedmiotowym zakresie – zapis zostanie usunięty.

7. Jak wynika z § 3 pkt 5 Załącznika nr 5 – wzoru umowy „*Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub Podwykonawcę / Dalszego Podwykonawcę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia*”

roboty związane z wykonaniem wszystkich czynności przy: 1) mostowych robotach konstrukcyjno-budowlanych, 2) przy budowie kanalizacji deszczowej, 3) robotach drogowych, które polegają na wykonaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. Kodeks pracy”. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy obowiązek ten dotyczy tylko pracowników fizycznych, czy również kierownika budowy, kierowników robót? Wykonawca zwraca uwagę, że jak wynika z opinii Prezesa Urzędu zamówień publicznych „czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.), **zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.** Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp>)

Odpowiedź:

Wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dotyczą osób – pracowników fizycznych, wykonujących w trakcie realizacji zamówienia roboty związane z wykonaniem: mostowych robót konstrukcyjno-budowlanych, kanalizacji deszczowej, robót drogowych. Wymagania w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę nie dotyczą personelu kierowniczego, tj. kierownika budowy i kierowników robót.

8. Jak wynika z § 4 ust. 10 c) Załącznika nr 5 – wzoru umowy „umowa musi zawierać solidarne zobowiązanie Wykonawcy i Podwykonawcy do przekazania Zamawiającemu oświadczenia o kumulatywnym przystąpieniu do długu, którego wzór stanowi załącznik nr 8 (o treści jak zobowiązania gwarancyjne wynikające z niniejszej umowy)” wykonawca wnosi o skreślenie tego postanowienia, albowiem stoi on w sprzeczności z podstawową zasadą zamówień publicznych – możliwością realizacji umowy za pomocą podwykonawcy oraz definicją podwykonawcy zawartą w art. 7 pkt 27) pzp, gdzie wskazano, że ilekroć mowa o umowie o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio **podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.** Wzór umowy z kolei narzuca podwykonawcy by solidarnie odpowiadał za całość umowy. Wykonawca informuje, że stanowi to rażące pogwałcenie przepisów nowej ustawy pzp i stanowi podstawę do wszczęcia kontroli doraźnej przez Prezesa UZP jak również możliwych kontroli NIK oraz RIO. Nie ulega wątpliwości, że „Pojęciem podwykonawcy należy objąć tylko sytuację, gdy podmiot trzeci realizuje część przedmiotu zamówienia na podstawie stosownego porozumienia z wykonawcą, przy czym czyni to na własne ryzyko i rachunek” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 maja 2015 r. KIO 813/15). Tym samym „Na mocy umowy o podwykonawstwo podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia” Kardas Bartłomiej, Podwykonawstwo na gruncie nowego PZP Opublikowano: LEX/el. 2020). Wzór umowy w istocie uniemożliwia posłużenie się podwykonawcami i stawia wszystkich potencjalnych podwykonawców w sytuacji równej konsorcjantom. W ten sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia Zamawiający

eliminuje w istocie w sposób nieuprawniony i naruszający uczciwej konkurencję znaczną część wykonawców, którzy do części robót posługują sprawdzonymi mniejszymi podwykonawcami, którzy z uwagi na olbrzymie ryzyko kontraktowe narzucone przez Zamawiającego nie zdecydują się na zawarcie umów podwykonawczych. Zatem powyższe postanowienia wzoru umowy ewidentnie naruszają postanowienia art. 16 pzp. Wykonawca zwraca uwagę, że „*działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto należy wskazać, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie*”

(Kontrola UZP z 31.03.2016 r., KD/15/16,

https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0023/31496/Dostawa-pomocy-dydaktycznych-i-wyposazenia-dla-szkol-gminy-Mstow-w-ramach-projektu-Szansa-na-rozwoj-z-indywidualizacja.pdf (dostęp: 21.12.2020 r.).

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy umowne w przedmiotowym zakresie.

9. Zgodnie z treścią **§ 7 ust. 9 Załącznika nr 5 – wzoru umowy** „*strony zgłoszą w terminie określonym w ust. 7 pisemne zastrzeżenia do zasadności propozycji zmian wynagrodzenia, jeżeli żądanie będzie bezzasadne, zmiany o których mowa w ust. 3 nie wpłyną na koszt wykonania zamówienia przez Wykonawcę, zostaną przedstawione nierzetelne dane lub żądanie będzie zawierało omyłki i błędy rachunkowe*”. Wykonawca wnosi o precyzyjne wskazanie przesłanek bezzasadności żądania zmian wynagrodzenia przy uwzględnieniu ujawnionych już przesłanek tj. nierzetelnych danych, omyłek i błędów rachunkowych. Obecna redakcja pozostawia pełną uznaniowość dla Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy umowne w przedmiotowym zakresie.

10. Zgodnie z treścią **§ 7 ust. 12 Załącznika nr 5 – wzoru umowy** „*Jeżeli zwiększenie wynagrodzenia będzie skutkowało koniecznością dokonania zmian w budżecie miasta Gliwice albo wieloletniej prognozie finansowej aneks zostanie zawarty nie wcześniej niż po przyjęciu tych zmian przez właściwy organ*” Wykonawca wnosi o wyjaśnienie w jakim terminie dokonane będą zmiany w budżecie Miasta Gliwice lub wieloletniej prognozie finansowej? W oparciu o jakie kryteria Wykonawca winien szacować ryzyko czasu otrzymania środków pieniężnych w wypadku gdy będzie to wymagało w/w zmian?

Odpowiedź:

Zmiany w budżecie Miasta Gliwice lub w wieloletniej prognozie finansowej zwiększające środki finansowe przewidziane na realizację zadania i umożliwiające ankesowanie umowy zostaną wprowadzone w okresie do 2 miesięcy od powzięcia informacji o konieczności zwiększenia wynagrodzenia.

11. Stosownie do treści § 13 pkt 10 Załącznika nr 5 – wzoru umowy stanowiącym, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne „w przypadku bezpośredniego uregulowania przez Zamawiającego wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy/Dalszego Podwykonawcy w wysokości 10% uregulowania wynagrodzenia w kwocie brutto” Podobnie w przypadku bezpośredniego

uregulowania przez Zamawiającego wynagrodzenia na rzecz Podwykonawcy/ Dalszego Podwykonawcy – w wysokości 10% uregulowania wynagrodzenia stanowiącego wartość należną Podwykonawcy/Dalszemu Podwykonawcy powiększonego o podatek VAT, który zobowiązany jest rozliczyć Zamawiający oraz za brak dokonania przez Wykonawcę zmiany wynagrodzenia Podwykonawcy/ Dalszego Podwykonawcy z powodu zmiany cen materiałów lub kosztów realizacji zamówienia na uzasadniony wniosek Podwykonawcy/ Dalszego Podwykonawcy. Z kolei w § 13 pkt 8 pkt 1 określono, iż kary umowne będą naliczane do wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust.1 umowy. Wykonawca wnosi o obniżenie wartości zastrzeżonych kar umownych. Kary umowne powinny być zastrzeżone w obiektywnie uzasadnionej wysokości, w tym wysokości kar umownych, których dochodzić może Zamawiający od Wykonawcy. Wykonawca zwraca uwagę, że *„kara umowna nie może być traktowana jako ubezpieczenie zamawiającego. Kary umowne muszą być proporcjonalne do ceny umowy, a nie do ewentualnych strat zamawiającego, gdyż do tego służą instytucje odszkodowań czy ubezpieczeń. Podobnie możliwość odstąpienia od umowy musi być bardzo precyzyjnie określona i nie można grozić zastosowaniem tej sankcji bez względu na okoliczność zawinienia czy przyczynienia się do powstania strat przez wykonawcę”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2011 r., KIO 1758/11).

W ocenie Wykonawcy wszystkie zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne są rażąco wygórowane i z samego przepisu art. 484 § 2 k.c. podlegać będą zarzutowi ich zmniejszenia, lecz co więcej kary zastrzeżone przez Zamawiającego prowadzą do nieuzasadnione wzbogacenia Zamawiającego. Tymczasem w wyroku z 21 lutego 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 97/08) KIO stwierdza: *„Jakkolwiek pozycja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone”*.

Biorąc pod uwagę, że kary umowne (poza karą za odstąpienie z winy Zamawiającego) zostały przyznane wyłącznie Zamawiającemu, uzasadniona jest ocena, iż umowa rażąco dyskryminuje Wykonawcę. Ze względu na to **Wykonawca wnioskuje o wprowadzenie do specyfikacji warunków zamówienia przewidujących prawo Wykonawcy do kary umownej**. Wykonawca podkreśla, że *„kara umowna przewidziana w art. 483 k.c. stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy. Od odszkodowania sensu stricto kara umowna różni się tylko tym, że należy się bez względu na wysokość szkody (art. 484 § 1 k.c.), jeżeli chodzi natomiast o podstawy odpowiedzialności, ustawodawca nie wprowadził w tym zakresie zasad odrębnych”*. (wyrok Sądu Najwyższego z 20 marca 1968 roku, II CR 419/67, LEX nr 6299). *„Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika określonej w art. 471 k.c., od określonego w tym przepisie odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje - jak wynika z art. 484 § 1 k.c. - bez względu na wysokość szkody”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 2002 roku, V CKN 357/00, LEX nr 55513). Co przy tym najistotniejsze *„kara umowna - jako rażąco wygórowana powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna - tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 § 1 k.c.) - prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacania wierzyciela”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 1988 roku, IV CR 58/88, LEX nr 8867).

Wreszcie wskazać należy, że charakterystyka zastrzeżonych kar umownych prowadzi do przełamania zasady ekwiwalentności świadczeń umownych (art. 487 § 2 k.c.). Brak bowiem jakichkolwiek kar umownych na wypadek niewykonania czy

też nienależytego wykonania świadczeń niepieniężnych przez Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że przedstawiony w załączniku nr 5 wzór umowy obrazuje umowę wzajemną. Tymczasem, „*postanowienia umowy wzajemnej nie mogą naruszać ekwiwalentności świadczeń*” (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2004 r. V CK 670/03, OSNC.2005.9.162). W orzecnictwie utrwalony jest pogląd, iż świadczenia stron powinny być ekwiwalentne, o ile z woli stron wyraźnie nie wynika nic innego (np. chęć obdarowania). Zgodnie z art. 487 § 2 k.c. umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Z założenia umowa, która ma zostać zawarta w wyniku przedmiotowego przetargu kwalifikowana powinna być, jako umowa wzajemna (Wykonawca spełni określoną usługę, za którą ma otrzymać oznaczone wynagrodzenie). Na tle umów wzajemnych niedopuszczalne jest wprowadzanie, postanowień, które godziłyby w zasadę ekwiwalentności świadczeń stron (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 listopada 2009 r., sygn. 1 ACa 1026/2005; porównaj też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2004 r., sygn. II CK 739/2004). Wykonawca jest świadomy, że przystępując do przetargu, oraz zawierając umowę, ponosi określone ryzyko gospodarcze - gdyż jest ono wpisane w jego działalność. Jednakże całkowicie nieuzasadnione jest twierdzenie, iż prawidłowa (w świetle przepisów k.c. i ustawy Prawo zamówień publicznych) jest sytuacja, w której jeden uczestnik stosunku prawnego wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję kształtuje go tak, aby zdjąć z siebie wszelkie ryzyko (w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie ponosi żadnego ryzyka), natomiast przerzucić go na kontrahenta. Reasumując, charakter zastrzeżonych kar umownych co do zasady ma dyscyplinować Wykonawców a nie dążyć do wzbogacenia Zamawiającego. Stanowisko SN zostało przywołane w wyrokach KIO z 22 grudnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1431/08) i z 1 marca 2011 r. (sygn. akt: KIO 298/11).

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy umowne w przedmiotowym zakresie.

12. Według **§ 14 pkt 15 Załącznika nr 5 – wzoru umowy** kary umowne przewidziane w niniejszej umowie stają się dla Zamawiającego natychmiast wymagalne z chwilą zaistnienia okoliczności uzasadniających ich naliczenie. W ocenie wykonawcy niniejsze postanowienie pozostaje sprzeczne z treścią art. 483 k.c. jak i aktualnym orzecnictwem. Sąd Najwyższy Wydział I Cywilny w postanowieniu z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt: I CSK 249/18 (Legalis Nr 1832674) stwierdził, iż: „zobowiązanie do zapłaty kary umownej jest zobowiązaniem bezterminowym, które staje się wymagalne dopiero niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do jego wykonania, co odnoszone jest także do kary umownej za opóźnienie w spełnieniu świadczenia.” Tym samym wnosi o wykreślenie niniejszego postanowienia.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia bez zmian zapisy umowne w przedmiotowym zakresie.

13. Z uwagi, iż udostępnione i wymagane do złożenia wraz z ofertą przetargowa zakładki kosztorysów „TER-nowy most” oraz „TER-rozbiórka” udostępnione zostały w widoku chronionym uniemożliwiającym ich edytowanie i nanoszenie cen jednostkowych prosimy o zamieszczenie skorygowanych i prawidłowych plików umożliwiających wycenę oferentom.

Odpowiedź:

Zamawiający zamieści poprawiony TER.

14. Wykonawca zwraca się z wnioskiem o doprecyzowanie par. 3 ust. 2 pkt 22 wzoru umowy poprzez uściślenie w zapisie, że chodzi o uzasadnione i konieczne koszty badań dodatkowych. W obecnym kształcie postanowienie obliguje wykonawcę do ponoszenia niesprecyzowanych kosztów badań, co nie pozwala na dokonanie rzetelnej oceny ryzyka związanego ze złożeniem oferty.

Odpowiedź:

Przesłanką do przeprowadzenia dodatkowych badań, nie przewidzianych umową, będą uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do użytych materiałów i jakości wykonanych robót, np. w przypadku podejrzenia, że zastosowano materiały inne niż zatwierdzone, niedotrzymano reżimu technologicznego lub inne podobne.

Analogicznie jak w przypadku kosztów, czas przestoju spowodowany przeprowadzaniem badań „na żądanie Zamawiającego” będzie stanowił podstawę do przedłużenia terminu realizacji umowy w przypadku jeśli badania nie wykażą naruszenia umowy oraz jeśli czas ich przeprowadzenia będzie miał wpływ na termin realizacji umowy.

15. Zgodnie z opisem pozycji kosztorysowej nr 37 d.4.6 przedmiaru branży drogowej należy wycenić wykonanie podbudowy bitumicznej AC 22P, na asfalcie modyfikowanym PMB 45/80-55.

W/w mieszanka mineralno-asfaltowa na potrzeby wykonania podbudowy jest nienormowa tj. niezgodna z wytycznymi WT-2 2014. Jednocześnie, zgodnie z zapisami pkt 2.2 Specyfikacji Technicznej D.04.07.01, do produkcji mieszanki można stosować asfalt modyfikowany PMB 25/55-60.

Prosimy o wyjaśnienie zaistniałej rozbieżności oraz potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza wycenę przedmiotowych robót w oparciu o zapisy w/w Specyfikacji Technicznej.

Odpowiedź:

W warstwie podbudowy zasadniczej należy zastosować asfalt PMB 25/55-60.

16. Zgodnie z opisem pozycji kosztorysowej nr 38 d.5.1 przedmiaru branży drogowej należy wycenić wykonanie warstwy wiążącej AC 16W, na asfalcie modyfikowanym PMB 45/80-55.

W/w mieszanka mineralno-asfaltowa na potrzeby wykonania warstwy wiążącej jest nienormowa tj. niezgodna z wytycznymi WT-2 2014. Jednocześnie, zgodnie z zapisami pkt 2.2

Specyfikacji Technicznej D.05.03.05b, do produkcji mieszanki można stosować asfalt modyfikowany PMB 25/55-60.

Prosimy o wyjaśnienie zaistniałej rozbieżności oraz potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza wycenę przedmiotowych robót w oparciu o zapisy w/w Specyfikacji Technicznej.

Odpowiedź:

W warstwie wiążącej należy zastosować asfalt PMB 25/55-60.

17. Prosimy o podanie wymiarów podwaliny pod umocnienie stożków.

Odpowiedź:

Należy zastosować opór betonowy z betonu C20/25 o szerokości 30 cm i głębokości 1 m.

18. Zgodnie z kosztorysem ofertowym części drogowej w pozycji 37 oraz rysunkami wykonawczymi jest informacja o wykonaniu podbudowy z betonu asfaltowego AC22P, PMB 45/80-55 grubości **10cm**, natomiast w opisie technicznym projektu wykonawczego w pkt. 2.3. jest informacja, że należy wykonać podbudowę zasadniczą z betonu asfaltowego AC22P, PMB 45/80-55 grubości **7cm**.

Proszę o informacje jakiej grubości ma być wykonana podbudowa zasadnicza z betonu asfaltowego AC22P?

Odpowiedź:

Grubość podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC22P należy wykonać zgodnie z częścią rysunkową oraz KO-TER, tj. grubości 10 cm, na bazie asfaltu PMB 25/55-60 – jw.

19. W załączonym przez Zamawiającego kosztorysie dotyczącym branży telekomunikacyjnej znajduje się ukryta kolumna „Krotność”, która w poz. 2.1.8 wynosi 50.

Czy w związku z powyższym wykonawca powinien pokazać kolumnę „krotność” w załączonym do oferty kosztorysie?

Czy w przypadku uwzględnienia kolumny „krotność” w poz. 2.1.8 należy wartość robót należy obliczyć w następujący sposób:

Wartość robót = ilość x krotność x cena jednostkowa?

Odpowiedź:

Skorygowano KO-TER branża telekomunikacyjna, usunięto puste pola oraz scalono ww. pozycję z pozycją dot. *Demontażu pojedynczych słupów w terenie ...* - poz. 2.1.5. po korekcie.

20. Branża drogowa.

Zgodnie z projektem wykonawczym branży drogowej - rysunki przekrojów normalnych z konstrukcją nawierzchni (4.1 - 4.3) w podłożu nasypu zaprojektowana została geotkanina poliestrowa 300/50 kN/m. Zgodnie z zapisami specyfikacji technicznej nr D-02.03.01c Wzmocnienie podłoża geosyntetykami pkt 2.7 opisana została geotkanina polipropylenowa o wytrzymałości na rozciąganie co najmniej 30/30 kN/m. W związku z tym wnosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie ww. rozwiązań jako równoważnych. W przeciwnym przypadku wnosimy modyfikację i ujednolicenie dokumentacji pod kątem wymaganych parametrów materiałów.

Odpowiedź:

Należy zastosować zgodnie z projektem geotkaninę wysokich wytrzymałości 300/50 kN/m. Specyfikację D-02.03.01c. WZMOCNIENIE PODŁOŻA GEOSYNTETYKAMI skorygowano.

21. Branża drogowa.

Zgodnie z projektem wykonawczym branży drogowej w konstrukcji nasypów zastosowane zostały geosyntetyki - georuszty jednokierunkowe o sztywnych węzłach typu T1. Jednocześnie wskazujemy, że w specyfikacji technicznej nr D-02.03.01 dotyczącej wykonania nasypów brak jest informacji dotyczących powyższych materiałów. Zamawiający zawarł opis geosyntetyków w specyfikacji nr D-02.03.01c dotyczącej wzmocnienia podłoża geosyntetykami, w której brak jest odniesienia do geosyntetyków o nomenklaturze z projektu wykonawczego. Podobnie w przypadku specyfikacji technicznej nr D-02.05.01a dotyczącej wykonania ściany oporowej z gruntu zbrojonego w technologii TWS, w której z kolei pojawiają się inne typy i nazwy geosyntetyków, które nie występują w dokumentacji projektowej (T7, E2), a brak jest parametrów georusztów typu T1.

W związku z powyższym wnosimy o wyjaśnienie, czy wymienione w ww. specyfikacjach materiały Zamawiający dopuszcza do zastosowania jako szereg rozwiązań równoważnych. W przeciwnym przypadku wnosimy modyfikację i ujednolicenie dokumentacji pod kątem wymaganych parametrów materiałów.

Odpowiedź:

W specyfikacji D.02.05.01a przedstawione oznaczenie georusztu T7 jest jednoznaczne z oznaczeniem T1 przedstawionym w przedmiarze. Georuszt E2 jest niestosowany w niniejszym projekcie. Georuszt N4 przedstawiony w ST odpowiada N4 w przedmiarze.

22. Branża drogowa.

Zgodnie z zapisami specyfikacji technicznej D-02.03.01 pkt 2 do wykonania nasypów można wykorzystać grunty i materiały ujęte w tablicy 1 (w zależności od miejsca wbudowania oraz ewentualnego ulepszenia m.in. grunty skaliste, łupki przywęglowe przepalone i nieprzepalone, żużle wielkopieczowe, popioły lotne, gliny, pyły piaszczyste itd.). Jednocześnie w specyfikacji technicznej nr D-02.05.01a dotyczącej wykonania ściany oporowej z gruntu zbrojonego w technologii TWS wymagania co do rodzaju materiału zostały zawężone do gruntu sypanego, niespoistego, niewysadzinowego takiego jak: żwir, pospółka, piasek gruby lub średni oraz drobny z zastrzeżeniami. W związku z powyższym wnosimy o wyjaśnienie, czy w zakresie budowy murów oporowych z gruntu zbrojonego do głębokości zakotwienia georusztów typu N4 Zamawiający wymaga zastosowania materiałów zasypowych wg specyfikacji D-02.05.01a, a na pozostałej szerokości nasypu (również w zakresie gdzie występuje zbrojenie nasypu georusztami typu T1) Zamawiający dopuszcza stosowanie materiałów nasypowych wg specyfikacji D-02.03.01 opisanych powyżej.

Odpowiedź:

W przekrojach zbrojonych geosyntetykami należy wykonać zapyskę zgodnie ze specyfikacjami D-02.03.01c i D-02.05.01a. Do nasypów niezbrojonych można użyć kruszywo zgodnie ze specyfikacją D-02.03.01.

23. Branża drogowa.

Wnosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający dopuszcza wykonywanie niejednorodnych materiałowo warstw na szerokości nasypu, t.j. w zakresie, w którym nie występuje zbrojenie nasypu georusztami (środek nasypu wg przekrojów konstrukcyjnych) zastosowanie materiałów nasypowych wg specyfikacji D-02.03.01 pkt 2.

Odpowiedź:

Tak, dopuszcza wykonywanie niejednorodnych materiałowo warstw na szerokości nasypu.

24. Branża drogowa.

Wnosimy o wyjaśnienie w której pozycji kosztorysu ofertowego należy wycenić wykonanie wzmocnienia podłoża w podstawie nasypu, w postaci dwóch warstw kruszywa naturalnego o ciągłym uziarnieniu 0/31,5 grubości 20 cm każda z warstw?

Odpowiedź:

Zasypkę z kruszywa naturalnego uwzględniono w pozycji 13 – skorygowanego KO-TER, branża drogowa.

25. Proszę o wyjaśnienie jaki typ muru oporowego z gruntu zbrojonego należy wycenić dla elementu skrzydełek wiaduktu(poz.9a). Zgodnie z zapisami

w STWiORB należy zastosować system składający się z paneli żelbetowych natomiast w części rysunkowej rys. nr 16 szczegóły i przekroje sugeruje zastosowanie muru z elementów drobnowymiarach.

Odpowiedź:

Ściany oporowe oraz skrzydła przyczółków wiaduktu zaprojektowano i tak należy je skalkulować, jako konstrukcje z gruntu zbrojonego z bloczków betonowych drobnowymiarowych. Dopuszcza się zastosowanie innego systemu ścian oporowych / konstrukcji z gruntu zbrojonego jw.

26. Proszę o zamieszczenie cennika za zajęcie terenu kolejowego oraz zmian w harmonogramie ruchu kolejowego, dla celów rozbiórki oraz budowy obiektu.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dysponuje cennikiem za zajęcie terenu kolejowego oraz zmianami

w harmonogramie w ruchu kolejowego. Do obowiązków Wykonawcy należy przyjęcie technologii i harmonogramów realizacji robót oraz zagospodarowanie placu budowy, które powinny być uzgodnione z właścicielem toru i właścicielem terenu kolejowego. Ewentualne koszty związane z realizacją robót na terenie kolejowym, przy torze należy skalkulować wg własnego rozpoznania.

Anna Gilner

Dyrektor Jednostki