

Halinów, dnia 10.10.2013 r.

ZK.341-05/2013

Na podstawie art. 38 ust 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2013 r. poz. 907.) Zakład Komunalny w Halinowie udziela odpowiedzi na zadane pytania jakie wpłynęły do Zamawiającego na zadanie prowadzone w trybie przetarg nieograniczony poniżej 5 000 000 euro pt:

„Roboty budowlane polegające na wykonaniu przebudowy i rozbudowaniu Stacji Uzdatniania Wody w miejscowości Wielgolas Duchnowski w Gminie Halinów”.

Pyt. 1.

Prosimy o wykreślenie z § 1 ust. 5 umowy słów „*iz zapoznał się z placem budowy*”.

Żadne przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie zobowiązują wykonawców do udziału w wizji lokalnej placu budowy 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.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyrokach KIO, np. 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 (..)”

Odp. 1

Postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie przewidują obowiązku wykonawców do udziału w wizji lokalnej placu budowy przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Udział w wizji lokalnej ma tylko i wyłącznie charakter fakultatywny, a na wniosek wykonawcy Zamawiający jest gotowy niezwłocznie do udostępnienia placu budowy celem dokonania oględzin w godzinach pracy Zakładu Komunalnego w Halinowie. Brak zapoznania się z terenem budowy przez wykonawców na etapie składania ofert nie będzie wywoływał dla nich żadnych negatywnymi skutków.

Zamawiający stawia warunek zapoznania się z placem budowy wyłącznie wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, czyli dopiero przed podpisaniem umowy o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu. Nie istnieje zatem żadne ryzyko naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwaga nie zasługuje na uwzględnienie.

Pyt. 2

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na wykonaniu przebudowy i rozbudowaniu Stacji Uzdatniania Wody. Prosimy zatem o potwierdzenie, że warunek udziału dotyczący wiedzy i doświadczenia opisany w rozdziale V pkt 1.5 SIWZ oraz w ogłoszeniu z dnia 03.10.2013 zamieszczonym w BZP nr 204407 pkt III.3.2) dotyczy robót budowlanych polegających na wykonaniu przebudowy lub rozbudowy lub modernizacji Stacji Uzdatniania Wody.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp art. 22 ust. 4 ustawy PZP stanowi że „Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.”

Zgodnie z wyrokiem z dnia 19 maja 2008 roku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO/UZP 428/08) „proporcjonalność, czy adekwatność warunku musi odnosić się do przedmiotu zamówienia i przekroczenie granic tego przedmiotu należy uznać za wygórowane wymaganie, nie znajdujące uzasadnienia potrzebami zamawiającego. Warunek nie może być postawiony w taki sposób, aby w oderwaniu od przedmiotu zamówienia stanowił barierę dostępu do postępowania”.

„Wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” – wyrok z dnia 4 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 749/08.

Odp. 2

Zgodnie z pkt 1.5. w Rozdziale V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawca ma obowiązek złożyć pozytywne referencje otrzymane od przynajmniej dwóch klientów, na realizację zamówienia na kwotę co najmniej 2 000 000 zł brutto każde, obejmującego wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy stacji uzdatniania wody o zbliżonych parametrach technicznych i technologicznych do przedmiotu zamówienia. Na mocy art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2010.243.1623 ze zm.) pod pojęciem budowy należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę i nadbudowę obiektu budowlanego. Zamawiający dopuszcza zatem składanie referencji dotyczących wszystkich określonych powyżej postaci budowy obiektu o zbliżonych parametrach technicznych i technologicznych do przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuszcza także składanie referencji dotyczących przebudowy w/w obiektów, którą należy rozumieć zgodnie z definicją art. 3 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo budowlane, tj. jako wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji.

Pyt. 3

Wnosimy o zmianę zapisów umowy w § 7 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 tegoż zapisu, w oparciu o przepis art. 58 kc, co do jego skutków.

Niezależnie od powyższych rozważań na temat legalności niniejszych zapisów wskazać należy, iż 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.

Odp. 3

Różnica pomiędzy opóźnieniem, a zwłoką sprowadza się do tego, że przy świadczeniach pieniężnych wierzyciel może odstąpić od umowy i żądać naprawienia szkody, jeśli dłużnik pozostaje w zwłoce, natomiast odsetki należą się wierzycielowi w przypadku uchybienia terminowi płatności przez dłużnika, choćby to uchybienie nastąpiło z przyczyn, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oznacza to, że zarówno zwłoka jak i opóźnienie dotyczą sytuacji prawnej dłużnika spóźniającego się ze spełnieniem świadczenia, różnica polega jedynie na tym, że o zwłoce można mówić, gdy to spóźnienie następuje z przyczyn zależnych od dłużnika, natomiast opóźnienie, występuje w każdym przypadku uchybienia terminowi nie zależnie od tego czy było ono zawinione przez dłużnika czy też nie. Pojęcie opóźnienia jest zatem pojęciem szerszym i obejmuje także przypadek zwłoki, która jest w rzeczywistości kwalifikowanym przypadkiem opóźnienia. (tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r. KIO 77/12).

Zgodnie z art 353¹ KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W orzecznictwie występują poglądy o bezwarunkowym charakterze kary umownej w myśl których kara umowna w ujęciu kodeksowym, z jednej strony ma skłaniać dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania, z drugiej, stanowi rodzaj dolegliwości w postaci obowiązku zapłaty kary bez względu na przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r. I CKN 791/98). Ponadto, zgodnie z normą przepisu art. 473 § 1 kc, strony mogą zastrzec w umowie, że dłużnik jest obowiązany zapłacić określoną sumę pieniężną w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a więc także wtedy, gdy jest ono następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Nie istnieją zatem przeszkody dla uzależnienia obowiązku wykonawcy do zapłaty kary umownej od popadnięcia jedynie w opóźnienie, a nie w zwłokę. Powyższe stanowisko potwierdza m.in. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 kwietnia 2007 r., zgodnie z którym Zamawiający posiada w ramach swobody umów uprawnienia do żądania kary umownej, nie tylko w razie zwłoki wykonawcy, lecz w sytuacji opóźnienia, bowiem instytucja opóźnienia lepiej zabezpiecza interesy Zamawiającego i podkreśla charakter gwarancyjno - odszkodowawczy kary umownej (sygn. akt UZP/ZO/0-387/07). Podkreślenia wymaga również, że rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy nie wyklucza jego ewentualnych roszczeń o miarkowanie kary umownej (art. 484 § kc).

Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia i konsekwencji obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ kc, nie uchybia zasadzie swobody umów, również tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2009 r. , sygn. akt KIO/UZP 1547/09).

Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek opóźnienia jest oczywiście uprawnione i nie istnieje ryzyko uznania przedmiotowego postanowienia umownego za nieważne na podstawie art. 58 kc, a uwaga nie zasługuje na uwzględnienie.

Pyt. 4

W celu przywrócenia równowagi stron pomiędzy zawierającymi umowę prosimy o ustanowienie kary umownej płatnej przez Zamawiającego z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w art. 145 ustawy PZP, w wysokości 10% wartości wynagrodzenia brutto ustalonego w § 3 ust. 1.

Odp. 4

Ponownie wskazać należy, że zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia i konsekwencji obciążyć ich dodatkowym ryzykiem - co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się także w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ kc, nie uchybia zasadzie swobody umów, również tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1547/09).

Ponadto z zasady swobody umów wynika, iż jakkolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy nie jest konieczna. Błędem jest utożsamianie uprzywilejowania zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Swoboda zawierania umów i określania ich postanowień w takiej samej mierze przez obie strony umowy jest pojęciem idealistycznym. Ścisłe jej stosowanie prowadziłoby do niemożliwości wprowadzenia zmian racjonalnych i z punktu widzenia zamawiającego czy interesu publicznego jak najbardziej pożądanym. Na gruncie prawa zamówień publicznej swoboda cywilistyczna stosunków umownych ograniczona jest ustawowo przez uregulowania ustawy- poprzez instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zasada równości odnosi się na gruncie ustawy, co do zasady, do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców zainteresowanych zamówieniem lub ubiegających się o jego udzielenie, nie zaś do oceny praw i obowiązków stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. To na zamawiającym spoczywa obowiązek odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia który ma służyć określonym interesom społecznym, to zamawiający z tych środków publicznych dokonuje zapłaty za wykonanie zamówienia i tym samym na nim spoczywa obowiązek i prawo dokonania takich zapisów przyszłej umowy, który realizację przedmiotu zamówienia zapewni. Takie uprawnienie musi wynikać z kolejnego obowiązku, albowiem to zamawiający dysponując środkami publicznymi jest poddany przy ich wydatkowaniu dodatkowym rygorom, wynikającym m.in. z ustawy o finansach publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tak: wyrok KIO z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO/2428/10).

Pyt. 5

Czy Zamawiający nie przewiduje możliwości zmian umowy, zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy PZP.

Odp. 5

Zgodnie z art. 144 ust. 1 pzp zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nie przewidują możliwości dokonywania zmiany umowy w stosunku do treści oferty, a zatem Zamawiający nie przewiduje możliwości dokonywania takich zmian.

Odpowiedzi na pytania stają się integralną częścią SIWZ.

DYREKTOR

mgr inż. Małgorzata Komuda-Olowska