

Halinów, dnia 30.10.2013 r.

ZK.341-07/2013

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 wyszczególnienie okoliczności, dla których Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy, zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Odp. 1.

Zamawiający zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy pzp w załączniku nr 4 do SIWZ (Projekt umowy) zastrzegł możliwość zmiany terminu wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zgodzi się na przedłużenie realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę tylko w przypadku, gdy wynikać ono będzie z długiego terminu oczekiwania na zamówione urządzenia. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że ewentualne wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia spowodowane jest oczekiwaniem na dostawę urządzeń. Wykonawca przedstawi w tym celu Zamawiającemu potwierdzone zamówienie wraz z warunkami dostawy z których jasno będzie wynikało, iż nie jest możliwe zakończenie prac w umówionym terminie. Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu w terminie 7 dni od daty podpisania umowy z Zamawiającym kompletnego, potwierdzonego zamówienia urządzeń co do, których Wykonawca spodziewa się wydłużonego terminu dostawy.

Pyt. 2.

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.

Odp. 2.

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. 3.

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. 3.

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 jakakolwiek 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 pożądaných. 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. 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-Olewska