

Nieborowice, dn. 20 czerwca 2017 r.

Dotyczy: Postępowania numer 3/2017 w trybie przetargu otwartego na
**„Rozbudowa oczyszczalni ścieków w ramach uporządkowania gospodarki
wodno – ściekowej dla części sołectwa Żernica- etap II”.**

Odpowiedź Zamawiającego nr 2 na zapytania Wykonawców

Zgodnie z punktem 8.1 SIWZ Zamawiający udziela odpowiedzi na pytania Oferentów:

Pytanie nr 2

W związku z zapisami w §11 ust. 2 wzoru Umowy — stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o zmianę kar umownych przewidzianych dla Wykonawcy za opóźnienie (...) na kary umowne za zwłokę.

W/w zastrzeżenie, tj. „zwłoka” nie zaś „opóźnienie” ma istotne znaczenie z punktu widzenia zakresu odpowiedzialności Wykonawcy, bowiem według kodeksu cywilnego odróżnić należy opóźnienie zwykłe i opóźnienie kwalifikowane, czyli zwłokę dłużnika. Dłużnik opóźnia się z wykonaniem zobowiązania, jeżeli nie spełnia świadczenia w terminie oznaczonym wyraźnie w treści zobowiązania lub wynikającym z jego właściwości albo, gdy termin nie był oznaczony, jeżeli nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu go do wykonania (zob. art. 455 kodeksu cywilnego).

W myśl art. 476 kodeksu cywilnego, dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy świadomie, celowo, nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Zwłoka dłużnika jest opóźnieniem w spełnieniu świadczenia, za które dłużnik odpowiada, co w myśl art. 471 kodeksu cywilnego rodzi obowiązek naprawienia wierzycielowi szkody. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.



Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przesłanką uzasadniającą nałożenie na dłużnika (tu Wykonawca) obowiązku naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zobowiązania, poprzez zapłatę kar umownych, jest zaistnienie zwłoki po stronie dłużnika (Wykonawcy) (a więc opóźnienia kwalifikowanego wynikającego z winy dłużnika- art. 476 kc).

Zgodnie z najnowszym orzecznictwem Sądu Najwyższego (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2013 r. sygn. I CSK 124/2013) strony w umowie nie mogą przyjąć, że dłużnik będzie zobowiązany do zapłaty kary umownej także w sytuacji, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi wierzyciel.

Kara umowna jest, bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika, a zasada swobody umów, w świetle art. 353 1 kc, ograniczona jest właściwościami stosunku prawnego, przepisami ustawy oraz zasadami współzycia społecznego -rozszerzenie, więc odpowiedzialności dłużnika o przyczyny leżące po stronie wierzyciela, naruszałoby zarówno art. 65 kc (oświadczenie woli należy tłumaczyć tak jak tego wymagają zasady współzycia społecznego, ustalone zwyczaje i cel umowy), jak i art. 3531 kc w zw. z art. 56 kc.

Wniosek Wykonawcy jest również spójny ze stanowiskiem wyrażonym w liście otwartym do instytucji zamawiających (pismo znak CUPT/DK/KKI/06/542/1/MaB/14 z dnia 19 marca 2014 r.) Dyrektora Centrum Unijnych Projektów Transportowych, który wskazał, iż „w realizowanych projektach pojawia się podejście aby wykonawcę obciążać pełną odpowiedzialnością za wszelkiego rodzaju opóźnienia lub trudności w procesie realizacji Inwestycji również w sytuacji gdzie Wykonawca nie ma (lub ma bardzo mały) wpływu na unikanie lub ograniczenie takich opóźnień lub trudności. Zapisy takie są zamieszczane zarówno w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i projekcie umowy. W wyniku takiego podejścia podmioty zainteresowane udziałem w postępowaniach przetargowych mogą podjąć decyzje o rezygnacji z udziału w przetargach lub chcąc ograniczyć konsekwencje opóźnień będą uwzględniać w kalkulacji oferowanych cen (wliczając np. kary jakie będą musieli ponieść za opóźnienia).(...)



Chcielibyśmy podkreślić, że mimo iż CUPT nie ma możliwości kształtowania treści stosunku prawnego, który ma wiązać strony umów w realizowanych przez Państwa projektach, to tego typu praktyki mogą wywołać uznanie poniesionych wydatków za nieefektywne, a co za tym idzie uznanie ich za niekwalifikowane przez CUPT oraz inne krajowe i unijne instytucje zaangażowane w proces nadzorowania, monitorowania i kontrolowania projektów PoliŚ..

Zgodnie z Wytycznymi w zakresie kwalifikowania środków POLIŚ „za kwalifikowany może być uznany jedynie wydatek efektywny, tj. wydatek zapewniający osiągnięcie najlepszego efektu przy możliwie najniższych kosztach (Rozdział 5.3 pkt 2 Wytycznych)”.

Mogą również być interpretowane, jako ograniczenie konkurencyjności zwłaszcza w sytuacji pojawienia się skargi zainteresowanego udziałem w postępowaniu na działania Zamawiającego i tym samym obarczone korekta finansową w wysokości 25% w oparciu o dokument Wytyczne w zakresie sposobu korygowania wydatków nieprawidłowo poniesionych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 w tym Wskaźniki procentowe do obliczenia wartości korekty finansowej za naruszenie przy udzielaniu zamówień publicznych, współfinansowanych ze środków funduszy UE.

W związku z powyższym prosimy, aby formułując warunki umowne, a w szczególności wynikający z nich podział wzajemnych odpowiedzialności stron wziąć powyższe pod uwagę i nie obciążać wykonawców odpowiedzialnością za zdarzenia i działania, na które nie mają oni wpływu."

W świetle powyższego Wykonawca wnosi jak na wstępie.

Odpowiedź nr 2

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmian we wzorze umowy.



Pytanie nr 3

W związku z zapisami w §11 ust. 2 pkt c) wzoru umowy — stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o wprowadzenie dodatkowego zapisu do wzoru umowy dotyczącego kary umownej dla Zamawiającego za odstąpienie Zamawiającego od umowy z przyczyn niezależnych od Wykonawcy lub odstąpienie Wykonawcy od umowy z powodów dotyczących Zamawiającego w wysokości 20% wynagrodzenia.

Odpowiedź nr 3

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmian we wzorze umowy.

Pytanie nr 4

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o wskazanie w zapisach wzoru umowy —stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, łącznego limitu kar umownych ze wszystkich tytułów wymienionych w §11 przedmiotowego wzoru na poziomie 10% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §8 umowy. Wielkość limitu uzasadniona jest wielkością przyjętego przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odpowiedź nr 4

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmian we wzorze umowy.

Pytanie nr 5

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o ustalenie oraz podanie łącznej wysokości procentowej wartości przewidzianych do realizacji zamówień dodatkowych bądź uzupełniających zgodnie z §8 ust. 5 wzoru umowy.

Odpowiedź nr 5

Zamawiający nie przewiduje realizacji zamówień dodatkowych lub uzupełniających. Zapis par. 8 ust. 5 określa jedynie zasady rozliczeń takich zamówień w przypadku, gdy takowe jednak wystąpiły.



Pytanie nr 6

Wykonawca, w nawiązaniu do postanowienia §3 ust. 2 ppkt h) wzoru umowy — stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, zwraca się do Zamawiającego z prośbą o wprowadzenie do zapisów umownych postanowień w zakresie podwykonawstwa zgodnie z postanowieniami art. 647¹ kc:

„§ 1. inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu trzydziestu dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę.

§ 2. Zgłoszenie, o którym mowa w § 1, nie jest wymagane, jeżeli inwestor i wykonawca określili w umowie, zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę.

§ 3. Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2.

§ 4. Zgłoszenie oraz sprzeciw, o których mowa w § 1, wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 5. Przepisy § 1-4 stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy.

§ 6. Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1-5 są nieważne."



Odpowiedź nr 6

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmian we wzorze umowy.

Pytanie nr 7

Wykonawca, w nawiązaniu zapisów §11 ust. 2 ppkt c) wzoru umowy, zwraca się do Zamawiającego z prośbą o wprowadzenie do zapisów umownych — załącznik nr 7 do SIWZ — wzór umowy, stosownych regulacji w zakresie odstąpienia od umowy zgodnych z przepisami począwszy od art. 491 kodeksu cywilnego, t.j:

„Art. 491. § 1. Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki, § 2. Jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty niespełnionego świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.

Art. 492. Jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym, strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego. To samo dotyczy wypadku, gdy wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałoby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.

Art. 492¹. Jeżeli strona obowiązana do spełnienia świadczenia oświadczy, że świadczenia tego nie spełni, druga strona może odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego, także przed nadejściem oznaczonego terminu spełnienia świadczenia. Art.

Art. 493. § 1. Jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność strona zobowiązana, druga strona może, według swego wyboru, albo żądać naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania, albo od umowy odstąpić.

§ 2. W razie częściowej niemożliwości świadczenia jednej ze stron druga strona może od umowy odstąpić, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez tę stronę cel umowy, wiadomy stronie, której świadczenie stało się częściowo niemożliwe.

Art. 494. § 1. Strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić





Pilchowskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o.

44-144 Nieborowice, ul. Główna 52

drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy, a druga strona
obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko
zwrotu tego, co świadczyła, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody
wynikłej z niewykonania zobowiązania.

NIP 969 153 74 85

REGON 241080759

KRS: 0000341632

Kapitał Zakładowy: 17 436 000 PLN

WWW.ppk.pilchowice.pl
email: ppk@pilchowice.pl

§ 2. Zwrot świadczenia na rzecz konsumenta powinien nastąpić niezwłocznie.

Art. 495. § 1. Jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi, strona, która miała to świadczenie spełnić, nie może żądać świadczenia wzajemnego, a w wypadku, gdy je już otrzymała, obowiązana jest do zwrotu według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu.

§ 2. Jeżeli świadczenie jednej ze stron stało się niemożliwe tylko częściowo, strona ta traci prawo do odpowiedniej części świadczenia wzajemnego. Jednakże druga strona może od umowy odstąpić, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez tę stronę cel umowy, wiadomy stronie, której świadczenie stało się częściowo niemożliwe.

Art. 496. Jeżeli wskutek odstąpienia od umowy strony mają dokonać zwrotu świadczeń wzajemnych, każdej z nich przysługuje prawo zatrzymania, dopóki druga strona nie zaoferuje zwrotu otrzymanego świadczenia albo nie zabezpieczy roszczenia o zwrot."

Odpowiedź nr 7

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmian we wzorze umowy.

PREZES ZARZĄDU

Adam Ciekański