



Nr sprawy: ZP.272.21.2014.PN

Pruszcz Gdański, 28.05.2014r.

**wg rozdzielnika**

W odpowiedzi na fax. z dnia 20.05.2014 r. dotyczący pytań do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **Przebudowa Kanału Raduni na terenie Pruszcza Gdańskiego Etap 2 - km 11+573 do km 12+811 zadanie realizowane w ramach projektu KOMPLEKSOWE ZABEZPIECZENIE PRZECIWPOWODZIOWE ŻUŁAW – ETAP I – POWIAT GDAŃSKI. Projekt współfinansowany przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, lata 2007 – 2013, Zamawiający Powiat Gdański z siedzibą w Pruszczu Gdańskim informuje, że:**

**Pytanie nr 1:**

Wykonawca informuje, że w warunkach dotyczących realizacji inwestycji (m.in.pkt 4.14 SIWZ, § 4 ust. 14 wzoru umowy), że wykonawca ma zapewnić obsługę archeologiczną robót. W tym celu wykonawca przed przystąpieniem do robót ziemnych - uzyska zezwolenie na prowadzenie badań archeologicznych zgodnie z art. 36 ustawy z dnia 23 lipca 20013 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. Nr 162, poz. 1568 ze zm.). W szczególności, wykonawca przygotowuje wniosek o wydanie pozwolenia, zgodnie z § 9. Rozporządzenia ministra kultury i dziedzictwa narodowego z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauracyjnych, robót budowlanych, badań konserwatorskich, badań architektonicznych i innych działań ..

W związku z tym zwracamy się do Zamawiającego o wykreślenie z zakresu czynności wykonawcy prowadzenia badań archeologicznych, i pozostawienie tylko i wyłącznie obowiązku prowadzenia nadzoru archeologicznego, ewentualnie jeżeli Zamawiający oczekuje od wykonawców przeprowadzenia badań archeologicznych, to powinien on dokładnie opisać przedmiot tych badań, ilość, zakres itp. tak, aby wykonawcy mogli należycie skalkulować swoją cenę ofertową. Należy bowiem zauważyć, że ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. Nr 162, poz. 1568 ze zm.) zdefiniowane zostały "badania archeologiczne" (vide: art. 3 pkt 11 ustawy). Ponadto wskazujemy, że jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawców prowadzenia badań archeologicznych, to taki sposób ich opisanie narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli zatem Zamawiający oczekuje od





wykonawców przeprowadzenia badań archeologicznych, to powinien on dokładnie opisać przedmiot tych badań, ilość, zakres itp. tak, aby wykonawcy mogli należycie skalkulować swoją cenę ofertową. Jeżeli natomiast Zamawiający ma na myśli tylko prowadzenie nadzoru archeologicznego, to prosimy o wyraźne zapisanie tego w SIWZ. Ponadto należy wskazać, że zgodnie z art. 36 ust 1 pkt 5 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, prowadzenie badań archeologicznych wymaga pozwolenia wojewódzkiego konserwatora zabytków. W dokumentacji przetargowej takiego pozwolenia jednak brak. Należyte opisanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie jest o tyle istotne, że Zamawiający przewidział ryczałtową formę wynagrodzenia.

### **Odpowiedź nr 1:**

Zamawiający odmawia zmiany umowy we wskazanym zakresie. Zgodnie z pozwoleniem na budowę i opinią archeologiczną, należy przeprowadzić **badania archeologiczne w formie nadzoru** w trakcie wykonywanych prac ziemnych związanych z realizacją inwestycji. W przypadku natrafienia na obiekty archeologiczne, należy przeprowadzić badania ratownicze i wykonać dokumentację archeologiczno-konserwatorską. Wykonawca musi zlecić nadzór (badania w formie nadzoru) uprawnionemu archeologowi posiadającemu kwalifikacje zgodnie z §26 Rozporządzeniem ministra kultury i dziedzictwa narodowego z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych (Dz. U. 2011 nr 165 poz. 987). Na prowadzenie prac archeologicznych należy uzyskać pozwolenie Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Gdańsku. W związku z powyższym wykonawca przygotowuje wniosek o wydanie pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych zgodnie z §9 wyżej wym. Rozp. MKiDN. i uzyska odpowiednie zezwolenie przed przystąpieniem do robót ziemnych.

### **Pytanie nr 2:**

Wykonawca zwraca się z zapytaniem o zmianę w § 12 ust. 1 pkt 1 i 2 wzoru umowy - terminu "opóźnienie" na "zwłoka". Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności za okoliczności od niego niezależne, takie jak np. wadliwa dokumentacja projektowa. Takie stanowisko prezentuje także Krajowa Izba Odwoławcza. Dla przykładu w wyroku z dnia 06 marca 2013 r. (sygn. KIO 411/13) Izba stwierdziła m.in., że: "Izba uznała jednak zarzut za zasadny w części odnoszącej się do nakazania Zamawiającemu zmiany zapisów w zakresie wprowadzenia kar umownych za zwłokę, a nie za opóźnienie". To samo dotyczy § 13 ust. 2 pkt 2 i 3 wzoru umowy, gdzie również Zamawiający posługuje się terminem "opóźnienie". Jak było już o tym wyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby wyciągać negatywne skutki prawne wobec wykonawcy, w sytuacji, gdy opóźnienie nie jest spowodowane przyczynami leżącymi po jego stronie.

### **Odpowiedź nr 2:**

Zamawiający odmawia zmiany umowy we wskazanym zakresie.





**Pytanie nr 3:**

Wykonawca informuje, że w § 6 ust. 2 Zamawiający przewidział, że:

"W przypadku terminowego i bezusterkowego wykonywania i oddawania poszczególnych zakresów robót przez Wykonawcę wynagrodzenie będzie wypłacone z podziałem na lata, w tym w roku 2014 w kwocie nieprzekraczającej brutto"

W związku z tak sformułowanym postanowieniem umownym, zwracamy się o wskazanie jaką kwotę może maksymalnie w tym roku przeznaczyć Zamawiający, ewentualnie stworzenie postanowienia odnoszącego się do określonego % ceny ofertowej. Tego typu informacja ma bowiem istotne przełożenie na zaoferowaną przez wykonawców cenę oferty, i jest im potrzebna do tego, aby należycie skalkulować tę cenę.

**Odpowiedź nr 3:**

Zamawiający może w 2014 roku przeznaczyć na realizację zamówienia 11,4mln zł.

**Pytanie nr 4:**

Dot. § 7 ust. 6 wzoru umowy. Wykonawca zwraca się z zapytaniem o skrócenie przewidzianych tam terminów zastrzeżonych dla Zamawiającego, a odnoszących się do przystąpienia przez niego do czynności odbiorowych. Brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby Zamawiający zastrzegł dla siebie aż tak długie terminy. Tym samym faktyczny czas na ukończeniu robót budowlanych przez wykonawcę, ulega skróceniu.

**Odpowiedź nr 4:**

Zamawiający odmawia zmiany umowy we wskazanym zakresie. W ocenie Zamawiającego, zastrzeżone terminy są racjonalne i uzasadnione w świetle złożonego charakteru inwestycji oraz konieczności zapewnienia należytej weryfikacji wykonywanych prac. Jednocześnie Zamawiający informuje, że w zdecydowanej większości przypadków oczekiwanie na dokonanie odbiorów częściowych nie uniemożliwia wykonawcy realizacji dalszych prac na terenie budowy, tj. nie uzasadnia wstrzymania robót.

**Pytanie nr 5:**

W § 4 ust. 25 wzoru umowy Zamawiający zamieścił postanowienie o następującej treści (postanowienie to znalazło się również w innych miejscach SIWZ):

"Umowa Wykonawcy z podwykonawcą będzie przewidywać wyłączenie potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) oraz wyłączenie prawa do dokonywania jakichkolwiek zatrzymań części lub całości wynagrodzenia podwykonawcy (dalszego podwykonawcy), w szczególności zatrzymań z tytułu tzw. kaucji gwarancyjnych."

Wykonawca zwraca się z wnioskiem wykreślenie tego postanowienia. Tego typu postanowienie ingeruje bowiem w swobodę kontraktową umów zawieranych przez generalnego wykonawcę ze swoimi podwykonawcami. Znowelizowana ustawa Prawo zamówień publicznych, pomimo narzucenia pewnych elementów jakie obowiązkowo powinna zawierać umowa o podwykonawstwo, to kwestii potrąceń, czy też kaucji gwarancyjnych nie reguluje. Tym samym oznacza to, że Zamawiający nie może tego typu zakazów narzucić wykonawcy. Wykonawca wskazuje, że potrącenie to jeden ze sposobów





umarzania wzajemnych zobowiązań, a co więcej jest prawo bezwzględnie obowiązujące, którego nie można wyłączyć przez czynność prawną. Poza tym brak możliwości ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez ustanowienie tzw. kaucji gwarancyjnych (co jest powszechnie stosowane), zmusza generalnego wykonawcę do tego, aby zawierał 011 umowy podwykonawcze tylko i wyłącznie z podwykonawcami, którzy są w stanie uzyskać gwarancję bankową lub ubezpieczeniową, co w przypadku małych firm jest bardzo często niemożliwe, i ustanowienie zabezpieczenia w formie kaucji gwarancyjnych, jest jedyną możliwością ustanowienia zabezpieczenia. Poza tym wskazujemy, że Zamawiający jako inwestor nie ponosi solidarnej odpowiedzialności za niezwrócenie kaucji gwarancyjnych, przepis art. 6471 § 5 Kodeksu cywilnego odnosi się tylko i wyłącznie do zapłaty wynagrodzenia, a nie zwrotu kaucji gwarancyjnych, które po ich zatrzymaniu nie są już wynagrodzeniem.

#### **.Odpowiedź nr 5:**

Zgodnie z art. 647[1] k.c., w przypadkach tam określonych, Zamawiający jest solidarnie odpowiedzialny za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (dalszego podwykonawcy). W przypadku stosowania przez Wykonawcę (podwykonawcę, dalszego podwykonawcę) zatrzymań i potrąceń z wynagrodzeń ich podwykonawców, może dojść do sytuacji, w której po zakończeniu inwestycji, wskutek np. niezwrócenia kaucji gwarancyjnej, Zamawiający może zostać skutecznie pozwany przez podwykonawcę o zapłatę tych należności. Prowadziłoby to do podwójnej zapłaty przez Zamawiającego, który musiałby z kolei dochodzić swoich roszczeń od wykonawcy (podwykonawcy, dalszego podwykonawcy), rzeczywiście odpowiedzialnego za nieuregulowanie swoich zobowiązań. W tym stanie rzeczy, postanowienie umowy dotyczące zakazu potrąceń i zatrzymań z wynagrodzenia podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) należy uznać za uzasadnione. Zamawiający zwraca uwagę, że w przypadku gdy ewentualne roszczenia Wykonawcy względem podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) będą niesporne pomiędzy tymi podmiotami, będą one mogły dokonać zgodnych rozliczeń w tym zakresie, nie narażając Zamawiającego na podwójną zapłatę z tytułu solidarnej odpowiedzialności uregulowanej w art. 647[1] k.c. Zamawiający wskazuje ponadto, że w zakresie nieuregulowanym ustawą Prawo zamówień publicznych, stosuje się ogólne przepisy Kodeksu cywilnego, w tym zasadę swobody umów (por. art. 139 pzp). Tym samym, omawiane postanowienie nie jest sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych, która tej kwestii w ogóle nie reguluje. Zamawiający zaprzecza też twierdzeniu, jakoby prawa potrącenia nie można było wyłączyć w drodze czynności prawnej. Stanowisko przedstawione w pytaniu jest w tym zakresie sprzeczne z utrwalonymi poglądami zarówno orzecznictwa, jak i doktryny przedmiotu. Zamawiający nie zgadza się też z zarzutem ograniczenia możliwości udziału mniejszych podwykonawców. Zamawiający wskazuje, że zabezpieczenie w pieniądzu może być realizowane w innych sposób, niż w drodze zatrzymań z wynagrodzenia podwykonawcy. Przykładowo, strony umową się umówić, że podwykonawca, po otrzymaniu zapłaty, wpłaca wykonawcy określoną kwotę na poczet kaucji gwarancyjnej.



**Pytanie nr 6:**

Wykonawca zwraca się z prośbą o podanie dokładnej nazwy Zamawiającego i beneficjenta gwarancji wadialnej

**Odpowiedź nr 6:**

**Zamawiający**

**Powiat Gdański w Pruszczu Gdańskim**

**Adres: ul. Wojska Polskiego 16**

**83-000 Pruszcz Gdański**

Odpowiedzi zostaną również umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego i na tablicy ogłoszeń w siedzibie Zamawiającego

**w zast. STAROSTY**

  
**Marian Cichon**  
**WICESTAROSTA**