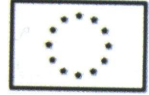




Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



GM. INA BARANÓW
Rynek 14, 24-105 Baranów
NIP 716-27-26-989
REGON 431019891

Baranów, dnia 10 grudnia 2020 r.

SG.271.9.2020

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr SG.271.9.2020 w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania "Rewitalizacja zbiornika wodnego w miejscowości Baranów".

WYJAŚNIENIA DO SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843, ze zm.) Zamawiający informuje o wpłynięciu zapytań o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz udziela wyjaśnień:

1. Treść zapytania:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 25 ust. 1 pkt. 1) – 8) oraz pkt. 10) wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisami:

„§ 25 ust. 1 Zamawiający naliczy kary umowne:

- 1) za nieterminowe zakończenie realizacji zamówienia tj. za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu określonego w § 2 ust. 1 niniejszej umowy w wysokości 0,05 % wynagrodzenia umownego brutto za realizację zamówienia, o którym mowa w § 10 ust. 1 umowy,
- 2) z tytułu odstąpienia od umowy, przez którąkolwiek ze stron, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 10 ust. 1 umowy,
- 3) w przypadku wykonywania robót budowlanych przez podwykonawcę niezgłoszonego Zamawiającemu w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc 00/100 złotych) za każdy stwierdzony taki przypadek,
- 4) w przypadku braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom zostanie naliczona kara umowna w wysokości 3% wartości brutto nieuregulowanego wynagrodzenia w przypadku braku zapłaty i 0,1% wartości nieuregulowanego wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki w dokonaniu zapłaty,
- 5) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany zostanie naliczona kara umowna w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc 00/100 złotych), za każdy stwierdzony taki przypadek,
- 6) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany - zostanie naliczona kara umowna w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc 00/100 złotych) za każdy stwierdzony taki przypadek,
- 7) w przypadku nieusunięcia wad umowy o podwykonawstwo w terminie wskazanym przez Zamawiającego w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc 00/100 złotych) za każdy stwierdzony taki przypadek,

- 8) *za nieterminowe usunięcie wad, usterek, szkód stwierdzonych przy odbiorze końcowym, wad, usterek, szkód ujawnionych w okresie gwarancji lub rękojmi albo stwierdzonych w trakcie odbioru ostatecznego, czyli przed upłynięciem okresu gwarancji lub rękojmi, za każdy dzień zwłoki w wysokości 0,02 % wynagrodzenia umownego brutto za realizację całości zamówienia, o którym mowa w § 10 ust. 1 umowy,*
- 9) (...)
- 10) *w przypadku, gdy osoby wykonujące czynności, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 1 nie będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc 00/100 złotych za każdy stwierdzony przypadek.)”?*

Zgodnie z art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. W myśl postanowień art. 476 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik (wykonawca) dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela (zamawiającego). Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik (wykonawca) odpowiedzialności nie ponosi. Z powyższego przepisu wynika, iż zwłoka ma charakter zawinionego opóźnienia w niedotrzymaniu terminu spełniania świadczenia – czyli niewykonania zamówienia publicznego w terminie wynikającym z zawartej umowy. Zarówno orzecznictwo jak i praktyka wskazuje, iż w trakcie realizacji prac możliwe jest zaistnienie szeregu przyczyn, dla których uchybienie obowiązkom spoczywającym na Wykonawcy wynika z przyczyn przez niego niezawinionych, a wręcz spowodowanych działaniem Zamawiającego – jak np. nieudostępnienie frontu robót.

Pragniemy podkreślić, iż orzecznictwo sądowe stoi na stanowisku, iż nawet zastrzeżenie tzw. opóźnienia prostego nie daje podstaw do naliczenia kar umownych wykonawcy, jeżeli nieterminowe wykonanie umowy byłoby wynikiem okoliczności leżących po stronie zamawiającego (por. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 6 października 2010 roku, sygn. akt: II CSK 180/10). Nieprawidłowością jest nakładanie na wykonawcę kar umownych z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania usługi powstałych wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 27.09.2013 r., I CSK 748/12, LEX nr 1396298, wykonawca „zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa”.

Kary umowne w formie oraz wysokości proponowanej przez Wykonawcę w sposób wystarczający zabezpieczają interesy Zamawiającego, zaś ich przyjęcie w formie określonej w umowie w sposób istotny zwiększa ryzyko kontraktowe, które wpływa na cenę ustaloną w ofercie Wykonawcy. Ustalenie odpowiedzialności Wykonawcy poprzez naliczenie kar umownych za opóźnienie, a zatem podnoszenie ryzyka po stronie Wykonawcy, musi zostać uwzględnione w kwocie oferty, co jest sprzeczne z zasadą racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi – wyrażającej się w realizacji zamówienia publicznego przy możliwie najmniejszych środkach. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem judykatury

„Zapisy, które dotyczą opisu przedmiotu zamówienia czy kar umownych nie powinny budzić wątpliwości interpretacyjnych. Są to bowiem elementy, które często kształtowane są przez zamawiającego w taki sposób, że przenoszą na potencjalnego wykonawcę całość ryzyka, co zdaje się naruszać zasadę proporcjonalności. Zbyt duże ryzyka łączące się z realizacją umowy skutkują natomiast ograniczeniem rzeczywistego dostępu do danego zamówienia, a zgodnie z przywołaną już powyżej zasadą nie jest to dopuszczalne. Nadto nie bez znaczenia jest, o czym często zapominają zamawiający, że przeniesienie zbyt wielu ryzyk na wykonawców ma bezpośrednie przełożenie na cenę oferty, powodując jej wzrost.” (vide: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

Wyjaśnienie:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zapisu § 25 (kary umowne) ust. 1 pkt 1 wzoru umowy na następujący:

- „1) za nieterminowe zakończenie realizacji zamówienia, tj. za każdy dzień **zwłoki**, liczony od upływu terminu określonego w § 2 ust. 1 niniejszej umowy w wysokości 0,05 %

wynagrodzenia umownego brutto za realizację zamówienia, o którym mowa w § 10 ust. 1 umowy”

i w tym zakresie zmienia treść wzoru umowy.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę pozostałych zapisów § 25 ust. 1 wzoru umowy.

2. Treść zapytania:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 25 ust. 5 wzoru umowy poprzez ich wykreślenie?

Pragniemy zauważyć, iż Wykonawca nie jest stroną (Beneficjentem) umowy o dofinansowanie z RPO zawartej pomiędzy Zamawiającym a Urzędem Marszałkowskim. Ponadto jako przesłanka do obciążenia Wykonawcy kwotą odpowiadającą nałożonej korekcie finansowej lub utraconemu dofinansowaniu zostało wskazane „*niedotrzymanie przez Wykonawcę terminu realizacji umowy lub nienależyte wykonanie umowy*”, podczas gdy Wykonawca w świetle argumentacji podnoszonej w treści pkt. 1 niniejszego pisma może ponosić odpowiedzialność jedynie za *zawinione działanie lub zaniechanie skutkujące powstaniem szkody*. Tego typu działania Wykonawcy zostały obwarowane w treści wzoru umowy obowiązkiem zapłaty kar umownych. Zgodnie z art. 483 § 1 k.c., regulującym skutki niewykonania zobowiązania, w umowie można zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy – kary umownej.

Wyjaśnienie:

Zapis § 25 ust. 5 wzoru umowy dotyczy potrącenia kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy, bez uzyskiwania jego zgody. Zamawiający nie wyraża zgody na jego wykreślenie.

Z uzasadnienia do pytania wynika, że może chodzić o § 25 ust. 2 wzoru umowy dotyczący sytuacji, kiedy niedotrzymanie przez Wykonawcę terminu realizacji umowy lub jej nienależyte wykonanie spowoduje utratę przez Zamawiającego części lub całości dofinansowania. Zapis jest w paragrafie umowy dotyczącym kar umownych i jest zabezpieczeniem dla Zamawiającego na wypadek, gdyby poprzez działania Wykonawcy stracił dofinansowanie projektu. Wykonawca nie poniesie żadnych konsekwencji, jeśli zamówienie wykonane zostanie zgodnie z umową.

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie ze wzoru umowy § 25 ust. 2.

3. Treść zapytania:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 25 ust. 6 wzoru umowy poprzez ich wykreślenie?

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeżeli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy.

Jeżeli więc w umowie przewidziano odrębną karę umowną w związku z odstąpieniem od umowy, to należy przyjąć, że tak określona kara miała rekompensować szkodę – w przewidywanym przez strony rozmiarze – jakiej dozna strona na skutek niewykonania zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Podstawą zastrzeżenia tej kary, co do wysokości, była bowiem określona kalkulacja hipotetycznej i specyficznej szkody, jaką poniesie strona w związku z niewykonaniem zobowiązania w następstwie odstąpienia od umowy. Przyjmuje się, że zakres szkody spowodowanej niewykonaniem zobowiązania jest specyficzny z tej racji, że na jej rozmiar wpływa także szkoda doznania na skutek określonego przejawu nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika w okresie poprzedzającym rozwiązanie umowy (zob. wyrok SN z 24.5.2012 r., V CSK 260/11, Legalis). W razie niewykonania zobowiązania, wierzyciel **nie może dochodzić łącznie kar umownych** za nienależyte jego wykonanie, i z tytułu jego niewykonania, jednak, co do zasady, nie jest w takiej sytuacji pozbawiony prawa wyboru podstawy naliczania tej kary i w konsekwencji domagać się kary umownej z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania (zob. wyrok SN z 28.6.2017 r., IV CSK 525/16, Legalis).

P. Drapała w głosie do uchwały Sądu Najwyższego z 18.07.2012 r., III CZP 39/12, LEX nr 1271627, wskazał, że: „Złożenie przez stronę oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy stanowi wykonanie przysługującego jej uprawnienia kształtującego i zdarzenie to *per se* nie może uzasadniać powstania roszczenia o karę konwencjonalną. U podstaw obowiązku zapłaty kary umownej leży natomiast zawsze niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 k.c.), za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). Zdarzenie to w konsekwencji może skutkować powstaniem po stronie wierzyciela ustawowego lub umownego uprawnienia do odstąpienia od stosunku obligacyjnego i w dalszej konsekwencji – skorzystaniem z tego uprawnienia. Zatem zastrzeżenie kary umownej «na wypadek odstąpienia» traktować należy jako skrót semantyczny zawarty w postanowieniu umownym, przez które strony zmierzają do nałożenia na jedną z nich obowiązku zapłaty kary za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (art. 483 § 1 k.c.), o ile zdarzenie to stanie się przyczyną odstąpienia od umowy przez drugą stronę. Odmienną jest ta kara nie dotyczy to stanie się przyczyną odstąpienia od umowy przez drugą stronę. Odmienną jest ta kara nie dotyczy zatem przesłanek jej powstania, lecz zakresu potencjalnej szkody, którą z woli stron kompensuje. Stanowi ona indemnizację nie tylko uszczerbku wynikającego z naruszenia danego obowiązku niepieniężnego przez dłużnika, ale także szkody (w tym utraconego zysku) wynikającej z przedwczesnego zakończenia stosunku obligacyjnego, będącego konsekwencją tego naruszenia. Kara umowna «na wypadek odstąpienia», podobnie jak typowa kara konwencjonalna, należy się wierzycielowi jedynie wówczas, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. W judykaturze dominuje pogląd, że do odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 494 k.c. *in fine* ma zastosowanie wprost art. 471 k.c. Również w doktrynie wyrażane są zapłaty, zgodnie z którymi wspomniane odszkodowanie kształtuje się «na zasadach ogólnych» (art. 363 § 2, art. 471 k.c.), z kolei «art. 494 k.c. nie stanowi samodzielnej podstawy roszczeń odszkodowawczych, a jedynie odsyła w tym zakresie do art. 471 k.c.».

W związku z powyższym pozostawienie w/w zapisów umowy w dotychczasowym kształcie wymusza na Wykonawcy ponoszenie rozszerzonego zakresu ryzyka kontraktowego, a co za tym idzie – podwyższenie ceny oferty.

Wyjaśnienie:

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie ze wzoru umowy treści § 25 ust. 6.

4. Treść zapytania:

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 26 ust. 2 wzoru umowy poprzez dodanie zapisu pkt. 3) o następującej treści:

„§ 26 ust. 1 Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy, jeżeli:

1) 2) (...)

3) **Zamawiający opóźnia się z zapłatą faktury Wykonawcy o 30 dni w stosunku do terminu zapłaty wskazanego w jej treści - odstąpienie od umowy w tym przypadku może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższej okoliczności.”?**

Umowa powinna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron w celu dyscyplinowania stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych.

Dokonywanie rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą w okresach kwartalnych powoduje przerzucenie w sposób istotny ciężaru ekonomicznego realizacji Inwestycji na Wykonawcę. W realiach rynkowych realizowanie prac oznacza to konieczność finansowania przez Wykonawcę nie tylko prac bezpośrednio przez niego realizowanych na bieżąco, zaś w stosunkach z podwykonawcami nie jest realne dokonywanie wzajemnych rozliczeń w okresach kwartalnych – lecz maksymalnie co miesięcznych. Ponadto wszelkie opóźnienia w dokonywaniu płatności przez Wykonawcę na rzecz zatrudnionych przez niego podwykonawców są obostrzone wysokimi karami w umowie z Zamawiającym. Biorąc zatem pod uwagę fakt, że termin otrzymania zapłaty przez Wykonawcę wynosi 30 dni od otrzymania faktury przez Zamawiającego, rozliczanie za wykonane roboty w stosunkach z Zamawiającym odbywać się będzie faktycznie w okresach 4 miesięcznych. W związku z powyższym proponowany zapis ma w ocenie Wykonawcy dyscyplinować Zamawiającego w celu terminowego dokonywania płatności przez Zamawiającego.

W świetle powyższego w naszej ocenie tego typu zapisy ograniczają w sposób istotny krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia oraz mogłyby utrudnić zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Wyjaśnienie:

W propozycji zmiany, tak jak w pytaniu, powinien być § 26 ust. 2. Zamawiający jako, jednostka sektora finansów publicznych, nie przewiduje opóźnień w opłacaniu należności, gdyż naliczenie odsetek za nieterminowe płatności skutkuje odpowiedzialnością z tytułu naruszenia dyscypliny budżetowej. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wzoru umowy poprzez dodanie pktu 3 w § 26 ust. 2.

5. Treść zapytania:

Czy Zamawiający zgodzi się na wprowadzenie w treści § 25 wzoru umowy ust. 7, którego zapisy otrzymają następujące brzmienie:

§ 25 ust. 7

„Łączny limit z tytułu kar umownych przewidzianych w treści niniejszego paragrafu nie może przekroczyć wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego netto, o którym mowa w treści § 10 Umowy.”?

Wyjaśnienie:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zapisu § 25 wzoru umowy poprzez dodanie ust. 9 (kolejność numeracji):

„9. Łączny limit z tytułu kar umownych przewidzianych w treści niniejszego paragrafu nie może przekroczyć wysokości 30% wartości wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w treści § 10 umowy.”

i w tym zakresie zmienia treść wzoru umowy.

WÓJT

Mirosław Roman Grzelak

