Chełmno, dnia 7.02.2012 r.

RBG.271.2.2013.KZ

*WYJAŚNIENIA i MODYFIKACJE*

*treści SIWZ*

Dot: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Rozbudowę stacji uzdatniania wody w miejscowości Kałdus wraz z modernizacją sieci wodociągowej rozdzielczej przyłączami do budynków we wsi Kałdus.

 Gmina Chełmno działając zgodnie z art. 38 ust. 1,2 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), wyjaśnia i modyfikuje treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Rozbudowę stacji uzdatniania wody w miejscowości Kałdus wraz z modernizacją sieci wodociągowej rozdzielczej z przyłączami do budynków we wsi Kałdus.

Pytanie 1: Wnosimy o wykreślenie z załącznika n1 do SIWZ zapisu: ,,zapoznaliśmy się z terenem budowy”.

 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.

 Takie postępowanie jest niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i potwierdza to wyrok z dnia 30 grudnia 2010 r. 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 swego 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”.

Odpowiedź na pytanie 1:

Modyfikacja SIWZ w związku pytaniem 1: Wykreśla się zapis: ,,zapoznaliśmy się z terenem budowy” w formularzu ofertowym, będącym załącznikiem Nr 1 do SIWZ.

Jednocześnie w rozdz. III SIWZ dodaje się pkt. 5 następującej treści: ,,Zamawiający zaleca dokonanie wizji lokalnej terenu budowy przed przystąpieniem do przygotowania oferty. W przypadku jakichkolwiek rozbieżności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ, a stanem faktycznym, Wykonawca winien zgłosić ten fakt Zamawiającemu przed terminem składania ofert”.

Pytanie 2: Zamawiający w SIWZ opisał warunek udziału dotyczący wiedzy i doświadczenia w następujący sposób: ,,Wykonawca wykonał w ciągu ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub modernizacji stacji poboru i uzdatniania wody”.

 W zakres przedmiotowego zadania wchodzi m. In. wykonanie i uzbrojenie odwiertów, wykonanie obudów dla odwiertów i montaż pomp głębinowych.

2.1 Prosimy o potwierdzenie, że pojęcie budowa lub modernizacja ,,stacji poboru” oznacza budowę lub modernizację ujęcia wody polegającą na wykonaniu odwiertu studni głębinowej lub wymianie pomp głębinowych.

2.2 W przeciwnym razie prosimy o sprecyzowanie, co mieści się pod pojęciem ,,budowa lub modernizacja stacji poboru”.

Odpowiedź na pytanie 2: Budowa lub modernizacja stacji uzdatniania wody w Kałdusie oznacza m. in. budowę lub modernizację ujęcia wody polegającą na wykonaniu odwiertów studni głębinowych lub wymianie pomp głębinowych.

Pytanie 3: Wnosimy o zmianę umowy w § 8 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 1964 r. (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.) należy wskazać, iż prawo rozróżnia dwa przypadki nienależytego wykonania zobowiązania, tj. opóźnienie za 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 1999 r., 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 zapis art. 58 kc, co do jego skutków.

Niezależnie od powyższych rozważań na temat legalności niniejszych zapisów wskazać należy, iż skoro 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 na pytanie 3:

Modyfikacja SIWZ w związku z pytaniem 3: W §8 ust. 1 pkt. b) projektu umowy (Załącznik Nr 8 SIWZ) sformułowanie ,,opóźnienie” zmienia się sformułowaniem ,,zwłoka”.