

RI.7013.2.1.2018

GMINA KAMIENNA GÓRA
Aleja Wojska Polskiego 10
58-400 Kamienna Góra
tel. 75 610 62 92
fax 75 744 28 57

**Wykonawcy uczestniczący
w postępowaniu**

dotyczy: postępowania przetargowego na : **”Przebudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Krzeszowie”**.

Do zamawiającego w dniu 01.03.2018 roku zostały skierowane następujące pytania :

1. Prosimy o ujednoczenie zapisów w SIWZ rozdział XVI. Zamawiający wskazuje na wysokość zabezpieczenia 5%, natomiast w umowie w § 41 10%.

2. Wnosimy o zmianę zapisów umowy w § 47 poprzez zmianę sformułowań „opóźnienie” na „zwłoka”.

Zamawiający w umowie używa obu pojęć, co znaczy, że dokładnie rozumie, że pomiędzy nimi jest podstawowa różnica.

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 wykonanie 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. Kara należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika(476 kc)-nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art471 kc domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczeni jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

3.Wnosimy o zmianę zapisów dot. kar dla Zamawiającego. Obecnie § 47 pkt. 3a i 4 są sprzeczne. Z jednej strony przewidziana jest kara dla Zamawiającego za odstąpienie z jego winy w wysokości 10% wynagrodzenia, a z drugiej strony Zamawiający zastrzega max. wysokość kar dla siebie na poziomie 5 % wynagrodzenia.

Odpowiedzi Zamawiającego :

1. Zamawiający skorygował zapisy postanowień umowy dotyczące wymaganej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zapisy postanowień umowy dotyczące wysokości podanych stawek kar umownych za opóźnienie i odstąpienie od umowy zmniejszając ich wysokość.

2. Zamawiający nie wyraża jednak zgody na zmianę zapisów umowy dotyczących podstaw naliczenia ewentualnych kar umownych. Podstawą do naliczenia kar umownych **pozostaje „opóźnienie”** w wykonaniu przedmiotu umowy albowiem:

Zamawiający ma prawo obwarować obowiązki wykonawcy karami umownymi i oczekiwać, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z postanowieniami umowy. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojakiego ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Przepisy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów, co znajduje odzwierciedlenie w treści istotnych postanowień umowy dla przedmiotowego zamówienia.

Brak ograniczeń zamawiającego co do dowolności formułowania postanowień umownych w tym zakresie potwierdzają nie tylko przepisy ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego, ale przede wszystkim liczne orzeczenia wydane zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą jak i sądy powszechne. W wyroku z dnia 11 listopada 2008 r., KIO/UZP 779/08, skład orzekający zgodził się z zamawiającym, że „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.

Jako dopełnienie powyższego stanowiska można uznać opinię zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 29 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 69/14), w którym Izba stwierdza, iż: „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ kc), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

Przedmiotowe zamówienie realizowane jest z dofinansowaniem ze środków zewnętrznych. Wskazany w siwz termin zakończenia realizacji zadania jest konsekwencją zapisów wynikających z zawartej umowy o dofinansowanie operacji, jej rozliczenia oraz złożenia wniosku o płatność końcową, która jest formą refundacji poniesionych przez inwestora wydatków- wcześniejszej zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

W Ó J T
/ - / Patryk Straus