

Odpowiedzi na pytania wykonawców, cz. 4- data publikacji 02 marca 2017 r.

Dotyczy konkursu pn. Rozbudowa Szpitala Powiatowego w Gryfinie o budynek mieszczący izbę przyjęć, blok operacyjny, zespół porodowy, oddział położniczo neonatologiczny, wraz z wykonaniem niezbędnego projektu wykonawczego, 74-100 Gryfino, ul. Parkowa 5, działka 162/1, 156, 166dr obręb 0003 Gryfino 3 zgodnie z decyzją nr 424/2016 Starosty Powiatu Gryfińskiego z dnia 27 września 2016 zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę.

Pytanie nr 1 – dot. Wytyczne dla Wykonawców:

punkt 5.3.1 - Zamawiający będzie wymagał od wybranego wykonawcy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pieniądzu.

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o modyfikację przedmiotowego zapisu poprzez dopuszczenie wnoszenia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej (poręczenia bankowego) lub/i gwarancji ubezpieczeniowej. Uzasadnieniem do takiego żądania Wykonawcy jest w szczególności możliwość wykorzystania przez Wykonawcę instrumentów finansowych powszechnie używanych przez Zamawiających i Wykonawców na rynku, w szczególności na rynku zamówień publicznych, co przyczynia się do ułatwienia dostępu do zamówienia i realnie wpływa na koszty realizacji kontraktu. Warto wskazać, że dopuszczenie i zmiana formy wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przyczyni się do rozszerzenia kręgu podmiotów, które będą mogły brać udział w przedmiotowym postępowaniu, co zdecydowanie wpłynie na konkurencję, a w interesie Zamawiającego jest uzyskanie jak największej ilości ofert od wykonawców potencjalnie zainteresowanych wykonaniem przedmiotowej inwestycji. Dodatkowym argumentem może być również fakt, iż ograniczenie wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy tylko do pieniądza (jako przelewu środków pieniężnych z rachunku Wykonawcy) powoduje, iż koszty zatrzymania wolnych środków pieniężnych, które są w posiadaniu Wykonawcy, Wykonawca ten będzie musiał doliczyć do kosztów kontraktu, co wpłynie na zaoferowaną cenę robót budowlanych. W związku z powyższym wniosek o dopuszczenie wnoszenia do Zamawiającego zabezpieczenie w formie gwarancji bankowej (poręczenia bankowego) lub/i gwarancji bankowej może przyczynić się do obniżenia kosztów wykonania przedmiotowej inwestycji. Zgodnie z wnioskiem Wykonawcy pkt 5.3.1. po zmianie powinien brzmieć: *Zamawiający będzie wymagał od wybranego wykonawcy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w jednej z następujących postaci: pieniądzu, poręczeniach bankowych, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych.* W przypadku przychylenia się do prośby Wykonawcy odpowiednio należy zmienić treść Oferty Konkursowej.

Odpowiedź 1:

Dopuszcza się wniesienie zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej (poręczenia bankowego) lub/i gwarancji ubezpieczeniowej, po wcześniejszym zaakceptowaniu treści dokumentu zabezpieczającego przez zamawiającego.

Pytania do projektu umowy o roboty budowlane

Pytanie nr 2

Proszę o wprowadzenie jednolitego zapisu precyzującego sprzeczność występującą pomiędzy § 4 ust. 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 2 poprzez modyfikację §4 ust. 2 do treści:

Wykonawca rozpocznie roboty budowlane objęte Umową w terminie 7 dni od daty przejęcia terenu budowy.

Odpowiedź 2:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Prace mają zostać podjęte niezwłocznie, jednak nie później niż w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy.

Pytanie nr 3

Proszę o podanie podstawy formalno-prawnej w zakresie konieczności wykonania opinii ornitologicznej (§ 5 ust. 2 pkt 7). Czy są gniazda ptaków ? Jeżeli tak, to czy Zamawiający przewiduje opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy ? W związku z możliwością wystąpienia takiej ewentualności Wykonawca wnosi o wprowadzenie zapisu:

W przypadku konieczności czasowego wstrzymanie robót budowlanych z uwagi na okres lęgowy ptaków (wynikający z opinii ornitologicznej) termin wskazany w § 4 ust. 3 oraz 4 Umowy ulega wydłużeniu o czas wstrzymania robót budowlanych, a Zamawiający nie może z tego tytułu obciążyć Wykonawcę karą umowną z tytułu opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy.

Odpowiedź 3:

Zapis dotyczący opinii ornitologicznej został wykreślony z umowy.

Pytanie nr 4

Wykonawca wnosi o wykreślenie § 5 ust. 3 pkt 1 oraz 2 projektu Umowy narzucenie formy prawnej zatrudnienia przez Wykonawcę osób sprawujących funkcje kierownicze jest nieuzasadnione i wpływa na zwiększenie kosztów kontraktu. Przedmiotowe funkcje mogą być realizowane na podstawie kontraktów, które zawiera Wykonawca z poszczególnymi osobami sprawującymi funkcje kierownicze na budowie.

Odpowiedź 4:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie nr 5

Proszę o zmianę treści § 5 ust. 3 pkt 3 projektu Umowy, jednak przy udzieleniu twierdzącej odpowiedzi na Pytanie nr 3, Wykonawca wnosi o usunięcie zapisu:

„Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego przedstawiał dowody zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, o których mowa w pkt. 1;

Aktualny zapis jest sprzeczny z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, potwierdza to również stanowisko Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, a także opinia Urzędu Zamówień Publicznych dostępna na stronie www.uzp.gov.pl. - fragment, jak niżej „[...] Co do

zasady, niemożliwe na gruncie tego przepisu będzie dokumentowanie zatrudnienia poprzez przedkładanie umów o pracę zawierających dane osobowe pracowników, którzy świadczyć będą czynności na rzecz zamawiającego. Sposób przetwarzania danych osobowych i uprawnienia podmiotów do ich przetwarzania reguluje ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2135 ze zm.). W opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych: „przekazywanie zamawiającemu kopii umów o pracę oraz zakresów obowiązków osób zatrudnionych u wykonawcy jest równoznaczne z udostępnieniem szerokiego zakresu danych osobowych, które nie są zamawiającemu niezbędne z punktu widzenia celu, jakim jest kontrola spełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Dostęp do informacji stanowiących dane osobowe nie jest bowiem niezbędny dla weryfikacji spełnienia określonych warunków [wymogów] przez wykonawcę. W opinii Generalnego Inspektora dla realizacji tego celu wystarczające byłoby przedstawienie przez wykonawcę stosownych oświadczeń czy zaświadczeń lub zanonimizowanych dokumentów. Dla zamawiającego nie jest bowiem istotne kto konkretnie zatrudniony jest u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, a jedynie sam fakt zatrudnienia osób w takiej formie. (...) W tym kontekście przywołać należy zasadę adekwatności, wyrażoną w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych, zgodnie z którą administrator powinien przetwarzać tylko takiego rodzaju dane i tylko o takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych. Dane osobowe nie mogą być zbierane na zapas, „na wszelkie wypadek”, tj. bez wskazania celowości ich pozyskania i niezbędności dla realizacji zadań administratora danych – którym po uzyskaniu danych stałby się zamawiający”. Generalny Inspektor negatywnie odniósł się także do możliwości pozyskania danych osobowych zawartych w umowach o pracę na skutek zgody podmiotu, którego dane dotyczą (tj. zgody pracownika, który upoważniłby wykonawcę do udostępnienia umowy o pracę wraz z zawartymi w niej danymi osobowymi – zamawiającemu). „W opisywanym przypadku jako podstawy przetwarzania (udostępniania) danych nie można uznać zgody osoby, której dane dotyczą, byłaby to bowiem zgoda wyrażona dla realizacji celu innego podmiotu. (...) Pracodawca miałby występować wyłącznie jako pośrednik w pozyskiwaniu zgód od swoich pracowników, a taka konstrukcja nie znajduje uzasadnienia w świetle zasad przetwarzania danych osobowych. Ponadto, aby zgoda mogła być uznana za podstawę prawną musi być wyrażona w sposób dobrowolny. Jednak w relacji zachodzącej między pracodawcą a pracownikiem trudno jest mówić o takiej dobrowolności, gdyż brak jest tu równowagi podmiotowej (stosunek nadrzędności i podrzędności podmiotów), co często może sprzyjać wymuszaniu zgody”. Powyższe znalazło potwierdzenie w wyroku z dnia 1 grudnia 2009 r. Naczelnego Sądu Administracyjnego (sygn. akt I OSK 249/09) – co Generalny Inspektor również podniósł w swoim stanowisku przekazanym Prezesowi UZP. Generalny Inspektor zwrócił także uwagę na fakt, że „zgodnie z definicją zawartą art. 7 pkt 5 ustawy o ochronie danych osobowych – zgoda [na udostępnienie danych osobowych zamawiającemu] może być odwołana [przez pracownika] w każdym czasie. Dlatego w sytuacji, gdy dostęp do określonych informacji miałby służyć realizacji zadań wynikających z przepisów prawa, oparcie się wyłącznie na zgodzie osoby, której dane dotyczą, mogłoby okazać się nieskuteczne”. Możliwy natomiast będzie wymóg przedłożenia umów o pracę zanonimizowanych (pozbawionych danych osobowych pracowników), co może okazać się przydatne w celu weryfikacji zobowiązania wykonawcy/podwykonawcy odnośnie ilości zatrudnionych osób wykonujących czynności na rzecz zamawiającego oraz charakteru tych czynności. Powyższe stanowisko potwierdził także Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych. Obok możliwości żądania zanonimizowanych umów o pracę, w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych zamawiający może również żądać przedłożenia oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących te czynności. Dopuszczalne będzie też żądanie dokumentów potwierdzających opłacanie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę (wraz z informacją o liczbie odprowadzonych składek), które będzie mogło przyjąć postać zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub zanonimizowanych dowodów potwierdzających zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń.

Odpowiedź 5:

Zlecający wyraża na następującą treść postanowienia, po uwzględnieniu zmiany:

"Wykonawca na każde żądanie Zamawiającego przedstawiał dowody zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób, o których mowa w pkt. 1;"

Pytanie nr 6

Proszę o zmianę treści § 7 ust 7 projektu Umowy do treści:

Wykonawca zobowiązany jest na żądanie Zamawiającego udzielić mu wszelkich informacji dotyczących Podwykonawców związanych z realizacją niniejszej umowy.

Odpowiedź 6:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie nr 7

Proszę o zmianę treści § 8 ust 6 do treści:

W przypadku zawarcia aneksu dopuszczającego wydłużenie terminu realizacji robót budowlanych, zgodnie z warunkami Umowy, Wykonawca, zobowiązany jest do wydłużenia terminu obowiązywania zabezpieczenia wniesionego w innej formie niż gotówka przed upływem terminu obowiązywania wniesionego zabezpieczenia.

Odpowiedź 7:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie nr 8

Proszę o zmianę treści § 13 ust. 1 pkt 7 projektu Umowy do treści:

za powierzenie wykonania robót, dostaw, usług objętych Umową Podwykonawcy lub dalszym Podwykonawcom z pominięciem trybu określonego w § 7 umowy, w wysokości 10.000,00 zł. za każde zdarzenie;

Odpowiedź 8:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie nr 9

Proszę o zmianę treści § 13 ust. 1 pkt 8 projektu Umowy do treści:

w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, w wysokości 5.000,00 zł za każde zdarzenie,

Odpowiedź 9:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie nr 10

Proszę o wykreślenie § 13 ust 1 pkt 10 projektu Umowy:

w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, w wysokości 5.000,00 zł za każde zdarzenie,

Odpowiedź 10:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie nr 11

Proszę o zmianę treści § 13 ust 3 projektu Umowy:

„Strony uprawnione są do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przenoszącego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywistej poniesionej szkody przez Zamawiającego na zasadach ogólnych Kodeksu cywilnego z zastrzeżeniem, że Wykonawca ponosi bez ograniczeń umownych odpowiedzialność w zakresie, w jakim bezwzględne przepisy prawa nie pozwalają na zmianę lub ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej. W pozostałym zakresie łączna odpowiedzialność odszkodowawcza Wykonawcy wynikająca z umowy lub pozostająca z nią w związku, niezależnie od podstaw prawnych dochodzonego roszczenia (w tym z tytułu kar umownych) ograniczona jest do wartości umowy netto. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za utracone korzyści, utratę przychodów, utracone dane, utratę zysków, utratę możliwości eksploatacji, przerwy w pracy, koszty kapitałowe, odszkodowania i kary umowne płacone przez Zamawiającego swoim kontrahentom”

Przedmiotowa prośba uzasadniona jest coraz szerszą międzynarodową praktyką, w której standardem są klauzule ograniczające odpowiedzialność odszkodowawczą Wykonawcy, w kontekście coraz powszechniejszej zasady, że odpowiedzialność Wykonawcy nie powinna przekraczać określonej części wynagrodzenia umownego Wykonawcy (min. klauzule takie funkcjonują w umowach Banku Światowego). Pragniemy zauważyć, że ograniczenie odpowiedzialności do konkretnej kwoty i do sytuacji, w których wystąpiła bezpośrednia strata Zamawiającego pozwoli na zaoferowanie znacznie niższej ceny, a wyznaczony pułap kar umownych i łącznej kwoty odpowiedzialności odszkodowawczej są i tak wystarczającym czynnikiem „motywującym” Wykonawcę do należytego, w tym terminowego wykonania umowy.

Odpowiedź 11:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie nr 12

Dotyczy §13. Prosimy o zmianę słowa „opóźnienia” na „zwłoka” mając na uwadze, że Wykonawca powinien odpowiadać tylko za niedotrzymanie terminu spowodowane wyłącznie okolicznościami, za które ponosi odpowiedzialność, które były uzależnione od jego woli, tak jak to jest przy zwłoce, a nie za wszelkie okoliczności, także te na które nie ma żadnego wpływu, które są od niego całkowicie niezależne, jak to ma miejsce przy opóźnieniu.

Odpowiedź 12:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Pytanie nr 13

Dotyczy Załącznik Nr 7 do umowy. Wnosimy o dodanie punktu 16 o treści:

„Gwarancją nie są objęte w szczególności:

a. uszkodzenia i wady dostarczanego sprzętu wynikłe na skutek:

- eksploatacji przez Zamawiającego niezgodnej z jego przeznaczeniem, niestosowania się Zamawiającego do instrukcji obsługi, mechanicznego uszkodzenia powstałego z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub osób trzecich i wywołane nimi wady,*
- samowolnych napraw, przeróbek lub zmian konstrukcyjnych (dokonywanych przez Zamawiającego lub inne nieuprawnione osoby);*

b. uszkodzenia spowodowane zdarzeniami losowymi tzw. siła wyższa (pożar, powódź, zalanie itp.)”

Odpowiedź 13:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę - logicznym jest że Gwarant nie może odpowiadać za takie działania zamawiającego.

Pytanie nr 14

Dotyczy Załącznik Nr 7 do umowy. Wnosimy o dodanie punktu 17 o treści:

„Zasady usuwania wad fizycznych w ramach rękojmi są takie same jak w przypadku usuwania wad fizycznych w ramach gwarancji”

Odpowiedź 14:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę - wynika to z OWRB.