

Znak sprawy: IROŚ.271.35.2011

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. 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”.

2. 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.

3. Zamawiający w SIWZ zawarł w pkt 7.2 wymagane dokumenty następujący zapis: **„Dokumenty dotyczące podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy** Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt ...”

Zwracamy się z prośbą o uzupełnienie tego zapisu poprzez wskazanie wymaganych dokumentów lub jego wykreślenie z SIWZ.

ODPOWIEDŹ:

Wskazany w zapytaniu zapis powinien brzmieć: „Dokumenty dotyczące podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy - Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy.”

4. Zamawiający w Formularzu ofertowym – załączniku nr 1 do SIWZ – zawarł następujący zapis *„Umowy z podwykonawcą/podwykonawcami dostarczymy najpóźniej w dniu podpisania umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia”.*

Zwracamy się z prośbą o wykreślenie tego zapisu ze względu na trudność przedstawienia umów z podwykonawcami już w dniu podpisania umowy z Zamawiającym.

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający wychodzi z założenia, że podwykonawca/podwykonawcy oraz zakres powierzonych im prac są znane Wykonawcy już na etapie składania oferty. Dodatkowo od dnia powiadomienia o wyborze do dnia podpisania umowy upływa minimum 5 dni – jest to więc, w odczuciu Zamawiającego, czas wystarczający do podpisania umowy z podwykonawcą/podwykonawcami, którym Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie części robót.

Z poważaniem:

B U R M I S T R Z

-mgr Sławomir Błażewski-