

Znak sprawy: IROŚ.271.26.2011

Dotyczy:     ***Zapytania w sprawie postępowania o zamówienie publiczne.***

Gmina Oborniki Śląskie, w związku z prowadzonym postępowaniem o zamówienie publiczne w trybie przetarg nieograniczony na realizację zadania pn.: **„Budowa magistrali wodociągowej Brzeźno-Osolin - etap II kontenerowa pompownia wody oraz agregat prądotwórczy w kontenerze”** odpowiada niniejszym na zadane pytania:

1. W SIWZ zamawiający zawarł następujący zapis:

*„Zamawiający żąda dokonania wizji lokalnej na terenie realizacji inwestycji. Wykonanie tego żądania Wykonawcy potwierdzą stosownym oświadczeniem na druku oferty.”*

oraz w treści Formularza ofertowego:

*„1. Dokonaliśmy wizji lokalnej w terenie objętym zakresem inwestycji będącej przedmiotem zamówienia.”*

Wnosimy o wykreślenie powyższych zapisów.

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, np. w postaci wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty.

Jeżeli wykonawca uważa, że zdobył na podstawie dokumentacji przetargowej wszelkie informacje, które mogą być potrzebne do przygotowania oferty oraz podpisania umowy i nie będzie zgłaszał żadnych roszczeń związanych z błędnym skalkulowaniem ceny lub pominięciem elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, to może na własną odpowiedzialność zrezygnować z dokonania wizji lokalnej.

**ODPOWIEDŹ:**

***Pragniemy zauważyć, że żadne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zabraniają żądania złożenia przedmiotowego oświadczenia. Zamawiający, wprowadzając taki zapis w SIWZ oraz w załączniku nr 1 do SIWZ, działał z myślą o bezpieczeństwie Wykonawcy i o uniknięciu ewentualnych nieporozumień, wynikających z mogących wystąpić specyficznych warunków realizacji zadania nie ujętych w projekcie oraz przedmiarze robót, a mających zasadniczy wpływ na wykonawstwo oraz rozliczenie robót będących przedmiotem zamówienia – tym bardziej, że wynagrodzenie za realizację zadania ma charakter ryczałtowy.***

**Niemniej jednak Zamawiający, przychylając się do wyboru Wykonawców nie zamierzających dokonywać wizji lokalnej, niniejszym wprowadza zmodyfikowany zapis do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ w treści:**

***„Zamawiający sugeruje dokonanie wizji lokalnej na terenie realizacji inwestycji. Jeżeli Wykonawca uważa, że zdobył na podstawie dokumentacji przetargowej wszelkie informacje niezbędne do przygotowania oferty oraz podpisania umowy i nie będzie zgłaszał żadnych roszczeń związanych z błędnym skalkulowaniem ceny lub pominięciem elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, może na własną odpowiedzialność zrezygnować z dokonania wizji lokalnej. Oświadczenie o przeprowadzeniu lub rezygnacji z przeprowadzenia wizji lokalnej Wykonawcy potwierdzą na druku oferty.”***

**W konsekwencji Zamawiający wprowadza modyfikację Załącznika nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowy (w załączeniu).**

2. Wnosimy o zmianę zapisów w treści załącznika nr 2 do SIWZ – Wzór umowy – w § 11, 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.

**ODPOWIEDŹ:**

**Zamawiający wyraża zgodę na zmianę we wskazanym miejscu wzoru umowy sformułowania „opóźnienie” na sformułowanie „zwłoka”.**

3. W treści Załącznika nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowy znajduje się następujący zapis:

*„Następujące roboty i dostawy zamierzamy zlecić podwykonawcom (podać nazwę i adres podwykonawcy, zakres rzeczowy planowany do realizacji przez podwykonawcę)”*

Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający może żądać od wykonawców jedynie wskazania w ofercie części zamówienia (zakresu), której wykonanie powierzy podwykonawcom. W związku z powyższym żądanie od wykonawcy takich informacji jak nazwa i adres podwykonawcy narusza ten przepis.

W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie z treści Formularza oferty zapisów dotyczących danych o podwykonawcach takich jak nazwa i adres.

**ODPOWIEDŹ:**

**Zamawiający przychylił się do wniosku i modyfikuje Załącznik nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowy we wskazanym miejscu.**

4. W SIWZ zamawiający zawarł zapis dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w następujący sposób:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia - realizacja w ciągu ostatnich pięciu lat od daty składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 2 zestawów obiektów o zakresach robót podobnych co do rozwiązań technologicznych jak będących przedmiotem zamówienia.”*

Wnosimy o zmianę tego warunku poprzez zmianę zapisów na następujące:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia - realizacja w ciągu ostatnich pięciu lat od daty składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy to w tym okresie, co najmniej 2 obiektów obejmujących budowę kontenerowej pompowni lub kontenerowej stacji uzdatniania wody oraz 2 obiektów obejmujących swoim zakresem montaż agregatu prądotwórczego.”*

**ODPOWIEDŹ:**

**Przedmiotem zamówienia jest wykonanie współpracującego zestawu pompowni wody – agregat prądotwórczy. W związku z tym zapis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający pozostawia bez zmiany.**

Z poważaniem:

Z upoważnienia Burmistrza Gminy

-mgr inż. Andrzej Małkiewicz-  
Kierownik Wydziału

W załączeniu:

Załącznik nr 1 do SIWZ – Formularz ofertowy.

