



STAROSTWO POWIATOWE

W NAKLE NAD NOTECIĄ

OWO.272.31.2013

Nakło nad Notecią, dnia 2014-01-27

ZAINTERESOWANI WYKONAWCY

Dotyczy odpowiedzi na pytanie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na uzupełnienie ewidencji gruntów i budynków, dystrybucja zbioru danych o działkach, budynkach i lokalach na terenie Województwa Kujawsko-Pomorskiego jako elementy infrastruktury przestrzennej

Dnia 20 stycznia 2014r. do siedziby Zamawiającego wpłynęło zapytanie o następującej treści:

„1. W § ust. 2 Załącznika nr 9 do SIWZ Zamawiający zastrzegł, że Termin płatności należności: zapłata za fakturę częściową wystawioną nie wcześniej niż w miesiącu październiku 2014 roku i fakturę końcową nastąpi w terminie 30 dni o dnia doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT za wykonane roboty wraz z bezusterkowym protokołem odbioru prac lub protokołem stwierdzającym usunięcie usterek ujawnionych podczas odbioru prac oraz podpisanych przez Podwykonawców oświadczeń potwierdzających uregulowanie przez Wykonawcę należności Podwykonawcom.

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie i modyfikację tego postanowienia w sposób dostosowujący to postanowienie do brzmienia § 8 ust. 3 istotnych postanowień umowy, które przewidują możliwość odmowy podpisania protokołu odbioru jedynie w razie stwierdzenia, że wady lub usterek są istotne dla Zamawiającego. Istnienie wad jest pojęciem obiektywnym, a odniesienie się do subiektywnego przekonania Zamawiającego narusza dyspozycję art. 7 i 29 pzp. W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego „Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek” (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07, OSP 2009/1/7).

2. w § 7 ust. 2 Załącznika nr 9pkt. 1) do SIWZ zastrzeżono, że „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za przekazane dane z Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Szubinie”.

Wykonawca zwraca się z zapytaniem czy należy przez to rozumieć, że Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowość dokumentów, które przekazuje Powiat, wchodzący w skład Związku Powiatów będących Zamawiającym czy też w zdaniu tym zaszła pomyłka? Ponieważ wykonawcy nie mają żadnego wpływu na w/w dane wnosimy o skreślenie tego postanowienia jako rażąco naruszającego art. 7 w zw. z art. 29 pzp oraz art. 353 k.c. oraz art. 487 k.c. Wykonawca wskazuje, że stosownie do art. 473 § 1 k.c.: „Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonania zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.” Jednak dłużnik na podstawie art. 473 k.c. nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela

POWIAT NAKIELSKI

ul. gen. H. Dąbrowskiego 54, 89-100 Nakło nad Notecią
tel. +48 52 386 66 33, fax +48 52 386 66 25

www.powiat-nakielski.pl, starosta.cna@powiatypolskie.pl
NIP 5581724333, REGON 092350866

Stosownie do art. 651 k.c. i orzecznictwa Sądu Najwyższego na tle tego przepisu: „Wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego wad” (por wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000r. sygn. Akt III CKN 629/98, OSNC.2000.9.173, podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2008r., KIO/UZP 821/08, KWANTUM.54613). Takie ukształtowanie stosunków umownych prowadzi do tego, że wykonawcy składając ofertę będą zmuszeni uwzględnić w cenie oferty ryzyko związane z wadami dokumentacji PODiK.

3. w § 7 ust. 2 pkt 3) Załącznika nr 9 do SIWZ Zamawiający posługuje się pojęciem „obowiązującymi przepisami i normami” – Wykonawca zwraca się z zapytaniem jakie różnice dostrzega Zamawiający między tym pojęciem przepis a norma. Czy zamawiającemu chodzi o normy w rozumieniu art. 2 pkt 4) ustawy z dnia 12 września 2002 roku o normalizacji (Dz. U. Nr 169, poz. 1386), a jeśli tak o które konkretnie normy – wnosi o ich wyszczególnienie. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy o normalizacji stosownie Polskich Norm jest dobrowolne.

4. w § Załącznika nr 12 do SIWZ Zamawiający zastrzegł Wszystkie materiały niezbędne do wykonania umowy Wykonawca dostarcza we własnym zakresie i na własny koszt - prosimy o wyjaśnienie o jakie konkretnie materiały chodzi Zamawiającemu, względnie wskazanie czy jakiegokolwiek materiały lub narzędzia udostępnia Zamawiający lub podmiot trzeci?

5. W § 11 ust. 3 Załącznika nr 9 do SIWZ Zamawiający zastrzegł karę umowną w przypadku braku usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi, liczonej od dnia wyznaczonego na termin usunięcia wad. Jednocześnie Zamawiający nie określił z góry jakie są terminy usuwania wad. Wnosimy zatem o prawo do jednostronnego wyznaczenia terminu usunięcia wad, nieznanego nawet w przybliżeniu Wykonawcy, którego niedotrzymanie skutkuje obowiązkiem zapłaty kary umownej.

6. W § 15 ust. 3 pkt 4) Załącznika nr 9 do SIWZ Wykonawca proponuje dokonanie korekty w sposób następujący: zmiana obowiązujących przepisów prawa, wpływająca na sposób realizacji umowy lub jej koszty, a w szczególności zmiana przepisów podatkowych, w tym zmiana stawki VAT, jeżeli zmiana stawki VAT będzie powodować zmianę kosztów wykonania umowy po stronie wykonawcy, zamawiający dopuszcza możliwość zmiany wynagrodzenia o kwotę równą różnicy w kwocie podatku zapłaconego przez wykonawcę.

Przechodząc do uwag o charakterze ogólnym odnoszących się do wszystkich w/w zarzutów wykonawca wskazuje, że jak się podkreśla w nauce prawa zamówień publicznych, „sposób opisanie przedmiotu zamówienia ma fundamentalne znaczenie dla procedury udzielania zamówienia. Można stwierdzić bez przesady, że jest to podstawowe zagadnienie zamówień publicznych” (G. Wicik [w:] G Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s.209). Od opisu przedmiotu zamówienia zależy, po pierwsze, powzięcie przez wykonawcę przekonania o możliwości przystąpienia do postępowania (albowiem musi on ocenić czy jest w stanie wykonać świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia), po drugie zaś, możliwość określenia wysokości zaproponowanej przez wykonawcę ceny. Te dwa czynniki niewątpliwie mają fundamentalne znaczenie dla udziału wykonawcy w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Nie znając zakresu prac jakie muszą zostać skalkulowane w ramach oferowanego wynagrodzenia nie sposób prawidłowo opracować oferty. Co wreszcie najistotniejsze „SIWZ powinna zawierać wszelkie wymagania i okoliczności mające wpływ na treść oferty, a jednocześnie być tak precyzyjna i jednoznaczna, aby zarówno wykonawcy jak i sam zamawiający, interpretowali jej zapisy w jednakowy sposób. Wykonawcy nie mogą domyślać się lub wnioskować z ogólnej wiedzy dotyczącej instytucji zamawiającego, jakie parametry musi spełniać przedmiot zamówienia” (Wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 14 maja 2008r. „KIO/UZP 412/08, KWANTUM.51289). „Zgodnie z przepisami prawa i linią orzecniczą, to na zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego doprecyzowania SIWZ. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego dookreślenia przez zamawiającego postanowień SIWZ” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2007r. KIO/UZP 1404/07, KWANTUM.45357). Wreszcie nie ulega wątpliwości, że zgodnie z wykładnią celowościową przepisów ustawy- Prawo zamówień publicznych, należy ROZSZERZAJĄCO INTERPRETOWAĆ przepis art. 7 ust. 1 ustawy (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 kwietnia 2005r., UZP/ZO/0-811/05, LEX nr 179160). Uwzględniając powyższe wątpliwości wykonawcy nie można nie wspomnieć, że celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest ochrona wykonawców ubiegających się o zamówienie jako podmiotów słabszych. Tę odmienność akcentów widać analizując Prawo Unii Europejskiej. U podłoża Dyrektywy Rady 92/50/EEC o koordynacji procedur udzielen publicznych na usługi leżą podstawowe zasady ustanowione w Traktacie Rzymskim: swobodny przepływ towarów, usług oraz swoboda prowadzenia działalności gospodarczej. Celem dyrektywy jest przede wszystkim zapewnienie poszanowania tych zasad w zakresie udzielania zamówień publicznych, czyli zapewnienie równego i swobodnego dostępu do zamówień publicznych udzielanych w każdym kraju członkowskim. Zważyć przy tym należy, iż rozpatrując spory pomiędzy zamawiającymi a oferentami Europejski Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie wprost i bezpośrednio stosował przepis Traktatu Rzymskiego, nie dając posłuchu argumentom na rzecz interesu publicznego przytaczanym zwykle przez zamawiających. Na podstawie przepisów ustawy można zatem sformułować wniosek „każdy kto jest w stanie wykona zamówienie publiczne ma prawo do ubiegania się o jego udzielenie na równych prawach z innymi i z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz do uzyskania zamówienia w razie złożenia najkorzystniejszej oferty” (Dariusz Koba, Zamówienia Publiczne. Warszawa 2004 s. 8). Ponadto Wykonawca zwraca także uwagę, że „Nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić należy się z argumentami, iż na gruncie przepisów Rawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2010r. KIO 1775/10)

Uwzględniając powyższe, bardzo poważne wątpliwości, zdaniem Wykonawcy dla zadbania także o własne interesy i prawidłowość toczącego się postępowania, Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 pzp. dokonanie odpowiedniej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W braku modyfikacji SIWZ, Wykonawca rozważa złożenie odwołania na treść SIWZ, co narazi Zamawiającego na dodatkowe koszty raz przedłuży toczące się postępowanie”.

Odpowiedź:

1. Zamawiający wykreśla w §5 ust. 2 załącznika nr 9 do SIWZ słowo "bezusterkowy", a także w §8 ust. 3 sformułowanie „dla Zamawiającego”. Załącznik nr 9 po modyfikacji stanowi załącznik do niniejszych odpowiedzi.

2. Odpowiedzialność za materiały państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego o jakiej mowa dotyczy sposobu dysponowania materiałami przekazanymi przez Zamawiającego Wykonawcy w szczególności: zakazu ich rozpowszechniania, reprodukcji osobom trzecim, a także działań służących ochronie danych osobowych. Ponadto Zamawiający miał na myśli odpowiedzialność za dane w sensie ich zabezpieczenia przez Wykonawcę przed samowolnym wprowadzaniem (zmianą) danych innych niż wynikają z wykonania przedmiotu zamówienia.

3. Zamawiającemu nie chodzi o normy w rozumieniu ustawy o normalizacji. Zamawiający przez przepisy i normy rozumie przepisy i normy prawne prawa obowiązującego w zakresie wykonywanego zamówienia. Norma prawna rozumiana powinna być jako generalna i abstrakcyjna reguła postępowania skonstruowana z przepisów prawnych, stanowiąca ich istotną treść.

4. Wszystkie niezbędne i konieczne do realizacji zamówienia materiały Wykonawca zakupuje na własny koszt. Zamawiający udostępni posiadane bazy danych, dokumenty i dane państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, udostępni pomieszczenie służące do przeprowadzenia wyłożenia operatu do publicznego wglądu oraz pokryje koszty związane z zamieszczeniem ogłoszenia o wyłożeniu w prasie o zasięgu krajowym.

5. Zamawiający wykreśla w §11 ust. 3 załącznika nr 9 do SIWZ frazę "przy odbiorze końcowym lub" i dopisuje zapis:
„W przypadku wad wykrytych w ramach rękojmi Wykonawcy przysługuje:

- 1) 14 dni na usunięcie wad i usterek, kiedy nie wymagają one czynności związanych z zawiadomieniem stron,
- 2) 28 dni na usunięcie wad i usterek, kiedy wymagają one czynności związanych z zawiadomieniem stron”.

Załącznik nr 9 po modyfikacji stanowi załącznik do niniejszych odpowiedzi.

6. Zamawiający nie zmienia zapisu w §15 ust. 3 pkt. 4.

STAROSTA
Tadeusz Sobol