

Świeradów-Zdrój, dnia 23.10.2012r.

Uczestnicy postępowania

ODPOWIEDŹ NA PYTANIA WYKONAWCY

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zawiadamia się, że w dniu 16.10.2012r. wpłynęły pytania do Zamawiającego dotyczące zamówienia publicznego na zadanie pn.:

„Budowa stacji hydropomp wraz z przyłączem energetycznym przy ul. Strumykowej w Świeradowie-Zdroju” o treści:

Pytanie nr 1:

Wnosimy o wykreślenie z rozdziału 16 „Opis sposobu obliczenia ceny” z pkt 4 zapisu:

„Dlatego przed złożeniem oferty wykonawca zobowiązany jest do wizji lokalnej w terenie, celem sprawdzenia miejsca robót oraz warunków związanych z wykonaniem robót będących przedmiotem zamówienia oraz celem uzyskania jakichkolwiek dodatkowych informacji koniecznych do wyceny prac, gdyż wyklucza się możliwość roszczeń Wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do wykonania umowy”.

Żadne przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zobowiązują wykonawców do udziału w wizji lokalnej przed złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane. Udział w wizji lokalnej może mieć tylko charakter fakultatywny, zaś nieobecność wykonawców nie może skutkować dla nich negatywnymi konsekwencjami.

Potwierdza to wyrok z dnia 30 grudnia 2010r. Sygn.akt KIO 2710/10:

„(...) Izba stwierdza w ślad za dotychczasowym orzecznictwem w tym zakresie, iż nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciąża bowiem w ten sposób wykonawców wykonaniem swojego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji lokalnej. Tymczasem przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje jednoznacznie zamawiającego do dokonania opisu 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. Informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty winny być zamieszczone przez zamawiającego w SIWZ i dostępne wszystkim wykonawcom na równych zasadach. Właściwym działaniem zamawiającego winno być pozostawienie możliwości dokonania wizji wyborowi wykonawców jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty a nie mającej wpływu na jej formalną ocenę, oraz zamieszczenie w SIWZ, co najmniej podstawowych informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania (wycenienia) oferty.”

Ponadto w Rozdziale 2 pkt 2) Zamawiający zawarł informację: „Wykonawca przed złożeniem oferty dokona wyceny robót na podstawie dokumentacji projektowej i pomocniczo wizji lokalnej w terenie lub bierze na siebie ryzyko nie dokonania takiej wizji.”

Odpowiedź:

Zamiarem Zamawiającego nie jest narzucenie na Wykonawcę obowiązku dokonania wizji lokalnej w terenie, a jedynie zalecenie jej dokonania w celu prawidłowej wyceny prac, z uwagi na specyficzne ukształtowanie terenu. Zamawiający doprecyzuje zapis z rozdziału 16 „Opis sposobu obliczenia ceny” z pkt 4, który otrzymuje nowe brzmienie: **„Dlatego przed złożeniem oferty Zamawiający zaleca odbycie wizji lokalnej w terenie**, celem sprawdzenia miejsca robót oraz warunków związanych z wykonaniem robót będących przedmiotem zamówienia oraz celem uzyskania jakichkolwiek dodatkowych informacji koniecznych do wyceny prac, gdyż wyklucza się możliwość roszczeń Wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do wykonania umowy, **lub bierze na siebie ryzyko nie dokonania takiej wizji”**.

Pytanie nr 2:

Zamawiający żąda przed zawarciem umowy z Wykonawcą przedstawienia umowy o

podwykonastwo – wnosimy o wykreślenie tego żądania lub zmianę zapisu z możliwością przedstawienia umowy w terminie późniejszym.

Zamawiający po podpisaniu umowy z Wykonawcą będzie miał możliwość działając na podstawie art. 6471 k.c. wyrazić sprzeciw lub zastrzeżenie co do podwykonawców, zaakceptować podwykonawcę lub go odrzucić.

Ponadto w odpowiedzi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z upoważnienia Prezesa Rady Ministrów na interpelację nr 1572 w sprawie przepisów określających przekazanie zamówienia publicznego podwykonawcom czytamy co następuje:

„(...) na etapie postępowania oraz zawierania umowy wykonawca nie jest w stanie wskazać z nazwy wszystkich podwykonawców oraz z uwagi na zmienność sytuacji gospodarczej zapewnić ich udziału przy realizacji zamówienia publicznego (np. duże inwestycji budowlanej) (...)”

Odpowiedź:

W przypadku, gdy Wykonawca zamierza zakres prac powierzyć podwykonawcom zastosowanie będą miały zapisy umowy określone w § 8. Ponadto Zamawiający informuje, iż zgodnie z § 8 umowy Wykonawca może powierzyć prace podwykonawcy na każdym etapie prowadzenia budowy, postępując zgodnie z procedurą opisaną w § 8 umowy. Zamawiający nie ogranicza podwykonastwa w żadnym zakresie. W świetle powyższego Zamawiający wprowadzi modyfikację w rozdziale 18 SIWZ.

Pytanie nr 3:

Wnosimy o zmianę zapisów umowy w § 13 poprzez zmianę sformułowań „opóźnienie” na „zwłoka”.

Zapisy w dotychczasowej formule powodują, iż wykonawca zobowiązany będzie do ewentualnego odszkodowania nawet w sytuacji, gdy nie będzie ponosił odpowiedzialności za niewykonanie umowy w terminie. Sprzeczne jest to z istotą umów o roboty budowlane, w których wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie umowy z własnej winy.

Jest to zatem zapis krzywdzący dla wykonawcy i stawiający go w podporządkowanej pozycji w stosunku do zamawiającego niezależnie od przyczyn ewentualnego niewykonania umowy w terminie.

Dokonując wykładni przepisu art. 476 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. (Dz. U. 1964r., Nr 16, poz. 93 ze zm.) należy wskazać, iż prawo rozróżnia dwa przypadki nienależytego wykonania zobowiązania, tj. opóźnienie oraz zwłokę.

Z opóźnieniem mamy do czynienia wówczas, gdy brak spełnienia świadczenia w określonym terminie przez dłużnika nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

Ze zwłoką mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie wykonał swoich zobowiązań na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.

Jak wynika z poglądów judykatury wyrażonych chociażby w wyroku Sądu Najwyższego wydanego w dniu 11 lutego 1999r., w sprawie o sygnaturze akt III CKN 166/98 (publ.LEX nr 521867) kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 kc), tj. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z nie dołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 kc), czyli jego winy w postaci, (co najmniej), niedbalstwa.

Oznacza to, że kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (476 kc) – nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 kc domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

A zatem posłużenie się instytucją opóźnienia narazi Państwa na ewentualne podniesienie zarzutu nieważności tego zapisu, w oparciu o przepis art. 58 kc co do jego skutków.

Niezależnie od powyższych rozważań na temat legalności niniejszych zapisów wskazać należy, skoro wykonawcy zostaje narzucone całkowite ryzyko niewykonania umowy w terminie, nawet w sytuacji, gdy przekroczenie terminu wynikać będzie z przyczyn od niego niezależnych, to w pełni jest on uprawniony do żądania wyższej gratyfikacji finansowej z tytułu zawarcia i wykonania umowy o roboty budowlane, co wiązało się będzie z poniesieniem przez zamawiającego wyższych kosztów realizacji zamówienia.

Odpowiedź:

W odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający nie przychylił się do wniosku Wykonawcy o zmianę zapisów umowy i jednocześnie wskazuje, iż zamiarem Zamawiającego w formułowaniu umowy było nałożenie odpowiedzialności na Wykonawcę za winę umyślną oraz niedbalstwo

Wykonawcy. Nieprawdą jest, że na Wykonawcę zostało narzucone całkowite ryzyko niewykonania umowy w terminie. Gdy pojawią się okoliczności nienoszące znamion niedbalstwa lub winy Wykonawcy, uprawniają one Wykonawcę do wnioskowania o aneksowanie umowy na podstawie § 20 ust. 2 pkt c) i nie powodują powstania po stronie Zamawiającego uprawnienia do naliczania kar umownych.

Burmistrz Roland Marciniak
Zamawiający