

Halinów, dnia 15.10.2013 r.

ZK.341-06/2013

Na podstawie art. 38 ust 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2013 r. poz. 907.) Zakład Komunalny w Halinowie udziela odpowiedzi na zadane pytania jakie wpłynęły do Zamawiającego na zadanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego poniżej 5 000 000 euro pt:

„Roboty budowlane polegające na wykonaniu przebudowy Stacji Uzdatniania Wody w miejscowości Okuniew w Gminie Halinów”.

Pyt. 1.

Prosimy o zmianę zapisów umowy w § 7 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.

Odp. 1

Różnica pomiędzy opóźnieniem, a zwłoką sprowadza się do tego, że przy świadczeniach pieniężnych wierzyciel może odstąpić od umowy i żądać naprawienia szkody, jeśli dłużnik pozostaje w zwłoce, natomiast odsetki należą się wierzycielowi w przypadku uchybienia terminowi płatności przez dłużnika, choćby to uchybienie nastąpiło z przyczyn, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Oznacza to, że zarówno zwłoka jak i opóźnienie dotyczą sytuacji prawnej dłużnika spóźniającego się ze spełnieniem świadczenia, różnica polega jedynie na tym, że o zwłoce można mówić, gdy to spóźnienie następuje z przyczyn zależnych od dłużnika, natomiast opóźnienie, występuje w każdym przypadku uchybienia terminowi nie zależnie od tego czy było ono zawinione przez dłużnika czy też nie. Pojęcie opóźnienia jest zatem pojęciem szerszym i obejmuje także przypadek zwłoki, która jest w rzeczywistości kwalifikowanym przypadkiem opóźnienia. (tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2012 r. KIO 77/12).

Zgodnie z art 353¹ KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W orzecznictwie występują poglądy o bezwarunkowym charakterze kary umownej w myśl których kara umowna w ujęciu kodeksowym, z jednej strony ma skłaniać dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania, z drugiej, stanowi rodzaj dolegliwości w postaci obowiązku zapłaty kary bez względu na przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (tak: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r. I CKN 791/98). Ponadto, zgodnie z normą przepisu art. 473 § 1 kc, strony mogą zastrzec w umowie, że dłużnik jest obowiązany zapłacić określoną sumę pieniężną w każdym wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a więc także wtedy, gdy jest ono następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Nie istnieją zatem przeszkody dla uzależnienia obowiązku wykonawcy do zapłaty kary umownej od popadnięcia jedynie w opóźnienie, a nie w zwłokę. Powyższe stanowisko potwierdza m.in. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 kwietnia 2007 r., zgodnie z którym Zamawiający posiada w ramach swobody umów uprawnienia do żądania kary umownej, nie tylko w razie zwłoki wykonawcy, lecz w sytuacji opóźnienia, bowiem instytucja opóźnienia lepiej zabezpiecza interesy Zamawiającego i podkreśla charakter gwarancyjno - odszkodowawczy kary umownej (sygn. akt UZP/ZO/0-387/07). Podkreślenia wymaga również, że rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy nie wyklucza jego ewentualnych roszczeń o miarkowanie kary umownej (art. 484 § kc).

Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia i konsekwencji obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ kc, nie uchybia zasadzie swobody umów, również tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2009 r. , sygn. akt KIO/UZP 1547/09).

Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek opóźnienia jest oczywiście uprawnione i nie istnieje ryzyko uznania przedmiotowego postanowienia umownego za nieważne na podstawie art. 58 kc, a uwaga nie zasługuje na uwzględnienie.

Pyt. 2

W celu przywrócenia równowagi stron pomiędzy zawierającymi umowę prosimy o ustanowienie kary umownej płatnej przez Zamawiającego z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w art. 145 ustawy PZP, w wysokości 10% wynagrodzenia brutto ustalonego w § 3 ust. 1.

Odp. 2

Ponownie wskazać należy, że zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia i konsekwencji obciążyć ich dodatkowym ryzykiem - co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się także w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ kc, nie uchybia zasadzie swobody umów, również tego powodu, że wobec wymagań określonych w siwz, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. Jeśli natomiast wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1547/09).

Ponadto z zasady swobody umów wynika, iż jakkolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy nie jest konieczna. Błędem jest utożsamianie uprzywilejowania zamawiającego w zakresie kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Swoboda zawierania umów i określania ich postanowień w takiej samej mierze przez obie strony umowy jest pojęciem idealistycznym. Ścisłe jej stosowanie prowadziłyby do niemożliwości wprowadzenia zmian racjonalnych i z punktu widzenia zamawiającego czy interesu publicznego jak najbardziej pożądanym. Na gruncie prawa zamówień publicznej swoboda cywilistyczna stosunków umownych ograniczona jest ustawowo przez uregulowania ustawy- poprzez instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zasada równości odnosi się na gruncie ustawy, co do zasady, do relacji między zamawiającym a ogółem wykonawców zainteresowanych zamówieniem lub ubiegających się o jego udzielenie, nie zaś do oceny praw i obowiązków stron wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. To na zamawiającym spoczywa obowiązek odpowiedniego opisanie przedmiotu zamówienia który ma służyć określonym interesom społecznym, to zamawiający z tych środków publicznych dokonuje zapłaty za wykonanie zamówienia i tym samym na nim spoczywa obowiązek i prawo dokonania takich zapisów przyszłej umowy, który realizację przedmiotu zamówienia zapewni. Takie uprawnienie musi wynikać z kolejnego obowiązku, albowiem to zamawiający dysponując środkami publicznymi jest poddany przy ich wydatkowaniu dodatkowym rygorom, wynikającym m.in. z ustawy o finansach publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tak: wyrok KIO z dnia 19 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO/2428/10).

Pyt. 3

Czy Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy, zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy PZP?

Odp. 3

Zamawiający dokonał zmiany postanowień umowy na etapie zapytań przetargowych, udzielając odpowiedzi na pytanie zadane w dniu 09.10.2013 r. Projekt umowy został

zmieniony i zamieszczony w dniu 10.10.2013 r. w Biuletynie Informacji Publicznej pod adresem: http://bip.zakladkomunalny.pl/public/get_file_contents.php?id=215019.

Zamawiający informuje, że nie przewiduje możliwości dalszych zmian postanowień umowy. Zamieszczony projekt umowy będzie obowiązujący.

Pyt. 4

W rozdziale II pkt 5 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawcę do uzgodnienia i uzyskania zgody Zamawiającego oraz Projektanta na zmianę rozwiązań projektowych oraz materiałów na równoważne, pod warunkiem, że wynagrodzenie za wykonanie zamówienia nie wzrośnie w stosunku do kwoty podanej przez wykonawcę w formularzu ofertowym.

Prosimy o potwierdzenie, że zapis ten nie dotyczy etapu składania ofert ale okresu realizacji i dotyczyć będzie wykonawcy wyłonionego w ramach postępowania przetargowego.

Odp. 4

Zamawiający potwierdza, że zapis ten nie dotyczy etapu składania ofert ale okresu realizacji i dotyczyć będzie Wykonawcy wyłonionego w ramach postępowania przetargowego.

Ocena równoważności oferowanych przez Wykonawcę urządzeń, sprzętu, wyposażenia, materiałów odbywać się będzie zgodnie z zapisami rozdziału II pkt 5 SIWZ oraz § 2 ust. 3 projektu umowy (Załącznik Nr 4 do SIWZ), tj. poprzez złożenie Zamawiającemu wniosku materiałowego i uzyskanie pisemnej zgody Zamawiającego na ich zastosowanie.

Wykonawca, który będzie powoływał się na rozwiązania równoważne w stosunku do wskazanych przez Zamawiającego obowiązany będzie w celu potwierdzenia ich równoważności wraz z wnioskiem złożyć wszelkie dokumenty dotyczące proponowanych do użycia materiałów, sprzętu i urządzeń równoważnych opisując je oraz przedstawiając ich charakterystykę, w tym ma obowiązek dostarczyć normy, atesty, aprobaty, dokumentację techniczno-ruchową, specyfikację techniczną, karty katalogowe, instrukcje obsługi/eksploatacji, katalog części zużywających się, warunki gwarancji i serwisu.

Rozwiązanie zaproponowane przez Wykonawcę musi spełniać warunki określone w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, posiadać wszystkie wymagane przepisami prawa normy, aprobaty i atesty.

Odpowiedzi na pytania stają się integralną częścią SIWZ.

DYREKTOR

mgr inż. Małgorzata Komuda-Ołowska