

21.05.2021 r.

**PYTANIA I ODPOWIEDZI DO ZAPYTANIA OFERTOWEGO NR 2/3.2.2/SEFKO\_RB\_3 DOTYCZĄCEGO ROBÓT BUDOWLANYCH W POSTACI „BUDOWY BUDYNKU PRODUKCYJNO-MAGAZYNOWEGO Z CZĘŚCIĄ ADMINISTRACYJNO-SOCJALNĄ WRAZ Z INSTALACJAMI WEWNĘTRZNYMI: ENERGII ELEKTRYCZNEJ, GRZEWCZEJ (C.O. I GAZU) ORAZ WOD – KAN”**

**PYTANIE:**

Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „REMBUD” Sp. z o. o. zwraca się z prośbą o odpowiedź na niżej zadane pytania dot. przesłanego zapytania ofertowego:

1. Proszę o zmianę treści rozdziału III. pkt. 1 zapytania ofertowego poprzez zastąpienie zapisu:

„Posiada doświadczenie w zakresie wykonania jako generalny wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert:

- Co najmniej 3 robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN (dwa miliony złotych) netto każda,

- Co najmniej 3 robót budowlanych w zakresie budowy obiektów produkcyjnych o powierzchni użytkowej co najmniej 1000 m2 każdy”

zapisem o następującym brzmieniu:

„Posiada doświadczenie w zakresie wykonania jako generalny wykonawca w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert:

- Co najmniej 3 robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN (dwa miliony złotych) netto każda,

- Co najmniej 3 robót budowlanych w zakresie budowy obiektów produkcyjnych o powierzchni użytkowej co najmniej 1000 m2 każdy”.

Nie ulega wątpliwości, że doświadczenie Wykonawcy w realizacji zadania porównywalnego z zakresem zamówienia jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, jednak stawianie 5 letniego ograniczenia czasowego dla co najmniej 3 robót budowlanych uniemożliwi udział w postępowaniu przetargowym szeregu potencjalnych wykonawców dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia w sposób prawidłowy i spełniający wszystkie oczekiwania Zamawiającego.

Proponowana zmiana w zapisach zapytania zapewni możliwość udziału większej liczbie wykonawców, którzy posiadają niezbędne doświadczenie w zakresie budowy 3 obiektów produkcyjnych o powierzchni użytkowej co najmniej 1000 m2 każdy, a Zamawiającemu pozwoli na uzyskanie korzystniejszych cenowo ofert przetargowych bez wpływu na jakość realizowanych robót.

2. Proszę o zmianę treści rozdziału III. pkt. 2 zapytania ofertowego poprzez zastąpienie zapisu:

„Posiadają odpowiednie zaplecze kadrowe, w tym co najmniej jedną osobę posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie przy wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie , w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, oraz posiadającą doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, który kierował co najmniej:

- 2 budowami polegającymi na budowie obiektu produkcyjnego o wartości co najmniej 2 000 000,00 PLN netto każdy w ciągu ostatnich 5 lat,

- 2 budowami polegającymi na budowie obiektu o powierzchni użytkowej co najmniej 1 000 m2 każdy w ciągu ostatnich 5 lat”

zapisem o następującym brzmieniu:

„Posiadają odpowiednie zaplecze kadrowe, w tym co najmniej jedną osobę posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie przy wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, oraz posiadającą doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, który kierował co najmniej:

- 2 budowlami polegającymi na budowie obiektu produkcyjnego o wartości co najmniej 2 000 000,00 PLN netto każdy w ciągu ostatnich 10 lat,
- 2 budowlami polegającymi na budowie obiektu o powierzchni użytkowej co najmniej 1 000 m<sup>2</sup> każdy w ciągu ostatnich 5 lat”

Nie ulega wątpliwości, że doświadczenie Kierownika Budowy w realizacji zadania porównywalnego z zakresem zamówienia jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, jednak stawianie 5 letniego ograniczenia czasowego dla co najmniej 2 robót budowlanych uniemożliwi udział w postępowaniu przetargowym szeregu potencjalnych wykonawców dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia w sposób prawidłowy i spełniający wszystkie oczekiwania Zamawiającego.

Proponowana zmiana w zapisach zapytania zapewni możliwość udziału większej liczbie wykonawców, którzy posiadają Kierowników Budowy z niezbędnym doświadczeniem w zakresie budowy 2 obiektów produkcyjnych o wartości co najmniej 2 000 000,00 PLN każdy, a Zamawiającemu pozwoli na uzyskanie korzystniejszych cenowo ofert przetargowych bez wpływu na jakość realizowanych robót.

3. Proszę o zmianę treści rozdziału III. pkt. 4 zapytania ofertowego poprzez zastąpienie zapisu:

„Udzielenie gwarancji jakości i rękojmi na roboty budowlane, która wygasa po upływie 60 miesięcy od dnia podpisania bezusterkowego Protokołu Odbioru Końcowego, zaś dach (w szczególności konstrukcja, wykonanie, materiały, szczelność) 120 miesięcy od dnia podpisania bezusterkowego Protokołu Odbioru Końcowego.”

zapisem o następującym brzmieniu:

„Udzielenie gwarancji jakości i rękojmi na roboty budowlane, która wygasa po upływie 60 miesięcy od dnia podpisania bezusterkowego Protokołu Odbioru Końcowego, zaś dach (w szczególności konstrukcja, wykonanie, materiały, szczelność) 60 miesięcy od dnia podpisania bezusterkowego Protokołu Odbioru Końcowego.”

Odnosząc się do kwestii długości gwarancji bankowej, wskazać należy, że postulowany przez Zamawiającego okres jej udzielenia (120 miesięcy) odnoszący się do wykonania konstrukcji dachu zdaje się być okresem nad wyraz wydłużonym, w stosunku do kwestii prac jakie mają być objęte rzeczoną gwarancją. Zasadą jest, że podmioty rynku finansowego, udzielające zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej udzielają owej gwarancji na okres max. 5 lat, zaś skorzystanie z dłuższego okresu gwarancyjnego jest znaczącym wyjątkiem od zasady. Dodatkowo ustalenie okresu zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy poprzez zobowiązanie potencjalnych wykonawców do uzyskania gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej na poziomie wskazanym przez Zamawiającego z całą pewnością spowoduje to, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia weźmie udział zdecydowanie mniejsza liczba podmiotów, a przyczyną takiego stanu rzeczy będzie problematyczna kwestia uzyskania gwarancji bankowej, wymaganej przez Zamawiającego.

Proponowana przez wykonawcę zmiana w tym zakresie z całą pewnością przyczyni się do wzmocnienia konkurencyjności pomiędzy podmiotami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to z uwagi na fakt, iż zmniejszenie okresu zabezpieczenia do 5 lat, zgodnie z postulatem Wykonawcy

pozwole na wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia większej ilości podmiotów, wskutek czego Zamawiający będzie miał możliwość wyłonienia korzystniejszej cenowo oferty.

4. Proszę o zmianę treści wzoru umowy (załącznik nr 5 do zapytania ofertowego) poprzez zastąpienie zapisu:

„bezusterkowego protokołu odbioru końcowego”.

zapisem o następującym brzmieniu:

„protokołu odbioru końcowego”.

Przechodząc do kwestii Protokołu Odbioru Końcowego wskazać należy, że przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w żadnym z jego artykułów nie wskazuje bezpośrednio na to, że protokół końcowy odbioru ma być protokołem bezusterkowym. Co więcej, na podobnym stanowisku stoją Sądy powszechne, które wielokrotnie podkreślały, że art. 647 k.c. definiujący umowę o roboty budowlane odwołuje się do "odbioru robót" a nie "bezusterkowego odbioru robót" (wyr. SA w Katowicach z 06.09.2016 r., V ACa 935/15). Konieczność odbioru "bezusterkowego" jest przesłanką nie przewidzianą w k.c. (wyr. SA w Gdańsku z 24.02.2012 r., V ACa 198/12), wskutek czego Zamawiający, nawet naprowadzając na taki zapis w ramach rozpisanego postępowania przetargowego, winien liczyć się z tym, że prawem wykonawcy jest uzyskanie odpowiedniego wynagrodzenia za prace jaką wykonał.

Sądy w kolejnych wyrokach, jakie zapadają na kanwie rozważań dotyczących umowy o roboty budowlane, konsekwentnie podnoszą, że nawet jeżeli strony w umowie postanowią inaczej, wykonawca może skutecznie domagać się wynagrodzenia, kiedy w protokole odbioru stwierdzono, że roboty dotknięte są usterkami (wyr. SA w Warszawie z 24.05.2016 r., I ACa 1094/15). Postanowienie przeciwne skutkowałoby tym, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby zlecającemu prawo praktycznie nieograniczonej odmowy odbioru. Naruszałoby to równowagę między zlecającym a wykonawcą, pozostawiając tego ostatniego w niepewności odnośnie do wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków (wyr. SA w Szczecinie z 12.10.2016 r., I ACa 138/16). Z tych względów postanowienie takie jest sprzeczne z naturą umowy o roboty budowlane. Co za tym idzie - jest nieważne (wyr. SN z 22.06.2007 r., V CSK 99/07).

Przez nieważność postanowienia o bezusterkowym protokole kwestia odbioru powinna być oceniana zgodnie z zasadami wynikającymi z k.c. Oznacza to, że odmowa odbioru i zapłaty wynagrodzenia możliwa będzie, jeżeli prace zostaną wykonane niezgodnie z projektem lub zasadami wiedzy technicznej, ewentualnie wystąpią wady na tyle istotne, że przedmiot umowy nie będzie się nadawał do użytkowania (wyr. SN z 07.03.2013 r., II CSK 476/12).

W konsekwencji powyższych rozważań propozycja złożona przez Wykonawcę zdaje się być rozwiązaniem rozsądnym, albowiem wynika wprost z przepisów rangi ustawowej i to właśnie przepisy rangi ustawowej winny znaleźć zastosowanie, zwłaszcza, że dotychczasowe orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na nieważność takich postanowień umownych.

#### **ODPOWIEDŹ:**

Ad. 1 Uprzejmie informujemy, iż nie jest możliwa zmiana warunków udziału (kryteriów) w trakcie realizacji postępowania.

W sytuacji braku ofert, które by spełniły ten warunek (kryterium) Postępowanie będzie powtórzone, a niniejsze kryterium zmodyfikowane.

Ad. 2 Uprzejmie informujemy, iż nie jest możliwa zmiana warunków udziału (kryteriów) w trakcie realizacji postępowania.

W sytuacji braku ofert, które by spełniły ten warunek (kryterium) Postępowanie będzie powtórzone, a niniejsze kryterium zmodyfikowane.

Ad. 3 Uprzejmie informujemy, iż nie jest możliwa zmiana warunków udziału (kryteriów) w trakcie realizacji postępowania.

W sytuacji braku ofert, które by spełniły ten warunek (kryterium) Postępowanie będzie powtórzone, a niniejsze kryterium zmodyfikowane.

Ad. 4 Uprzejmie informujemy, iż zapisy umowy o generalne wykonawstwo nie podlegają zmianie/uzupełnieniu.