

Myślenice, dnia 15.03.2010r.

## KOMUNIKAT NR 2

Dotyczy odpowiedzi na zapytanie z dnia : 10.03.2010r., 11.03.2010r.

„Zamawiający działając w trybie art. 38 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) w związku z zapytaniami dotyczącymi postanowień SIWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej i wodociągowej w Jasienicy, budowa wodociągu w Bysinie – Kontrakt 2” po dokonaniu analizy przedstawionych pytań, przedstawia następujące wyjaśnienia:

### **Pytanie 1:**

Z uwagi na jednostronnie sformułowanie postanowienia w zakresie kar umownych, wyrażone w § 14 projektu umowy, które są wysoce niekorzystne dla Wykonawcy, wnosimy o modyfikację polegającą na tym, że w treści powołanego paragrafu winny znaleźć się postanowienia w brzmieniu następującym:

§ 14

2. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kary umowne:

- 1) z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego –w wysokości 10 % wynagrodzenia **brutto**, o którym mowa w § 6 ust. 1 niniejszej umowy. Kary nie obowiązują jeżeli odstąpienie od umowy nastąpi z przyczyn, o których mowa w § 19 ust. 1 niniejszej umowy.
- 2) z tytułu opóźnienia w przekazaniu placu budowy lub odbioru robót z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego w wysokości 1 % kwoty brutto wskazanej w § 6 ust. 1 niniejszej umowy.
- 3) Strony zastrzegają sobie prawo do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody i utraconych korzyści na zasadach ogólnych.

### **Odpowiedź:**

Zamawiający ma prawo kształtować warunki umowy i korzystać ze środków prawem przewidzianych, w celu zabezpieczenia swych interesów. Wykonawca nie jest pozbawiony możliwości kwestionowania wysokości kar lub żądania ich zmniejszenia, jednak takie uprawnienia będą się aktualizować dopiero na etapie zaistnienia zdarzeń skutkujących możliwością naliczenia kary umownej.

Specyfika udzielania zamówień publicznych skłania do stosowania instrumentu kar umownych, które mają służyć zabezpieczeniu interesu Zamawiającego, który należy utożsamiać z szeroko pojmowanym interesem publicznym. Podkreślenia wymaga, iż „(...) 4. Kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, szczególnie istotny w realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać kontrahenta. (...)” (wyrok KIO z dnia 11.08.2008 roku sygn. akt: KIO/UZP 779/08).

- 1) W związku z faktem, iż nie przewiduje się możliwości odstąpienia Zamawiającego od umowy, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, innych niż uregulowana odrębnie w § 19 ust. 1 pkt 4 projektu umowy, to jest kiedy „wystąpi istotna zmiana

okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy”, dlatego też Zamawiający uregulował zapisy odnośnie kary umownej za odstąpienie z własnej winy w sposób odmienny, niż przypadku naruszenia postanowień umowy przez Wykonawcę.

- 2) Odnośnie kary należnej Wykonawcy z tytułu opóźnienia w przekazaniu terenu budowy, lub odbiorze robót Zamawiający stwierdza, iż to właśnie w interesie Zamawiającego leży terminowe oddanie placu budowy, dokonanie odbioru robót i terminowe ukończenie inwestycji, o czym świadczy między innymi zastrzeżona w projekcie umowy możliwość odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przypadku kiedy Wykonawca nie przystąpił do odbioru terenu budowy w określonym terminie. W związku z powyższym Zamawiający nie widzi potrzeby rozszerzania katalogu kar należnych Wykonawcy w zaproponowanych przypadkach. Ponadto, jeżeli opisane powyżej okoliczności faktycznie zaistnieją, będą po stronie Wykonawcy stanowić przesłankę do żądania odstąpienia od naliczania kar umownych z tytułu opóźnienia, które nie wynika z działania Wykonawcy.
- 3) Zamawiający zagwarantował Wykonawcy możliwość dochodzenia kary umownej za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Ponadto Wykonawca może dochodzić roszczeń na zasadach ogólnych opisanych w Kodeksie cywilnym.

Wobec powyższego Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie wnioskowanych modyfikacji projektu umowy.

#### **Pytanie 2:**

Niczym ponadto nie jest uzasadnione określenie możliwości naliczenia kar umownych w sytuacji wykonywania czynności zastrzeżonych dla kierownika budowy/ robót przez osobę do tego nie upoważnioną, jak to zostało określone w § 14 ust. 1 pkt 6. W sytuacji bowiem braku definicji, bądź enumeratywnego opisu czynności, jakie są zastrzeżone wyłącznie dla zaakceptowanego przez Zamawiającego kierownika budowy/robót, rodzić to może duże wątpliwości interpretacyjne, a stąd nieuzasadnione ryzyko dla Wykonawcy posługującego się podczas realizacji robót budowlanych również brygadzystami oraz pozostałym personelem, mającym w zakresie obowiązków także organizację procesu budowlanego. Jeżeli ratio wprowadzenia tego postanowienia leżało w sytuacjach, jakie wynikają wprost, bądź nawet pośrednio z przepisów Prawa budowlanego, winno być to sprecyzowane w treści § 14.

#### **Odpowiedź:**

W § 2 ust. 3 lit. d) Zamawiający zawarł informację, iż przedmiot umowy należy wykonać „ z należytą starannością, z zasadami sztuki budowlanej, współczesnej wiedzy technicznej, **zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami i normami polskimi, w szczególności zawartymi w Prawie budowlanym (...)**„, czynności zastrzeżone dla kierownika budowy / robót wynikają z przepisów Prawa budowlanego, dlatego też Zamawiający może dochodzić zapłaty kary umownej, w przypadku gdy czynności zastrzeżone dla kierownika budowy/robót, będzie wykonywała inna osoba niż wskazana w Ofercie lub zaakceptowana przez Zamawiającego (w przypadku uzasadnionej konieczności dokonania zmiany specjalistów w trakcie realizacji umowy). Zamawiający ma prawo do dochodzenia kary umownej w przypadku kiedy czynności, które na gruncie przepisów prawa może wykonywać wyłącznie kierownik budowy / robót, posiadający odpowiednie uprawnienia i kwalifikacje, zgodne z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ, wykonuje inna osoba. Rzeczą oczywistą jest iż wszelkie inne czynności (niezastrzeżone dla kierownika budowy / robót ) powierzone zostaną personelowi Wykonawcy.

Powyższy zapis ma również charakter prewencyjny zapewniający Zamawiającemu, iż zamówienie w jego istotnych elementach będzie realizowane przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, które Zamawiający mógł ocenić na podstawie składanych ofert. Powyższe jest elementem zapewniającym Zamawiającemu terminowe i prawidłowe wykonanie robót.

Wobec powyższego Zamawiający odmawia dokonania zmian we wnioskowanym zakresie.

**Pytanie 3:**

Czy warunek wykonania „co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. 15.000,00 mb sieci wodociągowych, o wartości minimum 7.000.000,00 zł brutto" zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże się wykonaniem min. 15.000,00 mb sieci kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej, której metoda wykonania jest taki sama jak metoda wykonywania sieci wodociągowych (zgrzewanie doczołowe, zgrzewanie elektrooporowe, praca rurociągu pod ciśnieniem)?

**Odpowiedź:**

Zamawiający wyraźnie wskazał, iż żąda doświadczenia w wykonaniu określonej ilości sieci wodociągowych, bowiem takiego rodzaju sieci są przewidziane do realizacji w ramach niniejszego zamówienia obok sieci kanalizacji sanitarnej.

Zamawiający wyraźnie określił warunki udziału w postępowaniu i spełnienia tak określonych warunków udziału oczekuje od wykonawców.

Z poważaniem: