



Piaseczno, dnia 01.12.2014 r.

ODPOWIEDZI NA PYTANIA

AB/GDP/K/14/2845

dotyczy: postępowania na: Rozbiórka istniejących obiektów, budowa stacji uzdatniania wody $Q_h=260$ m³/h, $Q_{dmax}=5720$ m³/d wraz z niezbędnymi obiektami na działce przy ul. Żeromskiego 25 w Piasecznie oraz remont (wymiana) rurociągów tłocznych i kabli zasilająco – sterowniczych dla studni głębinowych nr 1, 2, 3 A i 5 oraz światłowodów łączących oczyszczalnię ścieków ze stacją uzdatniania wody przy ul. Żeromskiego w Piasecznie, nr sprawy: 19/2014-12/PSWI/2011

Szanowni Państwo,

W odpowiedzi na pytania nr 1 z dnia 27.11.2014 r. Zamawiający informuje:

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający nie dysponuje przedmiarami robót dotyczącymi wykonania budynku SUW – branża Budowlana, robót drogowych oraz robót rozbiórkowych istniejących obiektów przewidzianych do likwidacji.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Tak, gdyż znajduje się ona w miejscu projektowanego układu drogowego.

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Złom metali wykonawca dostarczy w miejsca wskazane przez Zamawiającego w odległości do 5 km. Pozostałe materiały pochodzące z demontażu i rozbiórki Wykonawca zagospodaruje we własnym zakresie.

Odpowiedź na pytanie nr 4:

W chwili obecnej Zamawiający nie posiada pozwolenia na wycinkę drzew. Uzyskanie takiego pozwolenia oraz pokrycie kosztów wycinki drzew należy do obowiązków Zamawiającego.

W odpowiedzi na pytania nr 2 z dnia 26.11.2014 r. Zamawiający informuje:
Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę SIWZ. Zdaniem Zamawiającego tak określony wymóg wykazania się posiadaniem wiedzy i doświadczenia nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców. Zamiarem Zamawiającego jest jedynie osiągnięcie optymalnego efektu w postaci wyboru takiego wykonawcy, który zapewni należyte wykonanie umowy. Warunki uczestnictwa w przetargu są dla wszystkich oferentów równe, a próg ustalony w ocenie Zamawiającego w sposób adekwatny do wartości zamówienia.

Ponadto Zamawiający nadmienia, iż regulacja ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.) zasady podlegania jej regulacjom określa w sposób mieszany, podmiotowo-przedmiotowy. Przepisy ustawy w sposób szczególny regulują specyficzny rodzaj zamówień, jakimi są tzw. „zamówienia sektorowe”, tzn. zamówienia udzielane w celu wykonywania jednego z wyszczególnionych w ustawie rodzajów działalności (art. 132 ust. 1 i 2 ustawy). Nie ulega żadnej wątpliwości, iż w/w przedmiot zamówienia spełnia definicję zamówienia sektorowego. Zgodnie z treścią art. 133 ust. 1 ustawy – „do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. A zatem, a contrario do treści w/w przepisu, do zamówień sektorowych o wartości zamówienia niższej lub równej kwoty określonej w aktach wykonawczych do ustawy, ustawy nie stosuje się. Dlatego też postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie jest prowadzone przez Przedsiębiorstwo w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych, lecz w trybie Regulaminu udzielania zamówień obowiązującego w Spółce.

W tej sytuacji postawiony Spółce zarzut działania niezgodnie z przepisami ustawy jest całkowicie chybiony, gdyż to wola ustawodawcy, zamówienia tego rodzaju zostały spod działania przepisów ustawy wyłączone.

W odpowiedzi na pytania nr 3 z dnia 26.11.2014 r. Zamawiający informuje:

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Po zweryfikowaniu Zamawiający informuje, iż w jego ocenie strona internetowa funkcjonuje prawidłowo, a dostęp do Regulaminu, na podstawie którego prowadzone jest postępowanie, jest możliwy. Jednakże wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Oferenta, Zamawiający przesyła treść Regulaminu.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający udostępnia załączniki do SIWZ w wersji edytowalnej.

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Co do zasady Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko i zapis znajdujący się w SIWZ. W przypadku złożenia protokołu odbioru zawierającego drobne, nieistotne uwagi, Zamawiający będzie podejmował decyzję w każdym konkretnym przypadku.

Odpowiedź na pytanie nr 4:

Zdaniem Zamawiającego warunki uczestnictwa w przetargu są dla wszystkich oferentów równe, a próg ustalony w ocenie Zamawiającego w sposób adekwatny do wartości zamówienia.

Ponadto Zamawiający nadmienia, iż regulacja ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.) zasady podlegania jej regulacjom określa w sposób mieszany, podmiotowo-przedmiotowy. Przepisy ustawy w sposób szczególny regulują specyficzny rodzaj zamówień, jakimi są tzw. „zamówienia sektorowe”, tzn. zamówienia udzielane w celu wykonywania jednego z wyszczególnionych w ustawie rodzajów działalności (art. 132 ust. 1 i 2 ustawy). Nie ulega żadnej wątpliwości, iż w/w przedmiot zamówienia spełnia definicję zamówienia sektorowego. Zgodnie z treścią art. 133 ust. 1 ustawy – „do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. A zatem, a contrario do treści w/w przepisu, do zamówień sektorowych o wartości zamówienia niższej lub równej kwoty określonej w aktach wykonawczych do ustawy, ustawy nie stosuje się. Dlatego też postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie jest prowadzone przez Przedsiębiorstwo w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych, lecz w trybie Regulaminu udzielania zamówień obowiązującego w Spółce.

W tej sytuacji postawiony Spółce zarzut działania niezgodnie z przepisami ustawy jest całkowicie chybiony, gdyż to wola ustawodawcy, zamówienia tego rodzaju zostały spod działania przepisów ustawy wyłączone.

Odpowiedź na pytanie nr 5:

W sytuacji, gdy będą to uwagi drobne, nieistotne z punktu widzenia Zamawiającego, zostanie to wzięte pod uwagę przy dokonywaniu płatności. Natomiast standardy Zamawiającego wymagają co do zasady wykonania przedmiotu umowy bezusterkowo.

Odpowiedź na pytanie nr 6:

Zamawiający wyraża zgodę na taką modyfikację wzoru umowy w §14 z „opóźnienia” na „zwłokę”.

W odpowiedzi na pytanie nr 4 z dnia 28.11.2014 r. Zamawiający informuje, iż dla robót obejmujących budowę nowej SUW, wymóg remontu budynku SUW nie dotyczy.

Uprzejmie prosimy o potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma.

PREZES ZARZĄDU

Leszek Prawucki

WICEPREZES ZARZĄDU

Robert Latawiec

PYTANIA NR 1

dotyczy: przetargu nieograniczonego na roboty budowlane dla zadania pn.: Rozbiórka istniejących obiektów, budowa stacji uzdatniania wody $Q_h=260 \text{ m}^3/\text{h}$, $Q_{dmax} = 5720 \text{ m}^3/\text{d}$ wraz z niezbędnymi obiektami na działce przy ul. Żeromskiego 25 w Piasecznie oraz remont (wymiana) rurociągów tłocznych i kabli zasilających – sterowniczych dla studni głębinowych nr 1, 2, 3A i 5 oraz światłowodów łączących oczyszczalnię ścieków ze stacją uzdatniania wody przy ul. Żeromskiego w Piasecznie - zapytanie w sprawie treści SIWZ

1. Czy Zamawiający jest w posiadaniu przedmiarów robót dotyczących wykonania budynku SUW – brzoza budowlana, robót drogowych oraz robót rozbiórkowych istniejących obiektów przewidzianych do likwidacji? Prosimy o udostępnienie ww. przedmiarów.
2. Czy istniejąca na terenie działki droga z kostki betonowej przewidziana jest do rozbiórki?
3. Prosimy o udzielenie informacji o sposobie postępowania z materiałami pochodzącymi z demontażu i rozbiórki obiektów.
4. Czy Zamawiający posiada pozwolenie na wycinkę drzew znajdujących się na terenie działki objętej przedmiotem zamówienia? Jeżeli nie, po czyjej stronie będzie uzyskanie powyższego pozwolenia oraz pokrycie ewentualnych kosztów wycinki drzew?

PYTANIA NR 2

dotyczy: przetargu nieograniczonego na roboty budowlane dla zadania pn.: **Rozbiórka istniejących obiektów, budowa stacji uzdatniania wody $Q_h=260$ m³/h, $Q_{dmax} = 5720$ m³/d wraz z niezbędnymi obiektami na działce przy ul. Żeromskiego 25 w Piasecznie oraz remont (wymiana) rurociągów tłocznych i kabli zasilająco – sterowniczych dla studni głębinowych nr 1, 2, 3A i 5 oraz światłowodów łączących oczyszczalnię ścieków ze stacją uzdatniania wody przy ul. Żeromskiego w Piasecznie zapytanie w sprawie treści SIWZ**

Wykonawca w nawiązaniu do postanowień Rozdziału 1 dział 7 (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków) pkt 7.2.2 (Wiedza i doświadczenie) SIWZ dla zadania inwestycyjnego jw. wskazuje, co następuje:

1. Ugruntowana linia orzecznicza

Zgodnie z tezą Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2011 r. KIO 2013/11 opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co oznacza, że opis powinien uwzględniać cel jakiego ma służyć warunek, a więc dokonania wyboru wykonawcy dającego rękojmię właściwego wykonania zamówienia. Adresatem tego przepisu jest zamawiający w przedmiocie właściwego opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na etapie formułowania ogłoszenia o zamówieniu (...)

Zgodnie z tezą Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2011 r. w sprawach połączonych KIO 1892/11 KIO 1904/11 a contrario z przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazującego na wymóg proporcjonalności opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wynika zasada ustalenia wymogu proporcjonalnie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie zaś z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2011 r. KIO 1820/11 Zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania, a z drugiej strony zapewniały udział w postępowaniu podmiotów, które są w stanie wykonania przedmiotowe zamówienia.

W oparciu o Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2011 r. KIO 1632/11 uznać należy, iż opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz być do niego proporcjonalny. Opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien być więc związany z przedmiotem zamówienia, a co oznacza, że powinien być dokonany z punktu widzenia celu jakiego ma służyć, a mianowicie wyłonienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, jak również powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia.

2. Opis warunków udziału w postępowaniu

Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne musi spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu, tj. między innymi posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia.

W szczególności Wykonawca musi spełniać następujące warunki:

- wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub modernizacja, przebudowa, rozbudowa stacji uzdatniania wody o wydajności części technologicznej nie mniejszej niż 260 m³h, o wartości każdej z robót nie mniejszej niż 7 mln PLN netto (słownie: siedem milionów złotych netto) oraz które zostały ukończone w terminie umownym (deklarowanym w umowie z Zamawiającym).

Każda ze zrealizowanych robót musi obejmować co najmniej budowę zbiornika wody surowej o pojemności nie mniejszej niż 300 m³ wraz z montażem otwartego układu napowietrzania, dostawę i montaż pompowni pośredniej i płucznej, dostawę i montaż układu filtracji ciśnieniowej (filtry płukane wodą surową) o wydajności nie mniejszej niż 260 m³h, wykonanie instalacji elektrycznych i sterowania procesami SUW oraz remont budynku SUW.

W świetle uwag w/w warunek udziału w postępowaniu, jest całkowicie wygórowany do przedmiotu zamówienia i winien jako naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców zostać wykreślony, a ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ winny ulec stosownej modyfikacji.

W nawiązaniu do warunku, w brzmieniu:

- każda ze zrealizowanych robót musi obejmować co najmniej budowę zbiornika wody surowej o pojemności nie mniejszej niż 300 m³ wraz z montażem otwartego układu napowietrzania, dostawę i montaż pompowni pośredniej i płucznej, dostawę i montaż układu filtracji ciśnieniowej (filtry płukane wodą surową) o wydajności nie mniejszej niż 260 m³h, wykonanie instalacji elektrycznych i sterowania procesami SUW oraz remont budynku SUW

stwierdzić należy, iż ewidentnie nadmiernym warunkiem w stosunku do doświadczenia Wykonawcy jest wymóg posiadania doświadczenia dwóch takich samych zakresów robót. Czym bowiem różni się poziom doświadczenia Wykonawcy w przypadku wykonania innego układu technologicznego stacji uzdatniania wody.

W powołaniu na Informację o wyniku kontroli doraźnej UZP znak UZP/DKUE/KU/75/10 z dnia 27 maja 2010 r. stwierdzić należy, iż w celu potwierdzenia posiadania doświadczenia w realizacji dostaw, usług bądź robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia nie jest konieczne posiadanie doświadczenia w realizacji takich samych dostaw, usług bądź robót budowlanych jakich przedmiotem objęte jest postępowanie przetargowe. Uwaga zaś zdania poprzedzającego dotyczy przede wszystkim zakresu zamówienia.

Podkreślenia wymaga, iż w myśl art.7 ust.1 PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zaś określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu winny mieć na celu wyłącznie ustalenie zdolności do wykonania zamówienia i nie mogą one prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Artykuł 22 ustawy Pzp określa katalog warunków, które musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z powyższym przepisem wykonawca musi wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdować się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Oprócz ustawowo i tak ogólnie sformułowanych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu, które będą doprecyzowaniem ogólnych warunków i wynikać mają ze specyfiki danego zamówienia, jak również jego wartości.

Należy podkreślić, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z głównych i podstawowych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, formułując warunki Zamawiający nie może tego czynić w sposób dowolny i w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i wartości postępowania, a także swoich potrzeb, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania. Dokonując tej czynności Zamawiający winien mieć na uwadze jej cel - wybór odpowiedniego wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówienia. W myśl bowiem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 art. 22, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wtedy właśnie opis podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, tak dokonany zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostanie zakwalifikowany jako naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Doprecyzowanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu, do których odsyła ramowy przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, niezmiennie pozostaje uprawnieniem Zamawiającego, którego to jednak uprawnienia Zamawiający nie może nadużywać.

Wnosimy więc o zmianę zapisu SIWZ TOM I Rozdział 1 Dział 7 pkt 7.7.2 na:

Wykonawca winien udokumentować posiadanie doświadczenia zawodowego w zakresie robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, przez co należy rozumieć wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub modernizacja, przebudowa, rozbudowa stacji uzdatniania wody o wydajności części technologicznej nie mniejszej niż 260 m³/h, o wartości każdej z robót nie mniejszej niż 7 mln PLN netto (słownie: siedem milionów złotych netto) oraz które zostały ukończone w terminie umownym (deklarowanym w umowie z Zamawiającym).

Jedna ze zrealizowanych robót musi obejmować co najmniej budowę zbiornika wody surowej o pojemności nie mniejszej niż 300 m³ wraz z montażem otwartego układu napowietrzania, dostawę i montaż pompowni pośredniej i płucznej, dostawę i montaż układu filtracji ciśnieniowej (filtry płukane wodą surową) o wydajności nie mniejszej niż 260 m³/h, wykonanie instalacji elektrycznych i sterowania procesami SUW oraz remont budynku SUW.

PYTANIA NR 3

Pytanie 1:

Wykonawca wnosi o udostępnienie na stronie internetowej Zamawiającego Regulaminu Udzielania Zamówień, niepodlegających ustawie "Prawo zamówień publicznych".

Obecnie, na stronie internetowej <http://bip.pwikpiaseczno.pl/zamowienia-publiczne.html> pod linkiem „zobacz regulamin...” – pojawia się tylko informacja o błędzie.

Pytanie 2:

Wykonawca wnosi o udostępnienie załączników do SIWZ w wersji edytowalnej (np. w formacie doc).

Udostępnienie ww. załączników usprawni Wykonawcom proces przygotowania ofert, a także zmniejszy możliwość wystąpienia ewentualnych błędów.

Pytanie 3:

Mając na uwadze zapis w pkt 7 ppkt 7.2.2 IDW – prosimy o potwierdzenie, że roboty wykazywane w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia mogły zostać zakończone i odebrane protokołem odbioru końcowego lub równoważnym dokumentem, który zawierał uwagi.

Drobne uwagi podczas odbioru nie mają wpływu na dokonanie odbioru końcowego. W przypadku stwierdzenia drobnych uwag lub usterek Wykonawca ma określony termin na ich

usunięciu, jednakże nie wpływa to na możliwość prawidłowego funkcjonowania i użytkowania obiektu.

Pytanie 4:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu w pkt 8 ppkt 8.3 IDW, bowiem zgodnie z jego obecnym brzmieniem Zamawiający nie dopuszcza, aby Wykonawca polegał na zasobach innych podmiotów, w tym na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych.

Pomimo tego, że przedmiotowe postępowanie nie jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych to umożliwienie Wykonawcy powołania się na zasoby innych podmiotów wynika wprost z Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

W wyroku z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 269/11, Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż nowelizacja ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. Prawo zamówień publicznych wprowadziła art. 26 ust. 2b, zgodnie z treścią którego "wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (...)". Celem wprowadzenia ww. przepisu - jak wynika z uzasadnienia rządowego do projektu nowelizacji ustawy P.z.p. - było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienie przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów.

Pytanie 5:

Wnosimy o zmianę w §6 ust. 7 Projektu umowy poprzez wykreślenie zapisu, z którego wynika, że „podstawą zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy są faktury, do których załączane są kopie protokołów bez uwag”, bowiem takie zastrzeżenie jest w naszej ocenie niezasadne. Drobne uwagi podczas odbioru nie mają wpływu na dokonanie odbioru. W przypadku stwierdzenia drobnych uwag lub usterek Wykonawca ma określony termin na ich usunięcie, jednakże nie wpływa to na możliwość prawidłowego funkcjonowania i użytkowania obiektu.

Zgodnie z przyjętą przez doktrynę i sądy wykładnią, samo stwierdzenie istnienia wad robót przy ich odbiorze, nie w każdym przypadku rodzi będzie skutki niewykonania zobowiązania, a co za tym idzie, niepowstania związanego z nim zobowiązania wzajemnego. Wykonanie robót z wadami może być równoznaczne, albo z niewykonaniem zobowiązania albo z nienależyтым wykonaniem zobowiązania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę gdy wada jest istotna, a więc uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem Umowy, albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszające ich wartość. Natomiast pozostałe wady, świadczą tylko o nienależyтым wykonaniu zobowiązania.

Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, a co za tym idzie rzutują na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty. Sąd Apelacyjny w Katowicach

w wyroku z dnia 30 marca 2006 r. I ACa 1900/05 stwierdził, iż wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia. Z powyższego wynika, iż w przypadku wykonania umówionego zakresu robót i zgłoszenia ich do odbioru po stronie Zamawiającego pozostanie obowiązek zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty nawet jeżeli w treści protokołu zostały zgłoszone wady lub usterki nieistotne. W takim przypadku Zamawiający powinien dokonać odbioru zgłoszonych robót, ich jakości i ewentualnych stwierdzonych usterek oraz ich charakter wraz z terminem ich usunięcia (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r. II CKN 28/97). Wobec powyższego Zamawiający ma zatem obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (por. Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. VCSK 99/07). Wykluczenie istnienia jakichkolwiek wad w chwili oddania obiektu budowlanego naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając wykonawcę w niepewności odnośnie wynagrodzenia, w tym zwrotu poniesionych nakładów.

W świetle powyższego Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o wykreślenie w §6 ust. 7 Projektu umowy zapisu o konieczności dotychczas do faktur protokołów bez uwag, jako podstawy do wypłaty wynagrodzenia.

Pytanie 6:

W związku z zastrzeżeniem w §14 Projektu umowy kar „za opóźnienie” Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o zamianę kar umownych za opóźnienie (...) na kary umowne za zwłokę.

Ww. zastrzeżenie, tj. „zwłoka” nie zaś „opóźnienie” ma istotne znaczenie z punktu widzenia zakresu odpowiedzialności Wykonawcy, bowiem według kodeksu cywilnego odróżnić należy opóźnienie zwykłe i opóźnienie kwalifikowane, czyli zwłokę dłużnika. Dłużnik opóźnia się z wykonaniem zobowiązania, jeżeli nie spełnia świadczenia w terminie oznaczonym wyraźnie w treści zobowiązania lub wynikającym z jego właściwości albo, gdy termin nie był oznaczony, jeżeli nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu go do wykonania (zob. art. 455 kodeksu cywilnego).

W myśl art. 476 kodeksu cywilnego, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy świadomie, celowo, nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Zwłoka dłużnika jest opóźnieniem w spełnieniu świadczenia, za które dłużnik odpowiada, co w myśl art. 471 kodeksu cywilnego rodzi obowiązek naprawienia wierzycielowi szkody. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przestanką uzasadniającą nałożenie na dłużnika (tu Wykonawca) obowiązku naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązania, poprzez zapłatę kar umownych, jest zaistnienie zwłoki po stronie dłużnika (Wykonawcy) (a więc opóźnienia kwalifikowanego wynikającego z winy dłużnika- art. 476 kc). Zgodnie z najnowszym orzecnictwem Sądu Najwyższego (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2013 r. sygn. I CSK 124/2013) strony w umowie nie mogą przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi

wierzyciel. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika, a zasada swobody umów, w świetle art. 353¹ kc, ograniczona jest właściwościami stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współżycia społecznego- rozszerzenie więc odpowiedzialności dłużnika o przyczyny leżące po stronie wierzyciela, naruszałoby zarówno art. 65 kc (oświadczenie woli należy tłumaczyć tak jak tego wymagają zasady współżycia społecznego, ustalone zwyczaje i cel umowy), jak i art. 353¹ kc w zw. z art. 56 kc.

Wniosek Wykonawcy jest również spójny ze stanowiskiem wyrażonym w liście otwartym do instytucji zamawiających (pismo znak CUPT/DK/KKI/06/542/1/MaB/14 z dnia 19 marca 2014 r.) Dyrektora Centrum Unijnych Projektów Transportowych, który wskazał, iż „w realizowanych projektach pojawia się podejście, aby wykonawcę obciążać pełną odpowiedzialnością za wszelkiego rodzaju opóźnienia lub trudności w procesie realizacji Inwestycji również w sytuacji gdzie Wykonawca nie ma (lub ma bardzo mały) wpływ na unikanie lub ograniczenie takich opóźnień lub trudności. Zapisy takie są zamieszczane zarówno w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i projekcie umowy. W wyniku takiego podejścia podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniach przetargowych mogą podjąć decyzje o rezygnacji z udziału w przetargach lub chcąc ograniczyć konsekwencje opóźnień będą uwzględniać w kalkulacji oferowanych cen (wliczając np. kary jakie będą musieli ponieść za opóźnienia).(...)

Chcielibyśmy podkreślić, że mimo iż CUPT nie ma możliwości kształtowania treści stosunku prawnego, który ma wiązać strony umów w realizowanych przez Państwa projektach, to tego typu praktyki mogą wywołać uznanie poniesionych wydatków za nieefektywne, a co za tym idzie uznanie ich za niekwalifikowane przez CUPT oraz inne krajowe i unijne instytucje zaangażowane w proces nadzorowania, monitorowania i kontrolowania projektów POIiŚ.

Zgodnie z Wytycznymi w zakresie kwalifikowania środków POIiŚ „za kwalifikowany może być uznany jedynie wydatek efektywny, tj. wydatek zapewniający osiągnięcie najlepszego efektu przy możliwie najniższych kosztach (Rozdział 5.3 pkt 2 Wytycznych)

Mogą również być interpretowane jako ograniczenie konkurencyjności zwłaszcza w sytuacji pojawienia się skargi zainteresowanego udziałem w postępowaniu na działania Zamawiającego i tym samym obarczone korekta finansową w wysokości 25% w oparciu o dokument Wytyczne w zakresie sposobu korygowania wydatków nieprawidłowo poniesionych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 w tym Wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenie przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE.

W związku z powyższym prosimy aby formułując warunki umowne, a w szczególności wynikający z nich podział wzajemnych odpowiedzialności stron wziąć powyższe pod uwagę i nie obciążać wykonawców odpowiedzialnością za zdarzenia i działania, na które nie mają oni wpływu."

Jednocześnie Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z §14 ust. 2 pkt 1 Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej za każdy dzień **zwłoki**, a nie **opóźnienia**. Zatem prosimy o wprowadzenie wnioskowanych zmian celem zapewnienia równowagi strony stosunku cywilnoprawnego.

Szanowni Państwo ,

PYTANIE NR 4

w związku z chęcią wzięcia udziału w w/w postępowaniu, zwracam się z prośbą o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie pkt 7.2.2. Wiedza i doświadczenie. Zamawiający wymaga wykazania się co najmniej dwoma robotami budowlanymi, których przedmiotem była budowa lub modernizacja/przebudowa/rozbudowa stacji uzdatniania wody (...) i jednocześnie każda ze zrealizowanych robót musi obejmować „(...) wykonanie instalacji elektrycznych i sterowania procesami SUW oraz remont budynku SUW.” Proszę o potwierdzenie, że jeżeli Wykonawca wykaże się robotą, której przedmiotem była budowa nowej SUW, wymóg remontu budynku SUW w takim przypadku nie dotyczy.