



Urząd Gminy Elk

ul. T. Kościuszki 28A, 19-300 Elk
tel. +48 87 619 45 50, faks +48 87 619 45 01
e-mail: ug@elk.gmina.pl, www.elk.gmina.pl

Elk, dnia 9 sierpnia 2017 r.

Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Znak sprawy: IZP.271.3.27.2017

dot. postępowania pn. „Modernizacja oświetlenia drogowego oraz dobudowa nowych punktów i linii oświetleniowych w Gminie Elk wraz z zapewnieniem finansowania”

Odpowiedzi na zapytanie

Gmina Elk, jako zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, działając zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) udziela odpowiedzi na zadane pytania:

Pytanie

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, dyspozycją Art. 31 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w dalszej treści „Pzp”, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą Programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (Art. 31 ust. 3 Pzp). Minister Infrastruktury w Rozporządzeniu z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego określił szczegółowy minimalny zakres i formę programu funkcjonalno-użytkowego, zwanego w dalszej treści pisma „Rozporządzeniem”, do którego odnosi się delegacja Art. 31 ust. 4 Pzp. i do stosowania której jednostka samorządu terytorialnego jest szczególnie obowiązana. Program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych (Rozdział 4 §15 Rozporządzenia). W oparciu o załączony dokument do specyfikacji istotnych warunków zamówienia pn. „Program funkcjonalno-użytkowy, nie ma możliwości ustalenia

kosztów prac projektowych i robót budowlanych w zakresie dobudowy oświetlenia pkt. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5. To nie jest Program funkcjonalno - użytkowy, jaki jest wymagany przepisami prawa, to są wyłącznie „luźne” przemyślenia i przypuszczenia autora tego dokumentu w sposób istotny oderwane od rzeczywistości.

A zatem, żądamy załączenia programu funkcjonalno-użytkowego zawierającego co najmniej niezbędne elementy wynikające z Rozporządzenia:

1. przedmiarów robót – wymóg wynika z Rozdziału 4 §18.2 - opis ogólny przedmiotu zamówienia pkt. 1) – 4).
2. oświadczeń Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomościami (łącznie z wykazem działek, na których będą prowadzone roboty) na cele budowlane – wymóg wynika z Rozdziału 4 §19 pkt. 2).
3. schematów dobudowywanych nowych linii oświetleniowych wykonanych na kopii mapy zasadniczej – wymóg wynika z Rozdziału 4 §19 pkt. 4) ppkt. a).
4. warunków technicznych PGE Dystrybucja S.A. właściwy Oddział związanych z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci energetycznych – wymóg wynika z Rozdziału 4 §19 pkt. 4) ppkt. h).
5. kopii uprawnień Projektanta uprawniających do wykonywania projektów w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych łącznie z dowodem na przynależność do właściwej OIIB wraz z dowodem posiadania wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Ponadto, w zakresie wymiany istniejących opraw w Dziale 1.1. pkt. I t.zw. Programu funkcjonalno-użytkowego Zamawiający stawia Wykonawcy do wykonania, cyt.: *„Zamawiający wymaga przed przystąpieniem do prac budowlanych opracowania przez Wykonawcę projektu modernizacji oświetlenia uwzględniającego klasy dróg i kategorie oświetlenia, zapewniającego osiągnięcie wymaganych normami parametrów (spełnienie wymagań określonych w normie oświetlenia drogowego PN-EN 13201 lub równoważnego systemu odniesienia) wraz z uzgodnieniami i obliczeniami fotometrycznymi.”*

Dyspozycją §19 ust. 4 ppkt. g) Rozporządzenia w związku z Art. 30 ust. 1 pkt. 2) ppkt. a) Pzp, żądamy załączenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia właściwego programu funkcjonalno - użytkowego zawierającego co najmniej:

1. inwentaryzacji istniejącego oświetlenia drogowego w szczególności brył fotometrycznych wszystkich dróg, na których przewiduje się wymianę opraw w zakresie co najmniej:
 - szerokość drogi,
 - odstęp słupa od drogi,
 - odstęp pomiędzy słupami,
 - długość wysięgników,
 - kategorii przyporządkowanych poszczególnym drogom przydzielonych zgodnie z przywołaną normą oświetleniową PN-EN 13201,
 - współczynnika zapasu (utrzymania).
2. obliczeń fotometrycznych wykonanych w poszczególnych bryłach fotometrycznych potwierdzających, że Zamawiający z należytą starannością opisał przedmiot zamówienia i dla ilości i mocy (wartości strumienia światła) opraw przyjętych jak w załączniku Nr 7 do SIWZ zostały wypełnione wymagania parametrów oświetleniowych, na wszystkich drogach objętych wymianą opraw, wynikających z obowiązującej normy PN-EN 13201 dla przyjętych przez Zamawiającego

za wady programu funkcjonalno-użytkowego na Wykonawcę robót budowlanych po podpisaniu umowy. W tym postępowaniu, Zamawiający wskazuje, że nie jest pewny poprawności przygotowania, a przecież art. 29 ust. 1 ustawy Pzp obarcza Zamawiającego obowiązkiem opisanie 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, za co odpowiedzialność ponosi Kierownik Zamawiającego (a nie Wykonawca) - art. 18 ust. 1 Pzp. Postanowienia umowy rozszerzające po podpisaniu umowy w sposób „domyślny zakres zamówienia” należy uznać za niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest tak opisać przedmiot zamówienia, by Wykonawca nie miał wątpliwości co do zakresu umownego zobowiązania i mógł zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą (art. 140 ust. 1 Pzp).

W przypadku tego postępowania zaistniały obowiązki obciążające Wykonawcę koniecznością wykonania brakujących rysunków i uzupełnienia programu funkcjonalno-użytkowego w zakresie wymaganym dla poprawnej realizacji zamówienia publicznego. Tym samym Zamawiający wskazuje, że nie jest pewny poprawności przygotowanego postępowania przetargowego. Takie postanowienia umowy należy uznać za niezgodne z art. 29 ust. 1 Pzp jako rozszerzające „domyślny zakres zamówienia” po podpisaniu umowy. Na Wykonawcę został nałożony obowiązek na etapie ofertowania konieczności szczegółowego badania terenu przyszłej budowy, w tym sprawdzenia geologicznych i geotechnicznych warunków podłoża, podkładów geodezyjnych, inwentaryzacji geodezyjnej uzbrojenia podziemnego, naziemnego i innych obiektów i konieczności późniejszego wykonania robót, które będą wynikiem uzyskanych w przyszłości informacji, a więc takich, które nie były znane (nie były do przewidzenia) Zamawiającemu na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego. To właśnie jest tu dominujące, że Zamawiający informuje „domyślnie”, że nie dopełnił ciężących na nim obowiązków wynikających z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, w związku z art. 29 i 31 ustawy Pzp, co w konsekwencji już na etapie ofertowania wskazuje, że po podpisaniu umowy mogą wystąpić przeszkody w należytych jej wykonaniu. Jest to zapis umowny, który trudno uznać, że mieści się w ryzyku i zasadach ryzyka, które obciążają Wykonawcę na zasadach winy odpowiedzialności, bo trudno znaleźć związek przypisania odpowiedzialności Wykonawcy z tego tytułu. Nie można w racjonalny sposób oczekiwać, aby nawet doświadczony Wykonawca mógł przyjąć nieokreślony i nieopisany poziom ryzyka do swojej oferty, tym bardziej gdy takie informacje powinien przekazać Zamawiający na etapie ofertowania.

To przedmiotowe postępowanie zmierza do obarczenia Wykonawcy po podpisaniu umowy obowiązkami ustawowo przypisanymi Zamawiającemu w procesie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze „projektuj i buduj”, a wynikającymi z art. 31 ust. 2, 3 i 4 pkt. 3 Pzp i § 19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

W szczególności obowiązkiem Zamawiającego na etapie ogłaszania przetargu zgodnie z § 19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury jest posiadać w zależności od charakteru inwestycji: prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych w szczególności kopię mapy zasadniczej, wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy, raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu

kategorii oświetleniowych dróg oraz współczynnika konserwacji (utrzymania).

Wymóg pkt. 1. i 2. jak wyżej wynika z §19 pkt. 1) – 4) Rozporządzenia.

Trudno nam zrozumieć, jak Zamawiający sobie wyobraża ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i kosztów robót budowlanych przez wykonawców i jak sobie wyobraża, że oferty przez nich złożone będą porównywalne, będą zawierały wycenę takich samych elementów robót. Z orzecznictwa i uregulowań prawnych wynika jednoznaczny wniosek, że każde postanowienie umowne (zarówno w przypadku gdy dokumentację projektową dostarcza Zamawiający, jak i gdy realizacja inwestycji odbywa się w procedurze „projektuj i buduj”) naruszające obowiązujące prawo w zamówieniach publicznych należy uznać za sprzeczne z ustawą – Pzp, bądź należy uznać je za nieważne w trybie art. 58 § 1 k.c. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. W zamówieniach publicznych do czynności prawnych sprzecznych z ustawą Pzp lub mających na celu obejście ustawy, bądź które mogą być uznane za naruszające prawo, należy zaliczyć wszystkie postanowienia umowne przenoszące na Wykonawcę ustawowe obowiązki Zamawiającego, a w szczególności te, ujęte w Opisie przedmiotu zamówienia, jak: warunki techniczne i uzgodnienia z PGE Dystrybucja S.A., zgody właścicieli działek, na których będzie prowadzona inwestycja, itp., oraz obowiązki nakładające na wykonawcę szczegółową weryfikację programu funkcjonalno-użytkowego i zgłaszania wykrytych wad na etapie składania ofert. Należy przede wszystkim zauważyć, że z art. 651 k.c. (w związku z art. 139 ust. 1 Pzp) nie sposób wyprowadzić wniosku, że Wykonawca ma obowiązek dokonywać na etapie ofertowania (przetargu) szczegółowego sprawdzenia dostarczonej dokumentacji w celu wykrycia ewentualnych wad projektowych, bo Wykonawca robót budowlanych nie musi dysponować na etapie przetargu specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania. Musi jedynie umieć odczytać specyfikacje istotnych warunków zamówienia i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przygotować ofertę. Powinien on natomiast niezwłocznie w trakcie realizacji inwestycji po zawarciu umowy zawiadomić Zamawiającego, zgodnie z art. 651 k.c., o przeszkodzie w prawidłowym wykonaniu robót i o niemożliwości spełnienia świadczenia na podstawie otrzymanego programu funkcjonalno-użytkowego lub też o tym, że realizacja wymagań Zamawiającego spowoduje powstanie obiektu wadliwego (art. 655 k.c.). Trzeba bowiem mieć na względzie tę okoliczność, że dostarczony program funkcjonalno-użytkowy został wykonany (lub powinien być wykonany) przez specjalistyczną firmę na zlecenie Zamawiającego, a więc profesjonalistę. Za przygotowanie postępowania przetargowego odpowiada Zamawiający, zgodnie z art. 15 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 i art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, z przepisów Pzp nie wynika, aby Wykonawca był zobowiązany przyjąć na siebie dalej idące obowiązki niż wynikające z art. 651 k.c. (wyrok SN z dnia 27 marca 2000 r, III CKN 629/98: Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad (651 kc)). Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 28 kwietnia 2006 r., II Ca 455/06, na skutek skargi Wykonawcy od wyroku Zespołu Arbitrów UZP, podając m.in. w uzasadnieniu: Przepis art. 38 ust. 1 Pzp ani żaden inny przepis tej ustawy nie nakłada na Wykonawców obowiązku żądania wyjaśnień treści siwz w przypadku powstania jakichkolwiek niejasności, ani też nie wprowadza zasady obciążania Wykonawcy negatywnymi skutkami braku żądania wyjaśnień, nawet w przypadku gdy taka potrzeba obiektywnie istniała. Także, należy uznać, jako naruszające obowiązujące prawo, te obowiązki przenoszące odpowiedzialność



Urząd Gminy Elk

ul. T. Kościuszki 28A, 19-300 Elk
tel. +48 87 619 45 50, faks +48 87 619 45 01
e-mail: ug@elk.gmina.pl, www.elk.gmina.pl

ochrony środowiska, inwentaryzację obiektów budowlanych, które podlegają one przebudowie w zakresie instalacji i urządzeń - a także wskazania Zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek, porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci energetycznych oraz dróg publicznych.

Odpowiedź:

Żądania Wykonawcy, aby Zamawiający załączył przedmiary robót, schematy nowych linii, oświadczenia dysponowania gruntem oraz uzgodnienia z PGE nie mają podstawy w przypadku obecnej procedury - dotyczą inwestycji, które są zaplanowane ilościowo i lokalizacjami. Zgodnie z załącznikami i opisem Zamawiający wskazał odcinki dróg, na których należy ZAPROJEKTOWAĆ oraz wybudować nowe oświetlenie - bez wskazania choćby, po której stronie drogi oraz w jakich odległościach należy zaprojektować i wybudować nowe linie.

Ponadto, Zamawiający podkreśla, że bardzo szczegółowe wyliczenie długości nowych odcinków i dokładne posadowienie ich na mapach sytuacyjnych powinno pozwolić na precyzyjne wyliczenie przyszłych kosztów inwestycji.

Zamawiający uznaje, że przedstawione założenia i informacje są wystarczające do sporządzenia prawidłowo wyliczonej oferty, a procedura nie jest obciążona wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Z up. W. OJTA
SEKRETARZ GMINY
mgr Krzysztof Bronakowski